

# **Die Personengesellschaft im System des Gesellschaftsrechts**

*Friedrich Harrer*

- 1. Die Charakteristika der Personengesellschaft**
- 2. Die Mängel der Personengesellschaft**
  - 2.1. OG, KG
  - 2.2. GesBR
- 3. Die umgestaltete Personengesellschaft mbH & Co KG**



## 1. Die Charakteristika der Personengesellschaft

Im Recht der Personengesellschaft sichert der Gesetzgeber die Interessen der Gläubiger durch Statuierung einer unbeschränkten und unbeschränkbar Haftung aller oder zumindest eines Proponenten.<sup>1</sup> Die Erfahrung hat gezeigt, dass Einfachheit und Effizienz dieses Sicherungskonzept auszeichnen. In den Insolvenzstatistiken bildet die offene Gesellschaft gleichsam das Schlusslicht, den ersten Platz beansprucht unangefochten die GmbH.<sup>2</sup>

Haftungsregeln ersetzen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung.<sup>3</sup> Die Vorzüge liegen zu Tage. Die Gesellschafter können – internes Einvernehmen vorausgesetzt – Gesellschaftsvermögen entnehmen und, vielleicht auch nur vorübergehend, anderen Zwecken widmen. Die viel diskutierten, praktisch bedeutsamen Probleme des Cash-Managements bei Kapitalgesellschaften im Konzern sind im Recht der Personengesellschaften unbekannt.<sup>4</sup>

Die Konsequenzen, die sich aus Basel III ergeben, können im Rahmen dieses Beitrages nicht beleuchtet werden.<sup>5</sup>

Für die Konzeption der Gesellschaftsverträge besteht weithin Gestaltungsfreiheit.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber hat vornehmlich Regelungsvorschläge, also dispositive Normen, geschaffen.<sup>7</sup> Zwingend ist die Beendbarkeit. Das Recht der Kündigung kann nicht ausgeschlossen werden.<sup>8</sup> Zu respektieren sind Mindestrechte der Gesellschafter, etwa das Recht auf Mitwirkung (in der Gesellschafterversammlung bzw bei der Willensbildung), das Recht auf Information<sup>9</sup>, das Recht auf Anrufung des Gerichtes. – Vorsicht ist bei sog Hinauskündigungs Klauseln geboten. Der BGH hatte für das Anliegen weitblickender Unternehmensjuristen, die Aufnahme

<sup>1</sup> §§ 128 ff iVm § 161 UGB.

<sup>2</sup> Vgl etwa die Statistiken, die der KSV 1870 regelmäßig veröffentlicht; s unter [www.ksv.at/KSV/1870/de/pdf/statistik/InsolvenzstatistikUnternehmen20XX.pdf](http://www.ksv.at/KSV/1870/de/pdf/statistik/InsolvenzstatistikUnternehmen20XX.pdf).

<sup>3</sup> Die Entwicklungsgeschichte beleuchtet *Meyer*, Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften (2000), 199 ff.

<sup>4</sup> Aus der Rsp vgl insb BGH ZIP 2006, 665; dazu etwa *Priester*, Kapitalaufbringung beim Cash Pool. Kurswechsel durch das MoMiG?, ZIP 2006, 1557; *Altmeyen*, Die Grenzen der Zulässigkeit des Cash Pooling, ZIP 2006, 1025; repräsentativ für den Diskussionsstand in Österreich *Polster-Grüll/Berghuber/Dolezel-Huber/Kremslehner/Polster/Rieder/Schwerdtfeger/Taucha/Zerwas*, Cash Pooling<sup>2</sup> (2004).

<sup>5</sup> Das Anliegen jener Regelungen, die man unter dem Begriff oder Stichwort „Basel III“ zusammenfasst, ist vornehmlich die Stärkung der Kapital- und Liquiditätsbasis von Kreditinstituten. Zu den Instrumenten von „Basel III“ gehört auch der Kapitalerhaltungspuffer (Capital Conservation Buffer); näher dazu etwa *Steffen Maier*, Regulatorische Eigenmittel nach Basel III, in *Klauck/Stegmann* (Hrsg), Basel III (2012), 55, 69 ff.

