

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

148. JAHRGANG

05  
2016



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

---

## BEITRÄGE

---

*Josef Obermaier:*

Zu den Anleitungspflichten des Notars im Kostenpunkt des Erbrechtsstreits Seite 161

---

*Alexander Schopper und Mathias Walch:*

Geschäftsführerhaftung in der GmbH & Co KG Seite 163

---

## RECHTSPRECHUNG

---

Berichtigung eines Berechnungsfehlers hinsichtlich des Kaufpreises in einem Nachtrag zum Kaufvertrag stellt keine Novation dar; Einholen einer erneuten Bewilligung der Grundverkehrsbehörde ist daher entbehrlich *Hans Hoyer* Seite 184

---

Interessen oder Rechten, die noch nicht Gegenstand eines bürgerlichen Eintrags geworden sind, fehlt im Grundbuchsverfahren der Rechtsmittelschutz *Hans Hoyer* Seite 187

---

Vermögensopfertheorie Seite 192

---

Erste Entscheidung zur EuErbVO Seite 198

---

Berufshaftung wegen Verletzung des § 63 NO Seite 198

---

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer, Waldemar Jud, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper, Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2016/55

## Geschäftsführerhaftung in der GmbH & Co KG

Zugleich eine Besprechung von OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p

Fügt bei einer GmbH & Co KG der GmbH-Geschäftsführer der KG infolge pflichtwidriger Geschäftsführung einen Schaden zu, hat diese nach stRsp bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen einen direkten Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Der Beitrag geht kritisch auf diese Rsp ein und behandelt weiterführende Fragen, insbesondere die Ausdehnung auf andere verdeckte Kapitalgesellschaften und gesetzestypische Personengesellschaften sowie die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Personengesellschaftsrecht.

Von Alexander Schopper und Mathias Walch

### Inhaltsübersicht:

- A. Einführung
  - 1. Geschäftsführung in der GmbH & Co KG
  - 2. Stand der Diskussion nach OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p
  - 3. Offene Fragen
- B. Dogmatische Begründung des Schadenersatzanspruchs der KG gegen den GmbH-Geschäftsführer
  - 1. Personengleiche GmbH & Co KG im engeren Sinn
  - 2. Komplementär-GmbH als vorgeschobenes Zwischenglied
  - 3. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
    - a) Rechtsprechung in Österreich und Deutschland
    - b) Kritik im Schrifttum
      - i) Kein Bedürfnis nach besonderem Schutz der KG
      - ii) Widerspruch zur Subsidiarität des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
      - iii) Hauptsächlichste Geschäftsführungstätigkeit der Komplementär-GmbH für die KG keine Haftungsvoraussetzung
  - 4. Fazit
- C. Eigene Ansicht
  - 1. Auseinanderfallen von Geschäftsführung und Verantwortung
  - 2. Geschäftsführung für die KG als hauptsächlichste Tätigkeit der Komplementär-GmbH?
  - 3. Rechtliche Sonderverbindung zwischen geschäftsführender natürlicher Person und Gesellschaft
    - a) Alternative dogmatische Begründung
    - b) Unterschiede gegenüber dem Organverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten der KG
      - i) Anwendung von Personengesellschaftsrecht
      - ii) Verjährung des Schadenersatzanspruchs
    - c) Fazit
- D. Weiterführende Fragen
  - 1. Ausdehnung auf andere Personengesellschaften
    - a) Verallgemeinerungsfähigkeit des Lösungsansatzes
    - b) Verdeckte Kapitalgesellschaften
    - c) Konzern
      - d) Personengesellschaften
      - e) Fazit
  - 2. Anwendbarkeit der Business Judgment Rule
    - a) Überblick
    - b) Anwendbarkeit auf KG
    - c) Anwendbarkeit auf den direkten Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH
    - d) Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen der Business Judgment Rule
- E. Zusammenfassung

### A. Einführung

#### 1. Geschäftsführung in der GmbH & Co KG

Bei einer GmbH & Co KG übernimmt im Regelfall<sup>1</sup> die Komplementär-GmbH die Geschäftsführung für die KG. Die Komplementär-GmbH kann als juristische Person nur durch ihre Organe handeln. Daher besorgt der<sup>2</sup> Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auch die Geschäftsführung in der KG.<sup>3</sup> Handelt der Geschäftsführer bei der Geschäftsführung für die KG sorgfaltswidrig und fügt dieser dadurch einen Schaden zu, stellt sich die Frage, ob sich die KG nur an die Komplementär-GmbH halten kann oder sie daneben auch einen direkten Anspruch gegen den GmbH-Geschäftsführer hat.

Die Frage ist praktisch durchaus relevant. Die Komplementär-GmbH wird häufig – auch aus steuerlichen Gründen – mit geringen finanziellen Mitteln ausgestattet. Dies war bspw auch in der zu besprechenden Entscheidung<sup>4</sup> so, wo die Komplementär-GmbH abgesehen von ihren Ansprüchen auf Geschäftsführerentlohn-

<sup>1</sup> Es ist auch zulässig, dass die Kommanditisten die Geschäftsführung übernehmen. § 164 UGB ist dispositiv (OGH 23. 11. 1978, 7 Ob 732/78 HS 10508; OLG Wien 7. 8. 1975, 20 R 104/75 HS 9221; Kraus in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> § 164 Rz 4).

<sup>2</sup> Die GmbH kann selbstverständlich auch mehrere Geschäftsführer haben. Der Einfachheit halber wird in diesem Beitrag grundsätzlich davon ausgegangen, dass die GmbH nur einen Geschäftsführer hat.

<sup>3</sup> Statt aller Schörghofer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/928; Harrer, Die Personengesellschaft (2010) 437.

<sup>4</sup> OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p RWZ 2016, 125 (Wenger); abgedruckt in diesem Heft Seite 193.

nung gegenüber der KG vermögenslos war. Wird über das Vermögen der Komplementär-GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet, fällt der Schadenersatzanspruch der KG gegen die Komplementär-GmbH in die Insolvenzmasse und die KG erhält nur eine Insolvenzquote. Hat die KG einen weiteren Anspruch gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, besteht die Möglichkeit, von ihm den vollen Schaden ersetzt zu erhalten. Auch für das Notariat ist es lohnend, sich mit dem Thema zu beschäftigen, weil allenfalls bereits anlässlich der Gründung einer GmbH & Co KG auf das hier behandelte Haftungsrisiko hingewiesen werden sollte.<sup>5</sup> Außerdem reicht das Thema, wie in Pkt D.1. aufgezeigt werden soll, über die GmbH & Co KG hinaus und ist für alle Personengesellschaften relevant.

## 2. Stand der Diskussion nach OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p

In einer aktuellen Entscheidung hat der OGH diese Frage ausführlich behandelt. Nach dem in der Entscheidung veröffentlichten Sachverhalt war das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH & Co KG<sup>6</sup> eröffnet und ein Sanierungsplan abgeschlossen worden. Teil des Sanierungsplans war die Ermächtigung der Klägerin, als Treuhänderin im Sanierungsverfahren Schadenersatzansprüche gegenüber den Organen der KG und konzernverbundenen Gesellschaften geltend zu machen. Die Klägerin forderte vom Geschäftsführer der Komplementär-GmbH 10 Mio Euro Schadenersatz, weil dieser trotz unmittelbar bevorstehender Insolvenz der KG in deren Namen mehrere fremdunübliche Darlehen gewährte.<sup>7</sup> Der OGH bejahte die unmittelbare Verantwortlichkeit des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der KG.

<sup>5</sup> Der vom Haftungsrisiko betroffene GmbH-Geschäftsführer ist idR an der KG-Gründung beteiligt, weil er für die GmbH oder – sofern man die Beteiligung der Vor-GmbH an der KG für zulässig erachtet (dazu *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter*, UGB<sup>4</sup> § 161 Rz 19 mwN) – die Vor-GmbH handelt (vgl zur Vertretungsmacht der Geschäftsführer *Haas/Mock in Röhrich/v. Westphalen/Haas*, HGB<sup>4</sup> § 151 Rz 65), die Komplementär der KG werden soll. Außerdem übernehmen die KG- und/oder GmbH-Gesellschafter häufig die Funktion des GmbH-Geschäftsführers und werden für einen allfälligen Hinweis auf das Haftungsrisiko dankbar sein.

