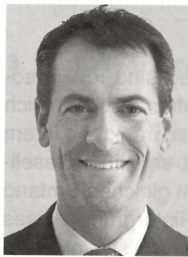


## Gesellschaftsrecht

## Verbot der Einlagenrückgewähr gilt auch bei „verdeckten Kapitalgesellschaften“

Eine aktuelle OGH-Entscheidung verschafft Klarheit

CHRISTOPHER SCHRANK / VERA KLEINSASSER\*)



Indem er das Verbot der Einlagenrückgewähr auch für GmbH & Co KGs festschreibt, erweitert der OGH die Haftungsstruktur der „verdeckten Kapitalgesellschaften“ (OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p; 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15h).<sup>1)</sup> Gleichzeitig sollen die Geschäftsleiter der Komplementär-GmbH auch unmittelbar gegenüber der kapitalistischen Personengesellschaft haften. Damit setzt der OGH dem Meinungsstreit in der Literatur ein Ende. In Anbetracht der Linie, die der OGH seit 1995 eingeschlagen hat, ist das Ergebnis der Entscheidung des 6. Senats aber keine wirkliche Überraschung.



## 1. Verbot der Einlagenrückgewähr – Verankerung im Gesetz für Kapitalgesellschaften

Für Kapitalgesellschaften ist das Verbot der Einlagenrückgewähr – geregelt in § 82 GmbHG bzw § 52 AktG – ein ganz wesentlicher Bestandteil des Prinzips der Kapitalerhaltung und des Gläubigerschutzes. Unter Einlagenrückgewähr sind alle Leistungen einer Gesellschaft an ihre Gesellschafter zu verstehen, die

- nicht bloß Verteilung des Bilanzgewinns sind und
- einem Fremdvergleich nicht statthaltend oder
- nicht einer gesetzlichen Ausnahme unterliegen.<sup>2)</sup>

Da das Gesellschaftsvermögen der Kapitalgesellschaften das einzige Vermögen ist, auf das Gläubiger zurückgreifen können, muss es als „Grundstock der Gesellschaft“ und als einziges „dem Zugriff der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt“ gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abgesichert werden.<sup>3)</sup>

§ 52 AktG bzw § 82 GmbHG erfasst viel mehr, als der Begriff „Einlagenrückgewähr“ zunächst vermuten lässt, weil das gesamte Gesellschaftsvermögen – und nicht bloß das Grund- bzw Stammkapital – geschützt wird.<sup>4)</sup> Zu unterscheiden ist zwischen der offenen und der verdeckten Einlagenrückgewähr. Von Ersterer ist auszugehen, wenn der von der Gesellschaft getätigten Zuwendung überhaupt keine Gegenleistung des Gesellschafters gegenübersteht. Bei der verdeckten Einlagenrückgewähr kommt es zwar zu einer Gegenleistung, diese ist jedoch nicht adäquat hinsichtlich der getätigten Zuwendung.<sup>5)</sup> Verboten ist beides; die Folge eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ist, dass die vorgenommenen Handlungen nichtig sind.<sup>6)</sup> In der Praxis kommt es vor allem bei Leistungsbeziehungen zwischen der Gesellschaft einerseits

\*) MMag. Dr. Christopher Schrank ist Partner einer Rechtsanwältin-GmbH in Wien. Mag. Vera Kleinsasser ist Rechtsanwältin bei derselben Gesellschaft.

1) Diese Bezeichnung hat sich in der Praxis durchgesetzt für Personengesellschaften, bei denen keine natürliche Person die Stellung als unbeschränkt haftender Gesellschafter übernimmt – diese Konstruktion wird aber auch „kapitalistische Personengesellschaft“ oder „Kapitalgesellschaft & Co“ genannt.

2) Bauer/Zehetner in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (Stand 1. 8. 2009, rdb.at) § 82 Rz 2.

3) Siehe etwa RIS-Justiz RS 0105518; OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p.

4) Siehe etwa RIS-Justiz RS 0105518; OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h.

5) Bauer/Zehetner in Straube, WK GmbHG (Stand 1. 8. 2009, rdb.at) § 82 Rz 48 ff.

6) OGH 1. 9. 2010, 6Ob132/10w; 25. 10. 1978, 1 Ob 719/78.