<sup>6</sup> Allgemein zur Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht vgl den von *Lutter und Wiedemann* herausgegebenen Sammelband Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht (1998) und ferner noch *Hey*, Freie Gestaltung von Gesellschaftsverträgen und ihrer Schranken (2004).

<sup>7</sup> *Harrer*, Personengesellschaft (2010), 120 ff.

<sup>8</sup> §§ 132 Abs 2, 133 Abs 3 UGB.

<sup>9</sup> Dazu sogleich noch im Text.

familienfremder Gesellschafter aus gegebenem Anlass korrigieren zu können, kein Verständnis.<sup>10</sup> Der OGH wollte sich bislang nicht festlegen<sup>11</sup>. Die Gefahr einer Übernahme der deutschen Lösung ist nicht ausgeschlossen.<sup>12</sup>

Ein suboptimales Konstrukt ist die Personengesellschaft, wenn die Führung des Unternehmens einem anderen Rechtsträger überantwortet werden soll.<sup>13</sup> Die Praxis hat zwar den Grundsatz der Selbstorganschaft vor allem durch Vollmachten relativiert<sup>14</sup>, die Frage, ob die *lex lata* einen Unternehmensübergang erlaubt, ist aber nach österr Recht offen.<sup>15</sup>

## 2. Die Mängel der Personengesellschaft

### 2.1. OG, KG

Eine Detailanalyse kann im Rahmen eines einführenden Referats nicht geboten werden.<sup>16</sup> Trotz der umfassenden Reform des Jahres 2005 enthält das Gesetz wertungsmäßig überholte Bestimmungen. Gemäß § 118 Abs 2 UGB kann das Kontrollrecht des Gesellschafters ausgeschlossen werden. Nach dem aktuellen Diskussionsstand kommt eine Abbedingung von Informationsrechten nicht in Betracht.<sup>17</sup> Im Recht der GmbH ist der umfassende, unverzichtbare Informationsanspruch jedes Gesellschafters seit Jahrzehnten anerkannt.<sup>18</sup> Ein abweichendes Verständnis für die OG/KG steht nicht ernsthaft zur Diskussion.<sup>19</sup>

---

<sup>10</sup> BGHZ 68, 212; 81, 263; 122, 103; kritisch dazu etwa *Zöllner*, Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen, FS 100 Jahre GmbHG (1992), 85, 109 f; *Harrer*, Gestaltungsspielräume im Gesellschaftsrecht, in FS Sonnenberger (2004), 235 ff.

<sup>11</sup> OGH *ecolex* 2007/399.

<sup>12</sup> Wenig hilfreich sind auch die vielen *wenn* und *aber* in *Haberers* Stellungnahme (Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht [2009], 737): Zwar verstoße die Kündigungsklausel weder gegen das Sittengebot noch gegen Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts, die Unzulässigkeit folge jedoch „aus Gründen des gesellschaftsrechtlichen Funktionsschutzes“. Die Kündigungsklausel sei also unzulässig; möglich wäre es jedoch Fallgruppen zu bilden. Im Rahmen dieser Fallgruppen könne „eine solche Klausel wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt“ sein.

<sup>13</sup> Leading case ist weiterhin der *Holiday-Inn-Fall* des BGH NJW 1982, 1817.

<sup>14</sup> *Keuk*, ZHR 137 (1973), 182, 183.

<sup>15</sup> Skeptisch zB *Harrer*, Personengesellschaft, 529 f.

<sup>16</sup> BGBl I 2005/120.

<sup>17</sup> Vgl etwa *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II (2004), 260: „Die Verzichtresistenz des Informationsrechts folgt nicht nur aus dem erforderlichen Selbstschutz, sondern auch im Hinblick auf die Verantwortlichkeit der Gesellschafter gegenüber der Allgemeinheit“.

<sup>18</sup> OGH *GerZ* 1999, 222.