<sup>6</sup> Gemeint ist die KG. Rechtlich besteht die GmbH & Co KG aus (mindestens) zwei Gesellschaften, nämlich der KG und der Komplementär-GmbH. Beide Gesellschaften sind unabhängig voneinander insolvenzfähig; im vorliegenden Fall war die Komplementär-GmbH nie insolvent, jedoch abgesehen von ihren Ansprüchen auf Geschäftsführerentlohnung gegenüber der KG vermögenslos.

<sup>7</sup> Die Klage stützte sich auf OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07 p, wonach §§ 82 f GmbHG analog auf die GmbH & Co KG anwendbar sind. Der OGH bestätigte diese Entscheidung. Allerdings konnte er nicht abschließend beurteilen, ob der Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr in casu erfüllt war, weil die Vorinstanzen keine Feststellungen getroffen hatten, ob die Darlehensgewährungen einem Fremd- oder Drittvergleich standhalten oder aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt sind.

Nach aktuellem Stand der Rsp besteht in zwei Fällen ein direkter Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. (1) Den ersten Fall bildet die personengleiche GmbH & Co KG im engeren Sinn<sup>8</sup>, dh es gibt nur einen Komplementär (die GmbH) und die Kommanditisten, die Gesellschafter der Komplementär-GmbH und deren Geschäftsführer<sup>9</sup> sind ident.<sup>10</sup> (2) Liegt keine personengleiche GmbH & Co KG im engeren Sinn vor, hat die KG nur dann einen direkten Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, wenn die wesentliche Aufgabe der Komplementär-GmbH in der Führung der Geschäfte der KG liegt.<sup>11</sup>

Die beiden Fälle sind auseinanderzuhalten. Bei einer personengleichen GmbH & Co KG im engeren Sinn ist nach der Rsp nicht erforderlich, dass die Komplementär-GmbH hauptsächlich für die KG tätig ist, obgleich dies in der Praxis regelmäßig der Fall sein wird. Liegt hingegen keine Personenidentität zwischen Kommanditisten, GmbH-Gesellschaftern und GmbH-Geschäftsführern vor, muss die Komplementär-GmbH hauptsächlich für die KG tätig sein, damit nach der Rsp des OGH ein direkter Schadenersatzanspruch der KG gegen den GmbH-Geschäftsführer besteht.

## 3. Offene Fragen

Die jüngste Entscheidung des OGH hat einige offene Fragen geklärt. Insbesondere hat der 6. Senat klargestellt, dass ein direkter Schadenersatzanspruch der KG

<sup>8</sup> So die Bezeichnung in OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88 (übernommen in OGH 26. 2. 2009, 1 Ob 192/08 d und OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p); zur Terminologie *Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 161 Rz 30; *Schörghofer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/908 ff; *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter*, UGB<sup>4</sup> § 161 Rz 18.

<sup>9</sup> OGH 26. 2. 2009, 1 Ob 192/08 d könnte auch so verstanden werden, dass eine Personenidentität zwischen den Gesellschaftern der KG und der GmbH ausreicht („Auch im vorliegenden Fall ist infolge der Personenidentität zwischen den Gesellschaftern der KG und jenen der erstbeklagten Komplementär GmbH [...] eine enge gesellschaftsrechtliche Verflechtung gegeben“).

<sup>10</sup> OGH 28. 11. 1985, 6 Ob 757/83; OGH 26. 6. 1986, 7 Ob 525/86; OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88; OGH 26. 2. 2009, 1 Ob 192/08 d; OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p.

<sup>11</sup> OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p; *Dellinger*, wbl 1990, 351 (Entscheidungsanmerkung); zum Teil wird bereits die zeitlich frühere E OGH 26. 2. 2009, 1 Ob 192/08 d so aufgefasst (OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p; *Eckert in U. Torggler*, UGB<sup>2</sup> § 161 Rz 12; *Diregger/Eckert*, Gedanken zur unechten Personengesellschaft, RdW 2013, 579 [580]). Ein Teil der Lehre und offenbar auch das Berufungsgericht in OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p (OLG Innsbruck) verstehen die Entscheidung allerdings so, dass der OGH kumulativ auf die Personengleichheit und das hauptsächliche Tätigwerden der Komplementär-GmbH für die KG abstellt (zB *Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 161 Rz 44; *Feltl/Told in Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 193; *Karollus*, Verstärkter Gläubigerschutz bei der Insolvenz einer GmbH & Co KG, *ecolex* 1990, 669 [672]; wohl auch *Kraus/U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 41). Nach OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p hat sich diese Diskussion erübrigt.

gegen den GmbH-Geschäftsführer nicht auf die personengleiche GmbH & Co KG beschränkt ist.

Einige Fragen hat die Entscheidung allerdings offengelassen. Zunächst ist die dogmatische Begründung, weshalb bei einer personengleichen GmbH & Co KG im engeren Sinn ein direkter Schadenersatzanspruch der KG gegen den GmbH-Geschäftsführer besteht, unklar (dazu Pkt B.1.).

Bei der zweiten Begründungsvariante – Geschäftsführungstätigkeit für die KG als hauptsächliche Tätigkeit der Komplementär-GmbH – stellt der OGH darauf ab, dass eine GmbH rein formal als Zwischenglied „vorgeschieben“ wird, begründet aber nicht weiter, weshalb das Vorschieben der GmbH zu einem direkten Haftungsanspruch der KG gegen den GmbH-Geschäftsführer führt.

Ebenfalls nicht abschließend geklärt ist die Frage, wann eine „hauptsächliche Tätigkeit für die KG“ vorliegt, maW welches Ausmaß die Nebentätigkeiten der Komplementär-GmbH annehmen müssen, damit der KG ein direkter Schadenersatzanspruch gegen den GmbH-Geschäftsführer versagt wird. Außerdem bleibt offen, warum es überhaupt darauf ankommen soll, ob die Komplementär-GmbH hauptsächlich für die KG tätig wird.

## B. Dogmatische Begründung des Schadenersatzanspruchs der KG gegen den GmbH-Geschäftsführer

### 1. Personengleiche GmbH & Co KG im engeren Sinn

Bei einer personengleichen GmbH & Co KG im engeren Sinn resultieren nach dem OGH aus der engen gesellschaftsrechtlichen Verflechtung Treue-, Sorgfalts- und Schutzpflichten, die über die sonst für einen Geschäftsführer einer GmbH gegebenen Pflichten hinausreichen und einen direkten Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH begründen.<sup>12</sup> Der OGH lässt allerdings offen, auf welche Treue-, Sorgfalts- und Schutzpflichten er konkret abstellt und weshalb diese eine unmittelbare Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers gegenüber der GmbH begründen. Insoweit bleibt die dogmatische Begründung im Dunkeln.<sup>13</sup>

Aufschlussreich ist die E OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88, auf die der Rechtssatz zurückgeht. Dort begründet der OGH seine Ansicht näher.<sup>14</sup> Aufgrund der engen gesellschaftsrechtlichen Verflechtung sei eine unmittelbare Sorgfaltspflicht der GmbH-Geschäftsführer gegenüber

der KG anzunehmen und zumindest in dieser Beziehung die KG im Innenverhältnis wie eine einheitliche Kapitalgesellschaft zu behandeln. Der OGH beruft sich auf *Kübler*, der die GmbH & Co KG im Innenverhältnis wie eine einheitliche Kapitalgesellschaft behandeln will.<sup>15</sup> Die Durchbrechung der rechtlichen Trennung zwischen KG und GmbH stößt freilich auf schwere dogmatische Bedenken und die Ansicht *Küblers* hat sich daher in Deutschland zu Recht nicht durchgesetzt.<sup>16</sup> Selbst bei der Einheits-GmbH & Co KG,<sup>17</sup> wo man am ehesten für das Vorliegen einer einheitlichen Gesellschaft argumentieren könnte, hält die hA in Deutschland – und in einer neueren Entscheidung offenbar auch der OGH<sup>18</sup> – an der rechtlichen Trennung fest.<sup>19</sup> In Österreich sollte die bloße Personenidentität zwischen Kommanditisten, GmbH-Gesellschaftern und Geschäftsführern ebenfalls kein Grund sein, die rechtliche Trennung zwischen GmbH und KG – wenn auch nur im Innenverhältnis – zu durchbrechen. Die Ansicht des OGH, wonach bei einer personengleichen GmbH & Co KG im engeren Sinn