## Wirtschaft

und einem Gesellschafter andererseits zu Verstößen. Die Kapitalerhaltungsvorschriften verbieten zwar nicht, dass es Leistungsbeziehungen mit (unmittelbaren oder mittelbaren) Gesellschaftern gibt, allerdings müssen diese fremdüblich sein.<sup>7)</sup> Typische Fälle von Einlagenrückgewähr sind daher etwa der Verkauf von Vermögensgegenständen an Gesellschafter zu „Sonderkonditionen“, die Bezahlung eines überhöhten Entgelts für Leistungen eines Gesellschafter oder die unentgeltliche Bereitstellung von Sicherheiten für Schulden eines Gesellschafter.

### 2. Kapitalerhaltung bei Personengesellschaften

#### 2.1. Allgemeines

Derart strenge Kapitalerhaltungsregeln wie bei Kapitalgesellschaften sind für Personengesellschaften gesetzlich nicht vorgesehen. Personengesellschaften zeichnen sich dadurch aus, dass ihre Gesellschafter grundsätzlich ohnedies unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen haften. Sämtliche Zahlungen von der Gesellschaft an einen Gesellschafter verringern zwar das Gesellschaftsvermögen, stärken aber im gleichen Umfang das Privatvermögen des (haftenden) Gesellschafter. Vor dem Hintergrund dieses gleichbleibenden Haftungssubstrats ist es bei Personengesellschaften an sich nicht erforderlich, nach dem Modell der Kapitalgesellschaften Zahlungen an Gesellschafter streng zu reglementieren.

Hinter dem personengesellschaftlichen Kapitalerhaltungssystem steht somit ein ganz anderes Konzept, nämlich gewissermaßen ein System kommunizierender Gefäße zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen. So ist es bei Personengesellschaften auch zulässig, geleistete Einlagen wieder zurückzuzahlen.

#### 2.2. Die GmbH & Co KG

Innerhalb der Personengesellschaften wird zwischen „typischen“ und „kapitalistischen“ Personengesellschaften unterschieden, wobei die Judikatur die Differenzierung wie folgt festlegt: „Typische Personengesellschaften sind solche, die dem gesetzlichen Leitbild entsprechen. Von einer kapitalistischen Kommanditgesellschaft wird gesprochen, wenn sich ihre Struktur der Kapitalgesellschaft nähert. Ein besonderer Typus der kapitalistischen Kommanditgesellschaft ist die GmbH & Co KG.“<sup>8)</sup>

Dass auch eine GmbH & Co KG als Personengesellschaft zu qualifizieren ist, ist unstrittig. Sie zählt zu den kapitalistischen Kommanditgesellschaften, auf die grundsätzlich die für die KG geltenden gesetzlichen Bestimmungen anzuwenden sind.<sup>9)</sup>

Die gesetzestypische Kommanditgesellschaft besteht aus mindestens einem unbeschränkt haftenden Komplementär und mindestens einem nur auf eine bestimmte Haftsumme beschränkt haftenden Kommanditisten.<sup>10)</sup> Die Besonderheit der GmbH & Co KG besteht darin, dass zumindest eine Komplementärstellung von einer GmbH übernommen wird.<sup>11)</sup> Neben steuerlichen Gründen und einer flexibleren Ausgestaltungsmöglichkeit der Gesellschaft liegt ein weiteres Motiv zur Gründung einer GmbH & Co KG in der Haftungsfrage: Im Unterschied zur gesetzestypischen KG eröffnet die GmbH & Co KG die Möglichkeit, die unbeschränkte Haftung zu begrenzen. Aus diesem Motiv hat sich die GmbH & Co KG im engen Sinn (bei der alle Komplementäre GmbHs sind) als in der Praxis am häufigsten vorkommende Form einer „verdeckten Kapitalge-

<sup>7)</sup> Siehe etwa RIS-Justiz RS 0105532; OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p.

<sup>8)</sup> RIS-Justiz RS 0107119; OGH 9. 7. 1996, 4 Ob 2147/96f.

<sup>9)</sup> Fritz, Die Kommanditgesellschaft, Band 2 (2013) 11.

<sup>10)</sup> Fritz, Die Kommanditgesellschaft, Band 1 (2013) 18.