<sup>19</sup> *Koppensteiner* wird nicht müde, die „überweite Ausdehnung von Informationsrechten durch den OGH“ zu rügen (zuletzt *wbl* 2013, 68). Diese Kritik ist jedoch nicht hinreichend begründet. Ertraglos bleibt insb die Berufung auf die Rechtslage im Recht der Personengesellschaften (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 22 Rz 38). Das „Kontrollrecht der Gesellschafter“ nach § 118 UGB beruht auf der Prämisse, dass Informationsrechte abbedungen werden können (anders nur, wenn „Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht“). Diese Prämisse ist wertungsmäßig längst überholt. Der Gesetzgeber ist derzeit

Interessanter und vor allem praktisch wichtiger sind die Probleme, die eine Neuregelung der HGB-Reform geschaffen hat. § 160 UGB begrenzt die Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters drastisch. Vor der Novelle galt in den sog Vorleistungsfällen (Gewährung eines Darlehens, Verkauf einer Liegenschaft gegen Bezahlung einer Leibrente) – aus guten Gründen – das Prinzip der Weiterhaftung.<sup>20</sup> Die Neuregelung normiert für Forderungen, die nach Ablauf von fünf Jahren fällig werden, den Grundsatz der Enthftung. Vor dem Hintergrund der neuen Gesetzeslage muss man Kredit gewährenden Institutionen empfehlen, auf Bürgschaftserklärungen der offen haftenden Gesellschafter bzw der Komplementäre zu bestehen.<sup>21</sup>

Auch der Versuch des Gesetzgebers, die Entlohnung der Geschäftsführer zu regeln, ist im Zuge der UGB-Reform gescheitert<sup>22</sup>. Nach § 121 Abs 1 UGB ist jenen Gesellschaftern, die Dienste geleistet haben, also offenbar den geschäftsführenden Gesellschaftern, ein „angemessener Betrag des Jahresgewinns“ zuzuweisen. Die Angemessenheit soll „den Umständen nach“ ermittelt werden. Der verbleibende Teil des Jahresgewinns wird den Gesellschaftern „im Verhältnis ihrer Beteiligung“ (§ 121 Abs 2 UGB) zugewiesen.

Der Verweis auf die Umstände mag an eine Leerformel erinnern. Immerhin erscheint eine Differenzierung nach Art und Umfang der Dienste möglich. Dem Gesellschafter, der seine gesamte Arbeitskraft dem Unternehmen widmet, ist nach § 121 Abs 1 UGB ein entsprechend größerer Teil zuzuweisen als einem Gesellschafter, der (etwa wegen familiärer oder sonstiger Verpflichtungen) nur eingeschränkt tätig ist. Das Problem der gesetzlichen Regelung ist nicht die Angemessenheit bzw ihre Konkretisierung, sondern die Anknüpfung an den Jahresgewinn. Die – angemessene – Vergütung der Dienste entfällt, wenn die Gesellschaft einen Gewinn nicht erwirtschaftet. Aus einem nicht vorhandenen Jahresgewinn kann eine Zuweisung nicht erfolgen.

Der Umstand, dass ein Unternehmen einen Jahresgewinn nicht erwirtschaften konnte, erlaubt keine Rückschlüsse über Zukunftsperspektiven. Namentlich in den ersten Jahren nach der Gründung kann man üblicherweise kaum Gewinne erwarten. Aber auch ein etabliertes Unternehmen muss mitunter Wirtschaftsjahre ohne Gewinn abschließen. Nach der *lex lata* (§ 121 Abs 1 UGB) sind die geschäftsführenden Gesellschafter in diesem Jahr unentgeltlich tätig.

---

bemüht, den Mangel (§ 118 UGB) zu korrigieren. Im Zuge der Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts werden die Informationsrechte der Gesellschafter zwingend ausgestaltet werden. § 1194 Abs 2 (Entwurf) betreffend die „Kontrollrechte der Gesellschafter“ lautet: „Eine Vereinbarung, durch die dieses Recht ausgeschlossen oder beschränkt wird, entfaltet keine rechtliche Wirkung“. – Es ist beabsichtigt, mit der Neuregelung dieser Informationsrechte auch § 118 UGB zu modernisieren; näher zu dieser Reform das Sonderheft GES 2012, 1 ff.