<sup>15</sup> *Kübler*, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup> (1990) 308; ebenso *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht<sup>6</sup> (2006) 356; ähnlich wohl *Martens in Schlegelberger*, HGB<sup>5</sup> § 164 Rz 12, wonach sich die Komplementär-GmbH nicht auf ihre juristische Selbständigkeit berufen könne; idS wohl auch *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften<sup>4</sup> (in der 5. Auflage wurde das Kapitel über die GmbH & Co KG gestrichen) § 44 Rz 12, wonach der GmbH-Geschäftsführer auch als Organ der KG anzusehen sei (unter Berufung auf *Krebs*, Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung [1991] 154ff, der sich aber gerade gegen diese Ansicht wendet [insb 48ff]); vorsichtig *Weimar/Geitzhaus*, Die GmbH & Co. KG vor den Toren des GmbH-Rechts, DB 1987, 2026 (2032).

<sup>16</sup> *Krebs*, Geschäftsführungshaftung 31 ff; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände (2007) 192.

<sup>17</sup> KG ist Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH; vgl dazu OGH 17. 9. 2014, 6 Ob 185/13v GesRZ 2015, 52 (*Reich-Rohrwig/Zimmermann*) (mit öGmbH und dKG); *Eckert in U. Torggler*, UGB<sup>2</sup> § 161 Rz 7; *Schörghofer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/914.

<sup>18</sup> Vgl OGH 17. 9. 2014, 6 Ob 185/13v: „In der Einheitsgesellschaft stehen der KG als alleiniger Gesellschafterin der Komplementär-GmbH alle Gesellschafterrechte aus den Geschäftsanteilen zu. Da die KG ihrerseits durch die Komplementärin vertreten wird, führt dies dazu, dass die Komplementär-GmbH die Gesellschafterrechte aus den Anteilen an ihrem Stammkapital selbst durch ihre Geschäftsführer ausübt“; würde man die rechtliche Trennung zwischen GmbH und KG aufheben, wären GmbH-Beschlüsse und KG-Beschlüsse von den Kommanditisten zu fassen (*K. Schmidt*, Fortschritt oder Rückschritt im Recht der Einheits-GmbH & Co KG, ZIP 2007, 2193 [insb 2197]).

<sup>19</sup> BGH 16. 7. 2007, II ZR 109/06 NZG 2007, 751 = ZIP 2007, 1658; BGH 8. 1. 2007, II ZR 267/05 NZG 2007, 590; OLG Hamburg 22. 3. 2013, 11 U 27/12 NZG 2013, 831; *Fleck*, Die sogenannte Einheitsgesellschaft – ein funktionsunfähiges Gebilde? in FS Semler (1993) 115 (insb 118); *Grunewald in MünchKomm HGB<sup>3</sup> § 161 Rz 98*; *Henze/Notz in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB<sup>3</sup> Anhang A nach § 177 a Rz 182; einschr, aber grds an der Trennungsthese festhaltend *Casper*, Die Einheits-GmbH & Co. KG, in FS Stilz (2014) 111; aA *W. Schilling*, Die GmbH & Co KG als Einheitsgesellschaft, in FS Barz (1974) 67 (72ff); *K. Schmidt*, Zur Einheits-GmbH & Co KG, in FS H.-P. Westermann (2008) 1425; *K. Schmidt*, ZIP 2007, 2193.

<sup>12</sup> OGH 28. 11. 1985, 6 Ob 757/83; OGH 26. 6. 1986, 7 Ob 525/86; OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88.

<sup>13</sup> Krit auch *Karollus*, *ecolex* 1990, 669 (672) (Treue-, Schutz- und Sorgfaltspflichten spielen keine wesentliche Rolle).

<sup>14</sup> In OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p Pkt 2.2. wird die Entscheidung referiert, wobei dort der Verweis auf *Kübler* (FN 15) ausgespart wurde.

per se ein Schadenersatzanspruch der KG gegen den GmbH-Geschäftsführer besteht, ist daher abzulehnen (zum eigenen Begründungsansatz näher unten Pkt C.).

## 2. Komplementär-GmbH als vorgeschobenes Zwischenglied

Liegt keine personengleiche GmbH & Co KG im engeren Sinn vor, stellt der OGH ganz entscheidend darauf ab, ob eine Komplementär-GmbH rein formal als Zwischenglied „vorgeschoben“ wird. Bejahendenfalls ist der GmbH-Geschäftsführer der KG gegenüber unmittelbar verantwortlich. Er verweist dazu auf eine Entscheidung aus 2009.<sup>20</sup> Der Begründungsansatz ist freilich älter und stammt aus einer Entscheidung des Reichsgerichts aus 1944,<sup>21</sup> die der OGH bereits 1979 übernommen hat.<sup>22</sup> Die lange Rechtsprechungslinie sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Begründung wertungswidersprüchlich ist. Die KG-Gesellschafter einer GmbH & Co KG nehmen die GmbH regelmäßig in die Gesellschaft auf, um selbst eine Kommanditistenstellung einnehmen zu können und dadurch einer unbeschränkten Haftung nach § 128 UGB auszuweichen. In den Worten des OGH „schieben“ sie die GmbH vor. Trotz der damit verbundenen Beeinträchtigung der Interessen der KG-Gläubiger haften die Kommanditisten nur im Rahmen der §§ 171 ff UGB. Es kommt trotz vorgeschobener Komplementär-GmbH zu keinem Haftungsdurchgriff auf die Kommanditisten. Umso mehr muss sich die KG vom Geschäftsführer der Komplementär-GmbH entgegenhalten lassen, dass er ihr gegenüber aufgrund der vorgeschobenen GmbH nicht unmittelbar haftet. Die KG und mittelbar die Mitgesellschafter (Kommanditisten) sind nämlich weniger schutzbedürftig als die Gläubiger der KG, weil sie sich die Komplementär-GmbH als Gesellschafter ausgesucht haben und es ihnen daher eher zuzumuten ist, die damit verbundenen Nachteile – nämlich die (finanzschwache) GmbH als Schuldnerin des Schadenersatzanspruchs – zu tragen. Möchte man die GmbH & Co KG nicht insgesamt in Frage stellen,<sup>23</sup> ist das bloße Vorschoben einer GmbH keine hinreichende Begründung,

<sup>20</sup> OGH 26. 2. 2009, 1 Ob 192/08 d.

<sup>21</sup> RG 6. 1. 1944, II 107/43 Deutsches Recht 1944, 575 (zust Dietrich); „entdeckt“ wurde die Entscheidung von P. Doralt in Kastner/Stoll, Die GmbH & Co KG<sup>2</sup> (1977) 261; allerdings ist die Entscheidung nicht ganz einschlägig, weil es nicht um einen Schadenersatz-, sondern einen Unterlassungsanspruch gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ging.

<sup>22</sup> OGH 6. 11. 1979, 5 Ob 764/78 SZ 52/158; dem Senat in OGH 26. 2. 2009, 1 Ob 192/08 d war diese Entscheidung bekannt, weil er in Pkt 4 seiner Entscheidungsbegründung auf sie verweist (allerdings wurde die Entscheidung – zusammen mit OGH 28. 11. 1985, 6 Ob 757/83 – dort versehentlich jener Ansicht zugeordnet, die einen direkten Schadenersatzanspruch ablehnt).