<sup>11)</sup> Fritz, Kommanditgesellschaft, Band 2, 11.

sellschaft“ entwickelt.<sup>12)</sup> Daneben gibt es noch zahlreiche weitere Gestaltungsformen, die von der AG & Co KG über Vereine oder Limited & Co KG bis hin zur GmbH & Co OG reichen.<sup>13)</sup>

Im Ergebnis kommt es bei den „verdeckten Kapitalgesellschaften“ somit dazu, dass den Gläubigern keine natürliche Person mit ihrem gesamten Privatvermögen unbeschränkt haftet. Vielmehr beschränkt sich die unbeschränkte Haftung nur auf einen Rechtsträger, der seinerseits wiederum bloß mit seinem Gesellschaftsvermögen haftet. Solche Konstruktionen verlassen damit das für eine Personengesellschaft typische Haftungsmodell, woraus sich eine gewisse Ähnlichkeit zu den Kapitalgesellschaften ergibt.

### 3. Partielle Gleichstellung durch den Gesetzgeber

Der Gesetzgeber hat bereits in vielen Rechtsbereichen auf die Besonderheiten der „verdeckten Kapitalgesellschaften“ reagiert und Angleichungen an Kapitalgesellschaften vorgenommen:

- Im Bereich des Insolvenzrechts (§ 67 IO), wo auch bei „verdeckten Kapitalgesellschaften“ nicht nur der Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit, sondern bereits die Überschuldung einen Insolvenzeröffnungsgrund darstellt;
- im Bereich der Rechnungslegungsvorschriften (§§ 189 Abs 1 Z 2, 221 Abs 5, 244 Abs 3 UGB), wo unabhängig von jeglichen Größenvoraussetzungen unternehmerisch tätige „verdeckte Kapitalgesellschaften“ voll rechnungslegungspflichtig sind;
- im Bereich des Unternehmensreorganisationsrechts erstreckt sich die Haftungsbestimmung des § 22 Abs 2 URG auf alle unternehmerisch tätigen eingetragenen Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis eine natürliche Person ist;
- im Bereich des Eigenkapitalersatzrechts (§§ 4 Z 3, 11 EKEG) wird festgehalten, dass die Bestimmungen des EKEG auch auf Personengesellschaften anzuwenden sind, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist; § 11 EKEG bestimmt, dass ein Kredit, den ein Kommanditist einer Personengesellschaft, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, der Komplementärgesellschaft gewährt, einem der Personengesellschaft gewährten Kredit gleichsteht.

Die Frage der Kapitalerhaltung bei verdeckten Personengesellschaften hat der Gesetzgeber hingegen noch nicht aufgegriffen, sodass diese „Lücke“ durch die Judikatur und Literatur zu füllen ist.

### 4. Wandel der Kapitalerhaltungsvorschriften bei der GmbH & Co KG in der Judikatur

#### 4.1. Erste Äußerung dazu im Jahr 1995

In seiner Entscheidung 2 Ob 594/95 geht der OGH erstmals auf die Sonderstellung der „verdeckten Kapitalgesellschaften“ ein, indem er den Liquidationsvorschriften für Personengesellschaften iSd §§ 145 ff UGB (damals §§ 145 ff HGB) ihren dispositiven Charakter im Zusammenhang mit „verdeckten Kapitalgesellschaften“ abspricht und ihnen für diese Fälle zwingenden Charakter auferlegt. Gesellschaftsformen, bei denen keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter auftritt, finden dem OGH zufolge im gesetzlich vorgesehenen Haftungsmodell für Personengesellschaften

<sup>12)</sup> Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> (2010) § 161 Rz 28 ff.

<sup>13)</sup> Karollus, Einlagenrückgewähr in der verdeckten Kapitalgesellschaft – 2 Ob 225/07p als Beispiel für eine gelungene Rechtsfortbildung, in Artmann/Rüffler/U. Torggler (Hrsg), Die GmbH & Co KG iES nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 31 (FN 5).

kein Auslangen. Damit hat der OGH im Jahr 1995 den ersten Grundstein für eine strengere Kapitalerhaltung bei verdeckten Personengesellschaften gelegt; damals jedoch noch ohne analoge Anwendung der Vorschriften für Kapitalgesellschaften. Vielmehr argumentierte der OGH die Kapitalerhaltung mittels einer teleologischen Reduktion, sohin einer Rechtsfortbildung innerhalb der gesetzlichen Vorschriften für die OG und KG.<sup>14)</sup>