<sup>20</sup> OGH SZ 58/87; dazu etwa *Karollus*, Unternehmerwechsel und Dauerschuldverhältnis, ÖJZ 1995, 241, 248.

<sup>21</sup> *Harrer*, Nachhaftung und Vorleistung, RdW 2007, 656; vgl auch *Böhler*, Zur Forthaftung des Unternehmensveräußerers bei langfristigen Verträgen, ÖBA 2009, 576.

<sup>22</sup> *Harrer/Pira*, Gewinn, Verlust und Mitarbeit der Gesellschafter, GES 2013, 43 ff.

Gegen diese gesetzliche Konzeption bestehen unterschiedliche Bedenken. Kritische Überlegungen erscheinen sowohl unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität als auch im Hinblick auf die Sachgerechtigkeit veranlasst. Ein geschäftsführender Gesellschafter, der seine Arbeitskraft dem Unternehmen widmet, kann im Allgemeinen seine Arbeitskraft nicht durch weitere Tätigkeit wirtschaftlich nutzen. Zum einen ist die psychische und physische Belastbarkeit begrenzt. Ein Mensch kann nicht, jedenfalls nicht längere Zeit, zwei Berufe ausüben. Zum anderen sind die Schranken der Rechtsordnung zu bedenken. Ein geschäftsführender Gesellschafter unterliegt weitreichenden Wettbewerbsverboten (§§ 112 f UGB).

Über andere Einkünfte verfügt der geschäftsführende Gesellschafter also wohl nur dann, wenn er vermögend ist, also beispielsweise über ein entsprechendes Liegenschafts- und Kapitalvermögen verfügt. Dieser geschäftsführende Gesellschafter ist in der Tat auf eine Vergütung seiner Verdienste nicht angewiesen. Er ist, in einem wirtschaftlichen Sinn, unabhängig und müsste seine Arbeitskraft (als geschäftsführender Gesellschafter) nicht einsetzen. *Dieser* geschäftsführende Gesellschafter kann mit § 121 Abs 1 UGB leben.

Es bleibt die Frage, ob man diese Person auch in der Realität antrifft. Es mag geschäftsführende Gesellschafter geben, die tätig sind, ohne dass eine wirtschaftliche Notwendigkeit bestünde. Aber diese ökonomische Unabhängigkeit ist doch die Ausnahme. Üblicherweise wird man davon ausgehen müssen, dass ein geschäftsführender Gesellschafter die Honorierung seiner Tätigkeit benötigt, um den Lebensunterhalt für sich und seine Familie zu bestreiten. Ist dies der Fall, so muss von der gesetzlichen Regelung (§ 121 Abs 1 UGB) abgewichen werden. Ein weiterer Einwand ist zu bedenken: Unentgeltlichkeit harmoniert nicht mit unternehmerischer Interessenverfolgung. Im ersten Abschnitt des vierten Buches des UGB über unternehmensbezogene Geschäfte ist Entgeltlichkeit als Prinzip verankert (§ 354 UGB). Aber auch im Innenrecht einer Personengesellschaft lässt sich Unentgeltlichkeit nicht einordnen. Geschäftsführung ist eine anspruchsvolle und verantwortliche Tätigkeit. Eine fehlerhafte Wahrnehmung der Pflichten kann weitreichende Haftungsfolgen auslösen.<sup>23</sup> Haftungsrisiko und Unentgeltlichkeit passen nicht zusammen. Auch aus dem Blickwinkel der nicht geschäftsführenden Gesellschafter erscheint die (mögliche) Unentgeltlichkeit wenig sachgerecht. Der nicht geschäftsführende Gesellschafter weiß, dass das Unternehmen geführt werden muss und dass diese Führungstätigkeit Zeit und Energie kostet. Der Gedanke, dass diese Leistungen unentgeltlich in Anspruch genommen werden, wird wohl überwiegend als befremdlich empfunden.