<sup>23</sup> Da der Gesetzgeber die GmbH & Co KG mittlerweile anerkannt und teilweise geregelt hat (siehe zB § 67 Abs 1 IO; § 189 Abs 1 Z 1 UGB; § 19 Abs 2 UGB; § 4 Z 3 EKEG), wäre ohnehin nur eine

um den haftungsrechtlichen „Durchgriff“ auf den GmbH-Geschäftsführer zu begründen.

## 3. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

### a) Rechtsprechung in Österreich und Deutschland

Wie bereits dargelegt, besteht nach dem OGH – sofern keine personengleiche GmbH & Co KG im engeren Sinn vorliegt – nur dann ein direkter Schadenersatzanspruch der KG gegen den GmbH-Geschäftsführer, wenn die hauptsächliche Tätigkeit der Komplementär-GmbH in der Geschäftsführung für die KG liegt. Entscheidend ist der tatsächliche Tätigkeitsbereich der Komplementär-GmbH, nicht deren gesellschaftsvertraglich festgelegter Unternehmensgegenstand.<sup>24</sup> Dieses Kriterium geht auf eine BGH-Entscheidung aus 1979 zurück,<sup>25</sup> das der OGH 1990 für Österreich übernommen hat.<sup>26</sup> Der BGH wendete das zivilrechtliche Institut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sinngemäß auf eine Publikums-KG<sup>27</sup> an und erkannte, dass der Anstellungsvertrag zwischen GmbH-Geschäftsführer und Komplementär-GmbH Schutzwir-

Kritik de lege ferenda zulässig und angesichts der festen Verankerung in Österreich wohl aussichtslos.

<sup>24</sup> OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p (Pkt 4.4. der Entscheidungsgründe); OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88 („Nach der Aktenlage dürfte die organmäßige Bestellung der nun beklagten seinerzeitigen Geschäftsführer während der Zeit ab Gründung der KG wenn nicht überhaupt ausschließlich, so doch ganz wesentlich und hauptsächlich auf die Ausübung der Geschäftsführung bei und im Interesse der Kommanditgesellschaft gerichtet gewesen sein; eine andere Tätigkeit scheint die GmbH gar nicht entfaltet zu haben. Feststellungen dazu fehlen allerdings“); KG 24. 2. 2011, 19 U 83/10 NZG 2011, 429; vgl BGH 18. 6. 2013, II ZR 86/11 BGHZ 197, 304 = NZG 2013, 1021; insoweit unklar BGH 25. 2. 2002, II ZR 236/00 NZG 2002, 568 (BGH stellt auf „Festlegung des Unternehmensgegenstands“ im maßgeblichen Zeitraum ab, fordert aber vom Erstgericht weitere Feststellungen und könnte damit den tatsächlichen – nicht den gesellschaftsvertraglichen – Unternehmensgegenstand meinen); stärker auf den gesellschaftsvertraglichen Unternehmensgegenstand abstellend BGH 12. 11. 1979, II ZR 174/77 BGHZ 75, 321 = NJW 1980, 589; Hüffer, Organpflichten und Haftung in der Publikums-Personengesellschaft, ZGR 1981, 348 (358).

<sup>25</sup> BGH 12. 11. 1979, II ZR 174/77 BGHZ 75, 321 = NJW 1980, 589.

<sup>26</sup> OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88 („den Grundgedanken des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter analog für die Organhaftung zugunsten Dritter fruchtbar zu machen“).

<sup>27</sup> Als Publikums-KG bezeichnet man KG mit einer Vielzahl an Kommanditisten. Diese sind regelmäßig als GmbH & Co KG ausgestaltet und dienen der Ansammlung und Verwaltung von Kapitalmitteln; vgl dazu zB Schörghofer in Kalls/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/901 ff; Dregger/Eckert, RdW 2013, 579 (581); Haas/Mock in Röhrich/v. Westphalen/Haas, HGB<sup>4</sup> § 161 Rz 107 f; aus der Rsp zB OGH 11. 9. 1997, 6 Ob 2100/96 h; alternativ kann auch nur ein Kommanditanteil begründet werden, der von einer Gesellschaft treuhänderisch gehalten wird. Die Anleger beteiligen sich in diesem Fall an Treuhandkommanditisten; vgl dazu zB Gruber, Treuhandbeteiligung an Gesellschaften (2001) 77 ff; Haas/Mock in Röhrich/v. Westphalen/Haas, HGB<sup>4</sup> § 161 Rz 107 und Rz 204; OGH 29. 6. 2009, 9 Ob 68/08 b.

kungen zugunsten der KG entfalte. Nach Ansicht des BGH fiel die KG jedoch nur dann in den Schutzbereich des Vertrags, wenn die Komplementär-GmbH hauptsächlich geschäftsführend für die KG tätig wurde. In diesem Fall war für den GmbH-Geschäftsführer nämlich erkennbar, dass seine Hauptleistung primär der KG zugutekam.<sup>28</sup> In der Folge dehnte er diese Rsp auf die GmbH & Co KG aus.<sup>29</sup> Im deutschen Schrifttum wurde kritisiert, dass es nicht auf den Anstellungsvertrag, sondern auf die Organstellung des Geschäftsführers ankomme und diese Schutzwirkung zugunsten der KG entfalte,<sup>30</sup> was später auch vom BGH übernommen wurde.<sup>31</sup> Der OGH knüpfte an das deutsche Schrifttum an und übernahm diese Ansicht.<sup>32</sup> Daraus folgt, dass eine Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber der KG nur dann in Betracht kommt, wenn die KG in den Schutzbereich des Organverhältnisses zwischen Komplementär-GmbH und ihrem Geschäftsführer fällt. Dies setzt voraus, dass die Komplementär-GmbH hauptsächlich für die KG geschäftsführend tätig ist und der GmbH-Geschäftsführer (daher) erkennen kann, dass seine Hauptleistung (Geschäftsführungstätigkeit) primär der KG zugutekommt.<sup>33</sup>

## b) Kritik im Schrifttum

### i) Kein Bedürfnis nach besonderem Schutz der KG

Nach einem Teil der Lehre ist die KG durch ihren Schadenersatzanspruch gegen die Komplementär-GmbH

hinreichend geschützt.<sup>34</sup> Es bestehe daher kein Bedürfnis nach einem direkten Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Die hA, die nun nochmals vom OGH bestätigt wurde,<sup>35</sup> geht jedoch zutreffend davon aus, dass der Anspruch gegen die GmbH der KG keinen ausreichenden Schutz bietet.<sup>36</sup> Dies zeigt sich vor allem, wenn die GmbH nur über ein geringes Vermögen verfügt. Zwar erleidet die GmbH einen Schaden, wenn sie von der KG in Anspruch genommen wird, und wird einen Schadenersatzanspruch gegen ihren Geschäftsführer nach § 25 GmbHG haben, der diesen Schaden schuldhaft verursacht hat. Die KG kann diesen Haftungsanspruch pfänden und sich überweisen lassen.<sup>37</sup> Allerdings ist der Schadenersatzanspruch der GmbH gegen ihre Geschäftsführer nicht für die KG „reserviert“. Jeder GmbH-Gläubiger kann diesen pfänden, und die KG konkurriert daher mit anderen GmbH-Gläubigern. Außerdem kann die GmbH ihrem Geschäftsführer den Schadenersatzanspruch erlassen oder sich mit ihm vergleichen, wobei die KG aber immerhin durch das Vergleichsverbot nach § 25 Abs 7 GmbHG iVm § 10 Abs 6 GmbHG geschützt ist.<sup>38</sup> Die Schwäche des Schadenersatzanspruchs gegen die GmbH wird offenbar, wenn über das Vermögen der GmbH ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. In diesem Fall fällt der Haftungsanspruch in die Insolvenzmasse der GmbH, und die KG erhält bloß die Insolvenzquote.