### 4.2. Die Entscheidung 2 Ob 225/07p im Jahr 2008

Einen ganz wesentlichen Schritt für die Weiterentwicklung des umfassenden Kapital-schutzes für „verdeckte Kapitalgesellschaften“ hat der OGH im Jahr 2008 gesetzt. In dieser Entscheidung hat sich der OGH erstmals explizit mit der analogen Anwendung des § 82 GmbHG auf die GmbH & Co KG beschäftigt und dabei als Ergebnis Folgendes festgehalten:

*„Ist bei einer Kommanditgesellschaft kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so sind die Vorschriften über das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 Abs 1 und § 83 Abs 1 GmbHG auf die Kommanditgesellschaft im Verhältnis zu ihren Kommanditisten analog anzuwenden. Der Rückersatzanspruch gemäß § 83 Abs 1 GmbHG steht dabei der Kommanditgesellschaft zu.“<sup>15)</sup>*

Damit hat der OGH erstmals seine bis dahin eher vagen Aussagen über die nötige Gleichstellung hinter sich gelassen und ausdrücklich eine analoge Anwendung der §§ 82 und 83 GmbHG auf „verdeckte Kapitalgesellschaften“ festgelegt. Zu beachten ist, dass der OGH in dieser Entscheidung die analoge Anwendung lediglich in Bezug auf Kommanditisten bejaht, dies allerdings unabhängig von der Tatsache, ob der Kommanditist auch an der Komplementär-GmbH beteiligt ist.

Seinen Analogieschluss begründet das Höchstgericht damit, dass diese Gesellschaftsform bereits in zahlreichen Gesetzen den Kapitalgesellschaften gleichgestellt worden ist, vorrangig um dadurch die Gesellschaftsgläubiger zu schützen (siehe dazu Pkt 3.). Da nun zweifellos auch das Verbot der Einlagenrückgewähr primär dem Gläubigerschutz dient, sieht der OGH hier eine planwidrige Gesetzeslücke, die er durch die analoge Anwendung des § 82 Abs 1 GmbHG schließt. Auch die Tatsache, dass im Zuge des Handelsrechts-Änderungsgesetzes (HaRÄG)<sup>16)</sup> das Thema der Einlagenrückgewähr nicht aufgegriffen und ins UGB eingearbeitet worden ist, spricht nach Auffassung des OGH nicht gegen eine solche Analogie. Vielmehr geht der OGH davon aus, dass die Probleme der GmbH & Co KG im Zuge der Reformierung des UGB schlichtweg nicht „Thema“ waren. Folglich könne das Schweigen des (UGB-)Gesetzgebers nicht als Argument gegen die Analogie gewertet werden.

Die analoge Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften und die damit einhergehenden Konsequenzen für „verdeckte Kapitalgesellschaften“ waren mit dieser Entscheidung aus dem Jahr 2008 dem Grunde nach bereits besiegelt. Allerdings sind viele Punkte ungeklärt geblieben, wie etwa die Frage, ob das Verbot der Einlagenrückgewähr isoliert von den sonstigen kapitalerhaltenden Vorschriften des GmbHG anzuwenden ist. Offen blieb auch, warum sich der OGH beim Ausspruch für eine analoge Anwendung auf die Rechtsform der Kommanditgesellschaft einschränkt und lediglich Ausschüttungen an Kommanditisten verbietet. Nimmt man die Aussage des OGH wörtlich, wären Ausschüttungen an Komplementäre und folglich auch jene an OG-Gesellschafter somit keine Schranke vorgeschoben.<sup>17)</sup>

<sup>14)</sup> Kalss/Eckert/Schörghofer, Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG? GesRZ 2009, 65 (67).

<sup>15)</sup> OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p.

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

<sup>17)</sup> Karollus in Artmann/Rüffler/U. Torggler, GmbH & Co KG, 31 (53).