Auch der neuen Regelung über die „Berechnung von Gewinn und Verlust“ (§ 167 UGB) bei der Kommanditgesellschaft kann man Praktikabilität und Sachgerechtigkeit nicht bescheinigen. Den Komplementären ist, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, „*zunächst ein ihrer Haftung angemessener Betrag des Jahresgewinnes zuzuweisen*“ (§ 167 S 1 UGB). Das Konflikt-

---

<sup>23</sup> Zu den Haftungsmaßstäben *Harrer*, Personengesellschaft, 173 ff.

potenzial erscheint offensichtlich. Die Gesellschafter müssen sich über die Angemessenheit einer Haftungsentschädigung verständigen. Die Probleme betreffen jedoch nicht vornehmlich die klassische Kommanditgesellschaft, sondern die GmbH & Co KG. Aus dem Blickwinkel der Finanzverwaltung gesehen bildet die Haftungsentschädigung der Komplementär-GmbH eine Vorgabe. Allerdings divergieren die Kriterien der Finanzverwaltung von der Konzeption des § 167 UGB. Nach den EStR<sup>24</sup> ist eine Haftungsentschädigung in Höhe von etwa 10% des betriebswirtschaftlichen Eigenkapitals der GmbH angemessen.

Die Haftungsentschädigung iSd Finanzverwaltung knüpft nicht an den Jahresgewinn an. Die Teleologie der Fiskalbehörden lässt diesen Zusammenhang geradezu fernliegend erscheinen. Eine Entschädigung für die Übernahme einer Haftung ist deshalb erforderlich, weil die Komplementär-GmbH – als bloße Arbeitsgesellschafterin – an dem Vermögen der Kommanditgesellschaft nicht beteiligt ist. Das Haftungsrisiko einer Komplementär-GmbH ist ein tendenziell größeres, wenn es der Kommanditgesellschaft nicht mehr gelingt, Gewinne zu erwirtschaften. Der an den Wegfall des Jahresgewinnes geknüpfte Wegfall der Haftungsentschädigung muss aus dem Blickwinkel der Finanzverwaltung betrachtet geradezu als kurioser Vorschlag erscheinen. Jedenfalls entspricht § 167 UGB nicht der Richtlinie. Die Würdigung dieses Reformergebnisses fällt negativ aus<sup>25</sup>.

## 2.2. GesBR

Der umfassende Reformbedarf muss hier nicht im Einzelnen dargelegt werden.<sup>26</sup> Das Bundesministerium für Justiz hat eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die einen interessanten Reformentwurf vorgelegt hat.<sup>27</sup> Die wissenschaftliche Diskussion hat sich mit diesen Überlegungen eingehend befasst.

Seit Sommer 2012 ist allerdings ein Stillstand zu beobachten. Das Bundesministerium für Justiz verfolgt die Reform der GesBR derzeit nicht weiter.<sup>28</sup> Stattdessen wird die GmbH „reformiert“. Eine ernsthafte wissenschaftliche Diskussion dieses Reformprojektes ist nicht möglich und offenbar auch nicht erwünscht. Der Entwurf wurde Ende März 2013 veröffentlicht.<sup>29</sup> Das Gesetz ist am 1.7.2013

---

<sup>24</sup> EStR 2000 Rz 5891.

<sup>25</sup> Die aufgezeigten legistischen Schwächen sind möglicherweise darauf zurückzuführen, dass eine Beratung durch Wirtschaftstreuhänder im Zuge der HGB-Reform nicht oder nicht ausreichend in Anspruch genommen wurde. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte der Gesetzgeber bei gesellschaftsrechtlichen Projekten stets Vertreter dieser Berufsgruppe einbinden.

<sup>26</sup> Zusammenfassend *Harrer*, in *Harrer/Mader* (Hrsg.), *Die HGB-Reform in Österreich* (2005), 47.

<sup>27</sup> Vgl das Sonderheft GES 2012, 1 ff.

<sup>28</sup> *Krejci*, GES 2012, 485.