### ii) Widerspruch zur Subsidiarität des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Zum Teil wird die dogmatische Begründung eines Organverhältnisses mit Schutzwirkung zugunsten der KG im österreichischen Schrifttum in Frage gestellt. Die Ansicht des BGH könne nicht für Österreich übernommen werden, weil sie sich mit der Subsidiarität der Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht vertrage.<sup>39</sup> Steht dem Dritten bereits ein

<sup>28</sup> Vgl auch *Larenz*, NJW 1956, 1193 (1194) (Entscheidungsanmerkung); aus Österreich *F. Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 359 (363); gegen eine direkte Haftung, wenn der Beitritt der GmbH zu einer KG als Komplementärin im Zeitpunkt der Berufung als Geschäftsführer nicht absehbar war, *Wenzel* in *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns*, Handbuch GmbH & Co KG<sup>21</sup> § 4 Rz 4.69; *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG<sup>11</sup> § 9 Rz 21.

<sup>29</sup> BGH 24. 3. 1980, II ZR 213/77 BGHZ 76, 326 = NJW 1980, 1524.

<sup>30</sup> Siehe FN 32; vgl ferner *H. Brandes*, Die Rechtsprechung des BGH zur GmbH & Co. KG, WM 1987 Sonderbeilage 1, 1 (7); anders *Hüffer*, ZGR 1981, 348 (353 ff).

<sup>31</sup> BGH 18. 6. 2013, II ZR 86/11 NZG 2013, 1021; in dieser Entscheidung verweist der BGH darauf, dass er dies bereits seit BGH 17. 3. 1987, VI ZR 282/85 NJW 1987, 2008 vertrete, wobei die zitierte Entscheidung aber auch anders verstanden werden kann; vgl auch bereits BGH 25. 2. 2002, II ZR 236/00 NZG 2002, 568 (Pkt IV „Organ- und Anstellungsverhältnisses einzubeziehen ist“; im ausführlichen Pkt II stellt er indessen nur auf den Anstellungsvertrag ab); missverständlich BGH 10. 2. 1992, II ZR 23/91 NJW-RR 1992, 800; aus der OLG-Rsp siehe OLG München 21. 3. 2013, 23 U 3344/12 NZG 2013, 742 (743); zust *Schürnbrand*, Organschaft 198.

<sup>32</sup> Er beruft sich auf *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>1</sup> (1986) 1240; so immer noch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2002) § 56 IV b; siehe bereits *K. Schmidt*, Die GmbH & Co. – eine Zwischenbilanz, GmbHR 1984, 272 (279).

<sup>33</sup> Vgl allgemein dazu (iZm dem Ersatz bloßer Vermögensschäden) OGH 28. 11. 2002, 8 Ob 287/01 s; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 4/13; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1295 Rz 61; *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten (2009) 192; siehe außerdem noch Pkt C.2.

<sup>34</sup> *Harrer*, Zum Rechtsverhältnis zwischen der GmbH & Co und den Geschäftsführern der GmbH, wbl 1991, 145 (insb 151); *ders*, Personengesellschaft 429; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB<sup>4</sup> § 161 Rz 20; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 30; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 41.

<sup>35</sup> OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p (Pkt 4.2. der Entscheidungsgründe).

<sup>36</sup> OGH 6. 11. 1979, 5 Ob 764/78 SZ 52/158; OGH 28. 11. 1985, 6 Ob 757/83 GesRZ 1986, 32; OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88 wbl 1990, 348 (*Dellinger*); OGH 26. 2. 2009, 1 Ob 192/08 d GesRZ 2009, 293 (*Hochedlinger*); *Karollus*, *ecolex* 1990, 669 (671); *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (580).

<sup>37</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 30; *Felt/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 192; *Weimar/Geitzhaus*, DB 1987, 2026 (2032).

<sup>38</sup> Vgl BGH 12. 11. 1979, II ZR 174/77 BGHZ 75, 321 = NJW 1980, 589; *Weimar/Geitzhaus*, DB 1987, 2026 (2032); zum Vergleich siehe *Walch*, Zulässigkeit eines Vergleichs zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschaftern über Einlageforderungen, in *Nueber/Przeszlowska/Zwirschmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel (2015) 93 (109 f).

<sup>39</sup> *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (580 in FN 12).

Anspruch aus einem eigenen Vertrag zu, entfällt nach stRsp dessen Schutzwürdigkeit aus einem fremden Vertrag.<sup>40</sup> Übertragen auf die GmbH & Co KG hieße dies, dass die KG gar nicht schutzwürdig ist, weil sie bereits einen eigenen Anspruch gegen die Komplementär-GmbH hat. Allerdings entfällt auch nach stRsp des BGH idR die Schutzwürdigkeit des Dritten, wenn er einen eigenen (gleichwertigen) Anspruch gegen seinen Vertragspartner hat.<sup>41</sup> Die Rechtslage ist insoweit mit der österreichischen vergleichbar. Nach dem BGH ist aber die KG trotz ihres eigenen Anspruchs gegen die Komplementär-GmbH ausnahmsweise schutzbedürftig, weil das wohlverstandene Interesse der Komplementär-GmbH auf eine ordnungsmäßige Leitung der KG gerichtet sei und sie darauf vertrauen können müsse, dass ihr Geschäftsführer den Angelegenheiten der KG die gleiche Sorgfalt widme wie gegenüber ihr selbst.<sup>42</sup> Dies rechtfertige es, die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers gegenüber der Komplementär-GmbH auch auf die KG zu erstrecken. Folgt man dieser Argumentation des BGH, ist auch in Österreich trotz des Widerspruchs zum zivilrechtlichen Grundsatz der Subsidiarität des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht ausgeschlossen, dass die KG einen direkten Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH hat.

### iii) **Hauptsächliche Geschäftsführungstätigkeit der Komplementär-GmbH für die KG keine Haftungsvoraussetzung**

Ein Teil der Lehre in Deutschland folgt dem BGH zwar grundsätzlich, lehnt jedoch – meist ohne nähere Begründung – die hauptsächliche Geschäftsführungstätigkeit der GmbH für die KG als Voraussetzung für einen direkten Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ab.<sup>43</sup> In zwei

jüngeren deutschen Entscheidungen wurde offengelassen, ob die hauptsächliche Geschäftsführungstätigkeit erforderlich ist.<sup>44</sup> Dies jedoch ohne nähere Auseinandersetzung mit den Gegenargumenten, sodass man darin wohl keine „Ankündigung“ einer Rechtsprechungsänderung erblicken kann.<sup>45</sup>

## 4. Fazit

Von den bisher vorgestellten dogmatischen Begründungen überzeugt das Organverhältnis bzw der Anstellungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten der KG am meisten. Dieses steht allerdings in einem Spannungsverhältnis zum zivilrechtlichen Grundsatz, wonach die Figur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter subsidiär ist. Außerdem ist die daraus abgeleitete Haftungsvoraussetzung einer hauptsächlichen Geschäftsführungstätigkeit der Komplementär-GmbH für die KG zumindest überprüfungsbedürftig.

## C. Eigene Ansicht

### 1. Auseinanderfallen von Geschäftsführung und Verantwortung

Der eigentliche Kern des Problems ist, dass bei einer GmbH & Co KG jene natürliche Person, die die Geschäftsführung in der KG wahrnimmt (GmbH-Geschäftsführer), der KG gegenüber nicht unmittelbar für ihre Handlungen verantwortlich ist. Während bei einer natürlichen Person, die geschäftsführender Gesellschafter der KG ist, die drohende Haftung wegen sorgfaltswidriger Geschäftsführung eine verhaltenssteuernde Wirkung entfaltet und sicherstellt, dass sie sorgfältig han-

unrichtiger Berufung auf KG 24. 2. 2011, 19 U 83/10 NZG 2011, 429, das die Frage offengelassen hat); ders in *Krieger/U. H. Schneider*, Handbuch Managerhaftung<sup>2</sup> § 2 Rz 62; *Schürnbrand*, Organshaft 198; *Grunewald* in *MünchKommHGB*<sup>3</sup> § 161 Rz 82; *Haas/Ziemons* in *Michalski*, GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 266; *Horn* in *Heymann*, HGB<sup>2</sup> § 161 Rz 137 (allerdings unter unrichtiger Berufung auf *Hüffer*, ZGR 1981, 348 [358], der das Gegenteil vertritt); vorsichtig zust *Karollus*, *ecolex* 1990, 669 (672); der Rsp folgend zB *H. Brandes*, WM 1987 Sonderbeilage 1, 1 (7); *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG<sup>8</sup> § 43 Rz 99; *Paefgen* in *Ulmer/Habersack/Löbbe*, GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 301; *Kleindieck* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG<sup>18</sup> § 43 Rz 48; *Martens* in *Schlegelberger*, HGB<sup>5</sup> § 164 Rz 12.