Diese Richtungsentscheidung wurde in der Literatur unterschiedlich aufgenommen. Ein Teil äußerte sich positiv,<sup>18)</sup> gewichtige Stimmen haben sich aber auch gegen die Angleichung der kapitalistischen Personengesellschaft mit Kapitalgesellschaften ausgesprochen.<sup>19)</sup> Von den Kritikern wurde insbesondere das Vorliegen einer Gesetzeslücke in Zweifel gezogen.<sup>20)</sup> Diese Zweifel wurden vor allem dadurch verstärkt, dass der Gesetzgeber im Zuge des Rechnungslegungs-Änderungsgesetzes 2014 (RÄG 2014) eine GmbH & Co KG nicht zur Dotierung gebundener Rücklagen verpflichtet hat. Somit gab es ab 2014 den Nachweis, dass der Gesetzgeber doch nicht jede Gläubigerschutzregel automatisch auf eine GmbH & Co KG ummünzen will. Im Hinblick auf diese nicht unerhebliche Kritik und das 2015 in Kraft getretene RÄG, war somit fraglich, ob der OGH an seiner strikten Rechtsmeinung der Entscheidung 2 Ob 225/07p festhalten würde, was eine gewisse Rechtsunsicherheit nach sich gezogen hat.

#### 4.3. Die Entscheidungen 6 Ob 171/15p und 6 Ob 198/15h aus dem Jahr 2016

In zwei weiteren Entscheidungen aus dem Jahr 2016 hat der OGH den Diskussionen (zumindest vorerst) ein Ende gesetzt.<sup>21)</sup> Nach Auffassung des OGH spricht die Tatsache, dass der Gesetzgeber im RÄG 2014 in gewissen Bereichen keine Gleichstellung der „verdeckten Kapitalgesellschaften“ mit Kapitalgesellschaften vorgesehen hat, nicht gegen eine Analogie. Vielmehr sieht er im Schweigen des Gesetzgebers sogar eine Billigung seiner bisherigen Judikatur zur Gleichstellung der kapitalistischen Personengesellschaft mit den Kapitalgesellschaften. Folglich bestätigt der OGH seine frühere Rechtsprechung: Die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 82 ff GmbHG sind analog auf „verdeckte Kapitalgesellschaften“ anzuwenden.

In der Entscheidung 6 Ob 171/15p spricht er zusammenfassend Folgendes aus: *„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.“*<sup>22)</sup>

Im Gegensatz zu früheren Entscheidungen verschärft der OGH mit den beiden aktuellsten Entscheidungen das Verbot der Einlagenrückgewähr sogar noch, weil er es nun auf sämtliche Gesellschafter erstreckt. Auch Zahlungen an die Komplementärin bzw deren Gesellschafter sind daher umfasst. Gleich wie etwa im GmbH-Recht ist damit das gesamte Vermögen der Gesellschaft geschützt. Sowohl offene als auch verdeckte Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr sind davon umfasst. Geschäfte, die dem Verbot widersprechen, sind nichtig.

<sup>18)</sup> So etwa *Grossmayer*, Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, *ecolex* 2008, 1023 (1023 ff); *Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG, 31; *Harrer*, Vermögensbindung bei der GmbH & Co KG, *wbl* 2009 328 (328 ff); *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup>, § 161 Rz 55; *Pucher*, Umgründung einer GmbH & Co KG im engeren Sinn in eine GmbH, *ecolex* 2010, 1165; wohl auch *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht (2009) 158.

<sup>19)</sup> So etwa *Kalss/Eckert/Schörghofer*, *GesRZ* 2009, 65 (65 ff); *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (1. 11. 2008, rdb.at) Kap 2.4 Rz 2/940; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UBG I<sup>4</sup> (2011, rdb.at) § 161 Rz 21; *Frank/Kusternigg*, Kapitalerhaltung bei Umstrukturierung einer GmbH & Co KG im engeren Sinn, *RdW* 2010, 384 (385 f); *Bergmann/Schörghofer*, RÄG 2014: Keine Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregimes auf verdeckte Kapitalgesellschaften! *GesRZ* 2014, 340 (340 ff); *Schörghofer*, Zur Haftung des Geschäftsführers einer Komplementär-GmbH gegenüber der KG, *GesRZ* 2016, 286. Eher kritisch auch *Stingl*, *GesRZ* 2008, 315 (315 ff); *Rauter*, Analoge Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf die GmbH & Co KG, *JAP* 2008/2009/14, 100 (100 ff).