<sup>29</sup> ME GesRÄG 2013, 500/ME 24. GP (Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das GmbH-Gesetz, die Insolvenzordnung, das Notariatstarifgesetz, das Rechtsanwaltstarifgesetz und das Körperschaftsteuergesetz 1988 geändert werden).

in Kraft getreten.<sup>30</sup> Es ist allgemein bekannt, dass eine vertiefte Auseinandersetzung Zeit benötigt. Die Bedeutung der GmbH hätte es nahegelegt, dass man Wirtschaft und Wissenschaft nicht nur über das Projekt informiert, sondern in das Projekt integriert.<sup>31</sup> Doch zurück zur GesBR.

Die Praxis muss sich – vorläufig – durch entsprechende Vertragsgestaltung behelfen. Es bleiben jedoch Bereiche, die sinnvollerweise nur durch den Gesetzgeber geregelt werden können. Ein interessantes Thema sind die (ungelösten) Umwandlungsfragen.

Die HGB-Reform hat das Anwendungsfeld der eingetragenen Personengesellschaften erweitert. Ein „vollkaufmännischer“ Betrieb ist nicht mehr erforderlich. Die eingetragene Gesellschaft kann „jeden erlaubten Zweck einschließlich freiberuflicher und land- und forstwirtschaftlicher Tätigkeit“ haben (§ 105 S 3 UGB).

Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Ausgangslage konnte man erwarten, dass nicht wenige Gesellschaften bürgerlichen Rechts die Umwandlung in eine eingetragene Personengesellschaft anstreben. Das Thema ist jedoch mit vielen Unsicherheiten belastet.

Ein Teil der Literatur vertritt die Auffassung, dass sich dieser Rechtsformwechsel identitätswahrend vollzieht: die GesBR wird nicht aufgelöst, „*sondern wandelt sich, ohne dass das Gesellschaftsvermögen übertragen werden müsste, in eine OG (offene Gesellschaft) um*“.<sup>32</sup> Verschiedene Autoren haben jedoch Bedenken erhoben.<sup>33</sup> Mit der Identitätsthese verbindet man vornehmlich das Fehlen einer Rechtsnachfolge: Der Rechtsträger bleibt derselbe. Diese Voraussetzungen liegen jedoch hier nicht vor. Namentlich Oberhammer hat etwa angemerkt, dass die „*Annahme einer Identitätswahrung beim Übergang der Rechtsträgerschaft*

---

<sup>30</sup> GesRÄG 2013, BGBI I 2013/109.

<sup>31</sup> Der Gesetzgeber hat sich – wie vorherzusehen war – mit den wissenschaftlichen Äußerungen nicht mehr auseinandergesetzt; aus dem Schrifttum s etwa *Arnold*, Editorial, GesRZ 2013, 65; *Eschig*, GmbH „light“ als Retter in der Not?, *ecolx* 2013, 437; *Feuchtinger*, GmbH-Reform in der Pipeline, *ecolx* 2013, 435; *Hopf/Fucik*, GmbH-Reform: Justizministerin versendet Geszentwurf zur Begutachtung, *ÖJZ* 2013/30; *Krejci*, Das GmbH-Mindestkapital soll doch noch in dieser Legislaturperiode auf EUR 10.000 gesenkt werden, *GES* 2013, 113; *ders*, Zum Entwurf des GesRÄG 2013. Die verbilligte GmbH verführt zur Unterkapitalisierung, erhöht die Insolvenzgefahr und schadet den Gläubigern, *GES* 2013, 171; *Konwitschka/Perner*, Entwurf zum GesRÄG 2013 – (finanzielle) Erleichterungen für die Gründung von GmbHs, *RWZ* 2013, 107; *Rief*, K(l)eine GmbH-Reform, *VWT* 2013, 59; *Robertson*, Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013 – eine „kleine“ GmbH-Reform, *GesRZ* 2013, 68; *Rüffler*, Nicht jeder Reformstau ist beklagenswert, *GES* 2013, 1; *ders*, Nur ein bisschen noch zur GmbH-Reform und sonst Grundsätzliches zum Spagat zwischen Widerspruchsfreiheit und Rechtssicherheit, *GES* 2013, 169; *Warto*, GmbH-Novelle 2013 – Die Neuerungen im Überblick, *wbl* 2013, 361.