<sup>40</sup> OGH 13. 11. 2002, 7 Ob 245/02h *ecolex* 2003, 515 (krit *Rabl*); OGH 12. 6. 2006, 2 Ob 226/05g; OGH 28. 1. 2010, 2 Ob 128/09a; OGH 19. 3. 2013, 4 Ob 173/12p; RIS Justiz RS0022814; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1295 Rz 64; *Karner* in *KBB*<sup>4</sup> § 1295 Rz 19; monographisch *Parapatits*, Der Vertrag zugunsten Dritter (2011) 44 ff; offenlassend OGH 27. 2. 2014, 1 Ob 150/13k; aA *Schmaranzer*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (2006) 98 ff.

<sup>41</sup> BGH 15. 2. 1978, VIII ZR 47/77 NJW 1978, 883; BGH 8. 6. 2004, X ZR 283/02 NJW 2004, 3420; BGH 18. 2. 2014, VI ZR 383/12 NJW 2014, 2577; *Gottwald* in *MünchKomm BGB*<sup>7</sup> § 328 Rz 188; *Klump* in *Staudinger*, BGB (2015) § 328 Rz 123 ff; aA *Schwarze*, Subsidiarität des vertraglichen Drittschutzes? AcP 203 (2003) 348 (insb 364) („Rechtsprechung ist nicht haltbar“).

<sup>42</sup> BGH 12. 11. 1979, II ZR 174/77 BGHZ 75, 321 = NJW 1980, 589; BGH 17. 3. 1987, VI ZR 282/85 NJW 1987, 2008 (2008); *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG<sup>11</sup> § 9 Rz 19; *Schürnbrand*, Organshaft 199; krit *Grunewald*, Haftung für fehlerhafte Geschäftsführung in der GmbH & Co KG, BB 1981, 581 (582 f); *Henze/Notz* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB<sup>3</sup> Anhang A nach § 177 a Rz 269.

<sup>43</sup> Siehe bereits knapp *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis (1989) 537 („eine Einschränkung, die schwerlich überzeugend zu begründen ist“); *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG<sup>11</sup> § 43 Rz 434 (unter

<sup>44</sup> KG 24. 2. 2011, 19 U 83/10 NZG 2011, 429; BGH 18. 6. 2013, II ZR 86/11 BGHZ 197, 304 = NZG 2013, 1021 (in Rz 15: „Jedenfalls dann“; vgl aber auch Rz 18); ebenfalls (mangels Entscheidungserheblichkeit) offengelassen in BGH 10. 2. 1992, II ZR 23/91 NJW-RR 1992, 800; in der aktuellen E BGH 9. 12. 2014, II ZR 360/13 NZG 2015, 225 wird auf diese Voraussetzung nicht eingegangen, jedoch war sie erfüllt (siehe die Vorinstanz OLG Hamm 4. 9. 2013, 8 U 4/13 BeckRS 2014, 23356 [Rz 17]); deutlich für die Voraussetzung einer hauptsächlichen Geschäftsführungstätigkeit aus der jüngeren dRsp BGH 25. 2. 2002, II ZR 236/00 NZG 2002, 568; OLG München 21. 3. 2013, 23 U 3344/12 NZG 2013, 742 (743).

<sup>45</sup> Vgl monographisch zur Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung in obiter dicta *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen (2007) 93 ff.

delt,<sup>46</sup> ist der Geschäftsführer einer in der KG geschäftsführungsbefugten GmbH grundsätzlich nur der GmbH gegenüber nach § 25 GmbHG unmittelbar verantwortlich. Bei der gesetzestypischen KG kommt hinzu, dass die geschäftsführende Person nach dem Grundsatz der Selbstorganschaft gleichzeitig Gesellschafter ist und als Komplementär<sup>47</sup> persönlich und unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet (§ 128 UGB iVm § 161 Abs 2 UGB). Diese Haftung wirkt ebenfalls verhaltenssteuernd bei der Ausübung der Geschäftsführung. Hingegen haftet der GmbH-Geschäftsführer (selbstverständlich) nicht nach § 128 UGB. Im Ergebnis besteht bei einer GmbH & Co KG die Gefahr, dass die verhaltenssteuernde Wirkung der drohenden Haftungen keine hinreichende Wirkung zeitigt und die KG nicht ausreichend vor sorgfaltswidrig handelnden Geschäftsführern geschützt ist.

Die aufgezeigte Problematik gilt nicht nur für die GmbH & Co KG, sondern stets, wenn eine juristische Person die Geschäftsführung für eine Gesellschaft wahrnimmt. Könnte zB eine juristische Person Vorstandsmitglied einer AG oder Geschäftsführer einer GmbH werden, würde ebenfalls die Gefahr bestehen, dass das handelnde Organ der juristischen Person nicht sorgfältig handelt, weil es als „mittelbarer Geschäftsführer/Vorstand“ der AG bzw GmbH gegenüber nicht unmittelbar verantwortlich ist. Der österreichische Gesetzgeber hat dieses Problem durchaus erkannt und teilweise geregelt. Nach § 15 Abs 1 GmbHG sind nur physische Personen als Geschäftsführer einer GmbH zulässig. Juristische Personen können in der AG nach § 75 Abs 2 AktG nicht zum Vorstandsmitglied bestellt werden. Ebenso muss der Aufsichtsrat gem § 86 Abs 1 AktG und § 30a Abs 1 GmbHG aus natürlichen Personen bestehen. Bei einer SE mit monistischem System sehen § 45 Abs 1 SE-Gesetz und § 59 Abs 4 SE-Gesetz vor, dass nur natürliche Personen Mitglieder des Verwaltungsrats sowie geschäftsführende Direktoren werden können.<sup>48</sup> Für die

Privatstiftung schließt § 15 Abs 2 PSG juristische Personen von der Mitgliedschaft im Stiftungsvorstand aus.<sup>49</sup> Dem Organ einer Sparkasse dürfen nach § 15 Abs 1 Sparkassengesetz nur natürliche Personen angehören. Nach § 5 Abs 3 und Abs 4 Vereinsgesetz 2002 dürfen nur natürliche Personen Mitglied des Leitungsorgans und des Aufsichtsorgans sein. Hinzuweisen ist außerdem auf § 69 Abs 3 Satz 3 IO, der sicherstellen soll, dass die Insolvenzantragspflicht stets eine natürliche Person trifft.<sup>50</sup> In den Materialien zu diesen Bestimmungen findet sich kaum je eine nähere Begründung für die Beschränkung auf natürliche Personen.<sup>51</sup> Eine Ausnahme bilden die Materialien zu § 75 Abs 2 AktG. Dort wird die Beschränkung auf natürliche Personen knapp damit begründet, dass juristische Personen keine Vorstandsmitglieder sein könnten, weil die Aufgaben des Vorstandsmitglieds persönliche Tätigkeit voraussetzen.<sup>52</sup> Dies ist jedoch nicht ganz präzise.<sup>53</sup> Die Vorstandstätigkeit könnte ohne weiteres vom Geschäftsführungsorgan der geschäftsführenden juristischen Person persönlich ausgeübt werden.<sup>54</sup> Der Zweck des Ver-

<sup>46</sup> Vgl iZm der Geschäftsführerhaftung *Fleischer* in MünchKomm GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 2; ferner *Klöhn* in *Bork/Schäfer*, GmbHG<sup>3</sup> § 43 Rz 2; *Paefgen* in *Ulmer/Habersack/Löbbecke*, GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 4; iZm der Vorstandhaftung *Hopt/M. Roth* in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 28 und Rz 30 („Das Auseinanderfallen von Handelndem [Organ] und Haftendem [juristische Person] bringt die Gefahr mit sich, dass der Handelnde in einer Weise unsorgfältig handelt, wie er es bei persönlicher Haftung nicht getan hätte. Dem soll eine Organhaftung entgegenwirken [...]“).