<sup>20)</sup> So etwa *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (1. 11. 2008, rdb.at) Kap 2.4 Rz 2/940; *Rauter*, *JAP* 2008/2009/14, 100 (100 ff); *Stingl*, *GesRZ* 2008, 315 (315 ff); *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UBG I<sup>4</sup> (2011, rdb.at) § 161 Rz 21; *Bergmann/Schörghofer*, *GesRZ* 2014, 340 (342).

<sup>21)</sup> OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p; 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15h.

<sup>22)</sup> OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p.

### 5. Haftung bei Verstoß

Kommt es zu einer verbotenen Einlagenrückgewähr, ist die Kommanditgesellschaft aktivlegitimiert, den ihr zugefügten Schaden einzufordern.<sup>23)</sup> Fraglich ist nun, gegen wen die KG den Schaden geltend machen kann. Da die Geschäfte der verdeckten Kapitalgesellschaft von der Komplementär-Kapitalgesellschaft geführt werden, ist es zunächst naheliegend, diese als formale Geschäftsführerin in Anspruch zu nehmen. Muss die Komplementärin Ersatz leisten, kann sie nach Maßgabe eines Sorgfaltsverstoßes ihrerseits bei ihrem Geschäftsführer (einer natürlichen Person) Regress nehmen.

Allerdings tritt der OGH auch hier für einen weiten Gläubigerschutz ein: Gibt es eine

- Personenidentität von Kommanditisten, GmbH-Gesellschaftern und Geschäftsführern oder
- ist die Komplementär-Kapitalgesellschaft rein formal als Zwischenglied „vorgeschoben“,

kann der Geschäftsleiter der Komplementär-Kapitalgesellschaft unmittelbar in Anspruch genommen werden, obwohl keine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen der Personengesellschaft und dem Geschäftsleiter der Komplementärin besteht.<sup>24)</sup>

Ein wesentliches Indiz dafür, dass die Komplementär-Kapitalgesellschaft lediglich vorgeschoben ist, liegt dann vor, wenn sie außerhalb der Geschäftsführung für die Kommanditgesellschaft und allfällige weitere Gesellschaften keine anderen (nämlich eigenen) Aufgaben wahrnimmt. Wesentlich ist, dass der Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsleiter gegenüber einem Rückforderungsanspruch gegenüber dem bereicherten Gesellschafter nicht subsidiär ist.<sup>25)</sup> Vielmehr steht der Personengesellschaft das Wahlrecht zu, ob sie nun gegen den Gesellschafter und/oder den Komplementär-Geschäftsleiter vorgeht. Eine direkte Inanspruchnahme des Geschäftsleiters wird vor allem dann Sinn machen, wenn die Komplementärin insolvent ist oder das Fehlverhalten des Geschäftsleiters durch eine D&O Versicherung abgedeckt ist.

Schließlich gilt auch hinsichtlich der Frage, innerhalb welcher Fristen die Personengesellschaft den Komplementär-Geschäftsleiter klagen kann, GmbH- bzw AG-Recht. Somit verjähren Ansprüche gegen den Geschäftsführer nicht innerhalb von drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger, sondern analog zu § 25 Abs 6 GmbHG bzw § 84 Abs 6 AktG innerhalb von fünf Jahren. Die Frage, ob es sich hierbei um subjektive oder objektive Verjährungsfristen handelt, lässt der OGH allerdings weiterhin offen.<sup>26)</sup>

### **i**

#### Auf den Punkt gebracht

Mit den beiden Entscheidungen aus dem Jahr 2016 hat der OGH nun trotz der zum Teil massiven Kritik der Lehre wohl endgültig festgelegt, dass bei „verdeckten Kapitalgesellschaften“ das Konzept der Einlagenrückgewähr analog anwendbar ist. Dieses gilt sowohl für Zuwendungen an Kommanditisten als auch für Zuwendungen an Komplementärgesellschafter. Im Fall von Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr hat die Kommanditgesellschaft einen direkten Rückerstattungsanspruch gegen den Geschäftsleiter der Komplementärin, der parallel neben den Rückforderungsansprüchen gegenüber dem Gesellschafter steht.

<sup>23)</sup> OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p.

<sup>24)</sup> OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p.

<sup>25)</sup> OGH 30. 6. 2016, 6 Ob 198/15h.

<sup>26)</sup> OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15h.