<sup>32</sup> *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005), 268; s auch *Roth/Fitz/Beiser*, Der Übergang von der GesBR zur OG gem § 8 Abs 3 UGB, *JB1* 2007, 341 ff.

<sup>33</sup> *Harrer/Pira*, Umwandlungsprobleme bei Personengesellschaften, *wbl* 2007, 101 ff; aus neuerer Zeit vgl *Ebner/U. Torggler*, in *U. Torggler* (Hrsg), UGB § 8 Rz 14.



von einem Verband auf eine Personenmehrheit in der Tat eigentümlich anmutet“.<sup>34</sup>

Die Thematik ist seit der HGB-Reform intensiv und weiterhin kontroversiell diskutiert worden. Die Praxis benötigt jedoch gesicherte Vorgaben. Es muss Klarheit darüber bestehen, ob das Vermögen der Gesellschaft übertragen werden muss oder ob es eo ipso – als Konsequenz der Identitätsthese – auf den neuen Rechtsträger übergeht.

Dieser Ausschnitt belegt die Bedeutung der Gesetzesreform. Im Zuge der Überarbeitung des Rechts der GesBR hätte man vor allem die Umwandlungsprobleme klären können.

### 3. Die umgestaltete Personengesellschaft mbH & Co KG

Angeblich hat ein bayerischer Notar – vor etwa 100 Jahren – die GmbH & Co KG erfunden.<sup>35</sup> Die praktischen Folgen waren gewaltig. Der Gedanke, durch eine juristische Konstruktion Steuervorteile erzielen zu können, wirkt nahezu unwiderstehlich. Den – prima facie – naheliegenden Einwand, dass die strukturellen Divergenzen (GmbH-Recht/KG-Recht) eine Typenvermischung problematisch erscheinen lassen könnten, hat man nicht ernst genommen. In der Praxis ist es den vertragsgestaltenden Beratern gelungen, die erforderliche Synchronisation herbeizuführen.<sup>36</sup>

Das Recht der GmbH & Co KG ist mittlerweile ein weites Feld. Heute stehen zwei Themen im Vordergrund: der Kapitalerhaltungsgrundsatz und die vermögensverwaltende GmbH & Co KG.

In der Entscheidung GesRZ 2008, 310 hat der OGH die Auffassung vertreten, dass das Gebot der Kapitalerhaltung auch für die GmbH & Co KG gilt. Von einer überraschenden Rechtsentwicklung kann man schwerlich sprechen. Insolvenzrechtlich hat der Gesetzgeber im Jahr 1982 die GmbH & Co KG der GmbH gleichgestellt.<sup>37</sup> Überschuldung ist nicht für die klassischen Personengesellschaften, wohl aber für die GmbH & Co KG Insolvenzgrund. Vor diesem Hintergrund erscheint es konsequent, die für die Kapitalgesellschaft maßgebenden Regeln betreffend Kapitalerhaltung – analog – auf die GmbH & Co KG anzuwenden.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> *Oberhammer*, Die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht – eine Gesamthandgesellschaft?, JBl 1997, 624, 630; dazu auch schon *Grünwald*, Die Rechtsfolgen des Erwerbs bzw Verlusts der Vollkaufmannseigenschaft bei Personengesellschaften, GesRZ 1993, 132 ff, 225 f.

<sup>35</sup> Vgl BayObLG dJZ 1913, 647 und später auch RGZ 105, 101 ff; die Entwicklung der österr Rsp beleuchtet *Roswitha Doralt*, in *Kastner/Stoll* (Hrsg), Die GmbH & Co KG in Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht (1977), 33, 55 f.

<sup>36</sup> Dazu vor allem *Karsten Schmidt*, Zur Binnenverfassung der GmbH & Co KG – Wer ist Herr im Haus: die GmbH oder die Kommanditisten?, in FS Röhrich (2005), 511 ff.

<sup>37</sup> IRÄG 1982, BGBI 1982/370.

<sup>38</sup> Über den aktuellen Meinungsstand informiert zB der von *Artmann/Rüffler/U. Torggler* herausgegebene Tagungsband Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011).