<sup>47</sup> Auch Kommanditisten können geschäftsführungsbefugt sein (siehe FN 1).

<sup>48</sup> Von der Ermächtigung in Art 47 Abs 1 SE-VO, juristische Personen als Verwaltungsratsmitglieder oder geschäftsführende Direktoren zu bestellen, wurde kein Gebrauch gemacht. Nach *Kalss/Greda*, Die Europäische Gesellschaft (SE) österreichischer Prägung nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 2004, 91 (101), hätte dies nämlich „einen Systembruch im allgemeinen Aktienrecht“ bedeutet.

<sup>49</sup> Nach dem Wortlaut sind nur juristische Personen ausgeschlossen, jedoch gilt das Verbot auch für andere Rechtsträger, die keine natürlichen Personen sind, wie zB die (rechtsfähigen) Personengesellschaften (*N. Arnold* in *Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 15 Rz 16 mwN).

<sup>50</sup> Vgl *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 69 KO Rz 38.

<sup>51</sup> Vgl zu § 15 GmbHG *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 501; in Deutschland wurde eine entsprechende Bestimmung erst im Zuge der GmbH-Novelle 1980 aufgenommen, wobei ausweislich der Materialien ein Gleichlauf mit dem AktG bezweckt wurde (dazu *Fleischer*, Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrecht, RIW 2004, 16 [17]; *Komp*, Die juristische Person als Geschäftsführungsorgan einer Kapitalgesellschaft [2000] 78 ff); zu § 15 Abs 2 PSG siehe ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP 26; zu § 15 Abs 1 Sparkassengesetz siehe ErläutRV 843 BlgNR 14. GP 23 und ErläutRV 1130 BlgNR 18. GP 168; zu § 45 Abs 1 SE-Gesetz und § 59 Abs 4 SE-Gesetz siehe ErläutRV 466 BlgNR 22. GP 27 und 33; zu § 69 Abs 3 IO siehe JAB 1147 BlgNR 15. GP 22 und ErläutRV 3 BlgNR 15. GP 50.

<sup>52</sup> *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) 640; vgl zur Entwicklung der Bestimmung *Komp*, Die juristische Person 74 ff.

<sup>53</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> § 76 Rz 120.

<sup>54</sup> Siehe bereits *Molitor*, Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ihre Voraussetzungen und Folgen, in FS Ehrenberg (1927) 41 (54 f); ist das Geschäftsführungsorgan der geschäftsführenden juristischen Person wiederum eine juristische Person, muss deren Geschäftsführungsorgan die Geschäftsführung für alle drei Gesellschaften (bzw juristischen Personen) ausüben. Die Regelung stößt an ihre Grenzen, wenn keine einzige natürliche Person als Geschäftsführungsorgan bestellt ist. Dies wäre zB der Fall, wenn bei zwei Gesellschaften jeweils eine Gesellschaft Geschäftsführungsorgan der anderen (A von B; B von A) oder bei mehreren Gesellschaften eine Gesellschaft jeweils Geschäftsführungsorgan einer anderen ist (A von B; B von C; C von A). Bei der AG würde dem wohl die Unabhängigkeit des Vorstands nach § 70 Abs 1 AktG entgegenstehen.



bots liegt vielmehr – unter anderem<sup>55</sup> – darin, dass die verhaltenssteuernde Wirkung der Haftung des Vorstandsmitglieds verloren geht, wenn es der Gesellschaft nicht unmittelbar verantwortlich ist.<sup>56</sup> Zuzustimmen ist daher den Materialien zu § 5 Vereinsgesetz 2002, wenn diese ausführen, dass „*schon angesichts des Gebotes direkter, persönlicher Verantwortung nur natürliche und keine juristischen Personen*“ Mitglieder des Leitungsorgans sein dürfen.<sup>57</sup>

Im Unterschied zu Kapitalgesellschaften kann bei Personengesellschaften die Geschäftsführung nicht von Gesetzes wegen auf natürliche Personen beschränkt werden. Wegen des im Personengesellschaftsrecht geltenden Grundsatzes der Selbstorganschaft, wonach die Geschäftsführung in den Händen der Gesellschafter liegt, würde dies entweder dazu führen, dass juristische Personen – wie in der Schweiz<sup>58</sup> – überhaupt nicht Komplementäre oder OG-Gesellschafter werden könnten oder dass sie zwingend von der Geschäftsführung ausgeschlossen wären.<sup>59</sup> Die erste Möglichkeit wäre überschießend und ist daher abzulehnen.<sup>60</sup> Aber auch die zweite Möglichkeit wäre für die typischen GmbH & Co KG kaum praktikabel. Zwar könnte den Kommanditisten Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt werden.<sup>61</sup> Die organschaftliche Vertretungsmacht (§§ 125 f UGB) steht jedoch nach § 170 UGB zwingend dem Komplementär und damit der Komplementär-GmbH zu.<sup>62</sup> Geschäftsführung und Vertretung würden auseinanderfal-

len, was zwar rechtlich möglich,<sup>63</sup> aber praktisch höchst unzweckmäßig ist.<sup>64</sup> Aus rechtsvergleichender Sicht wird das Problem zB in der Schweiz und in Frankreich für die AG so gelöst, dass die juristische Person eine natürliche Person benennen muss, welche die Geschäftsführung als Vertreter für sie ausübt.<sup>65</sup> Diese ist der Gesellschaft gegenüber unmittelbar verantwortlich.<sup>66</sup> Auch Art 47 Abs 1 Satz 2 SE-VO<sup>67</sup> und Art 19 Abs 2 EWIV-VO<sup>68</sup> wählen diese Regelung für EWR-Mitgliedstaaten, die – im Unterschied zu Österreich<sup>69</sup> – juristische Personen als Geschäftsführungsorgan zulassen.<sup>70</sup> Die Bestellung eines Vertreters stünde wohl in

<sup>55</sup> ZB schwindet der Einfluss der Gesellschaft auf die Auswahl der tatsächlichen Unternehmenslenker, weil diese von der juristischen Person bestellt werden; siehe *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> § 76 Rz 120; *Teichmann* in *Lutter/Hommelhoff*, SE-Kommentar<sup>2</sup> Art 47 SE-VO Rz 3.

<sup>56</sup> *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG<sup>2</sup> 239 f; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> § 76 Rz 120; *ders*, Der Einfluss der Societas Europaea auf die Dogmatik des Deutschen Gesellschaftsrechts, AcP 204 (2004), 502 (532); *ders*, RIW 2004, 16 (20).

<sup>57</sup> ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 26.

<sup>58</sup> Art 552 Abs 1 OR und Art 594 Abs 2 OR; dazu *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht<sup>11</sup> § 13 Rz 11 ff und § 14 Rz 12 ff; man wollte den Charakter der Kollektivgesellschaft (entspricht iW der OG) und der KG als Personengesellschaft betonen und insbesondere vermeiden, dass sich Gesellschafter durch Zwischenschaltung einer juristischen Person ihrer unbeschränkten Haftung entledigen. Für Kommanditisten (Kommanditäre) gilt das Verbot nach Art 594 Abs 2 OR nicht (dazu *Baudenbacher* in *BaslerKommOR*<sup>4</sup> Art 594 Rz 13).

<sup>59</sup> Vgl *Fleischer*, RIW 2004, 16 (20).

<sup>60</sup> Vgl *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG<sup>2</sup> 241; *Hopt*, Zur Abberufung des GmbH-Geschäftsführers bei der GmbH & Co., insbesondere der Publikumskommanditgesellschaft, ZGR 1979, 1 (10) („Mit der Zulassung der GmbH & Co KG ist auch entschieden, daß eine juristische Person Gesellschafter einer OHG sein kann“).

<sup>61</sup> Siehe die Nw in FN 1.

<sup>62</sup> OGH 16. 2. 2006, 6 Ob 307/05y; OGH 29. 6. 2006, 6 Ob 131/06t; vgl *Schopper*, KTS 223 (227 f) (Entscheidungsanmerkung).

<sup>63</sup> *Schäfer* in *Großkomm HGB*<sup>5</sup> § 114 Rz 14; zur Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag alle Komplementäre von der Geschäftsführung auszuschließen und nur einem Kommanditisten die Geschäftsführungsbefugnis einzuräumen, siehe *OLG Wien* 7. 8. 1975, 20 R 104/75 HS 9221; *Kammel* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB<sup>4</sup> § 164 Rz 9; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 164 Rz 11; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB<sup>2</sup> § 164 Rz 4; *BGH* 9. 12. 1968, II ZR 33/67 BGHZ 51, 198 (201); *Bork*, Die Haftung des entlohnten Gesellschafter-Geschäftsführers bei der GmbH & Co. KG, AcP 184 (1984) 465 (470); einschr *Grunewald* in *MünchKomm HGB*<sup>3</sup> § 164 Rz 23 (Komplementäre können aufgrund des Haftungsrisikos zumindest gemeinschaftlich auch gegen den Willen der Kommanditisten eine Unterlassung des Geschäfts durchsetzen); einschr auch *Oetker* in *Oetker*, HGB<sup>4</sup> § 164 Rz 39, wonach § 116 Abs 2 UGB in diesem Fall zwingend sei. Dies ist zwar grundsätzlich überzeugend, jedoch bezieht sich die Geschäftsführungsbefugnis des Kommanditisten ohnehin nur auf gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen (§ 116 Abs 1 UGB). Ob einem Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag das Recht zur Entscheidung über außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen eingeräumt werden kann, hat daher mit der hier interessierenden Frage nichts zu tun.

<sup>64</sup> *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup> Rz 805; *Schopper/Walch* in *Zib/Dellinger*, UGB § 114 ~Rz 37 (in Druck).

<sup>65</sup> Article L225–20 Code de commerce; *Teichmann*, Die Auslandsgesellschaft & Co., ZGR 2014, 220 (245 f); vgl *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502 (531) mit weiteren rechtsvergleichenden Hinweisen; ebenso *ders*, RIW 2004, 16 [17 ff]; für die Schweiz siehe Art 707 Abs 3 OR; dazu *Homburger* in *ZürchKomm OR V/5b* (1997) Art 707 Rz 62 ff; nach der Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. 12. 2001 (Materialien betreffend die GmbH-rechtliche Parallelregelung Art 809 OR, Anm der Verf), 3212 ist eine „*persönlich zu verantwortende Mitwirkung bei der Willensbildung der Gesellschaft [...] nur durch natürliche Personen möglich*“.

<sup>66</sup> *Arlt*, Französische Aktiengesellschaft (2006) 87 („Die persönliche Haftung dient als Verhaltenssteuerung und soll bewirken, dass der permanente Vertreter auch tatsächlich im Sinne der juristischen Person seine Aufgaben mit der nötigen Sorgfalt ausübt“); *Teichmann*, ZGR 2014, 220 (245 f); *Fleischer*, RIW 2004, 16 (20); zur Schweizer Rechtslage siehe *Homburger* in *ZürchKomm OR V/5b* (1997) Art 707 Rz 66.

<sup>67</sup> Verordnung (EG) 2157/2001 des Rates vom 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE).

<sup>68</sup> Verordnung (EWG) 2137/85 des Rates vom 25. 7. 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV).

<sup>69</sup> *Kalss/Greda* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft – SE-Kommentar § 45 Rz 3; *Teichmann* in *Lutter/Hommelhoff/Teichmann*, SE-Kommentar<sup>2</sup> Art 47 SE-VO Rz 4.

<sup>70</sup> Vgl dazu *Manz* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft – SE<sup>2</sup> Art 47 SE-VO Rz 22 ff; *Siems* in *KölnKomm AktG*<sup>3</sup> Art 47 SE-VO Rz 4 und Rz 8; nach Art 17 Abs 8 des liechtenstei-

einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Selbstorganschaft, wonach nur Gesellschafter geschäftsführungsbefugt sein dürfen,<sup>71</sup> und wäre höchstens de lege ferenda überlegenswert.<sup>72</sup> De lege lata kann die „Vertreter-Regelung“ aber jedenfalls nicht auf die österreichische KG angewendet werden.

Die einfachste Regelung, um Fehlanreize infolge der Geschäftsführung durch eine juristische Person in angemessener Weise aufzufangen, besteht darin, der Gesellschaft einen direkten Schadenersatzanspruch gegen jene natürliche Person in die Hand zu geben, die ihre Geschäfte führt und ihr dabei einen Schaden zufügt.<sup>73</sup> Diese Regelung wählen der BGH und – ihm folgend – der OGH, indem sie die KG in den Schutzbereich des Organverhältnisses zwischen der Komplementär-GmbH und deren Geschäftsführer einbeziehen. Die Kritik, wonach im Zivilrecht bei einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter der Dritte bereits ausreichend geschützt sei, wenn er einen eigenen Anspruch gegen seinen Vertragspartner habe (Pkt B.3.b.ii), überzeugt vielleicht im Zivilrecht, aber jedenfalls nicht bei der GmbH & Co KG.<sup>74</sup> Die KG ist aufgrund der weitreichenden Einwirkungsmöglichkeiten des GmbH-Geschäftsführers auf dessen sorgfältiges Handeln angewiesen und soll bei Schäden infolge sorgfaltswidriger Geschäftsführung einen direkten Schadenersatzanspruch gegen diesen haben.

Im Ergebnis hat die KG einer GmbH & Co KG einen direkten Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, wenn dieser ihr im Rahmen der Geschäftsführung einen Schaden zufügt und die übrigen Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch (Kausalität; Rechtswidrigkeit; Verschulden) vorliegen. Abweichend von zivilrechtlichen Grund-

sätzen fällt die KG in den Schutzbereich des Organverhältnisses zwischen der Komplementär-GmbH und deren Geschäftsführer. Ob die Gesellschafter der Komplementär-GmbH und der KG ident sind (vgl Pkt B.1.), ist dabei völlig unerheblich.

## 2. Geschäftsführung für die KG als hauptsächliche Tätigkeit der Komplementär-GmbH?

Die KG ist unabhängig davon schutzbedürftig, ob die Komplementär-GmbH hauptsächlich geschäftsführend für sie tätig ist. Dies zeigt sich zB bei einer sternförmigen GmbH & Co KG, wo eine GmbHG gleichzeitig geschäftsführende Komplementärin mehrerer KGs ist.<sup>75</sup> Obwohl sich an der Schutzbedürftigkeit der KGs nichts ändert, wäre der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH unter Zugrundelegung der hA<sup>76</sup> keiner KG gegenüber unmittelbar verantwortlich, wenn er für keine von ihnen hauptsächlich geschäftsführend tätig ist.<sup>77</sup>

Die Voraussetzung einer hauptsächlichen Geschäftsführungstätigkeit der Komplementär-GmbH für die KG ist der Überlegung geschuldet, dass das Haftungsrisiko für den Geschäftsführer nicht ausufern soll.<sup>78</sup> Das österreichische Schadenersatzrecht lehnt ganz allgemein eine uferlose Haftung für bloße Vermögensschäden ab und ist bemüht, diese auf bestimmte Fälle zu begrenzen.<sup>79</sup> Beim zivilrechtlichen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter werden bloße Vermögensschäden des Dritten daher nur<sup>80</sup> dann ersetzt, wenn die Leistung, bzgl derer Schutzpflichten bestehen, vor allem dem Dritten zukommen soll.<sup>81</sup>

nischen SE-Gesetzes (LGBI 2006/26) sollen die Organe der juristischen Person zuständig sein. Die Bestimmung verstößt allerdings gegen Art 47 Abs 1 SE-VO; Art 22 Abs 4 des Entwurfs für die Societas Unius Personae (\* COM/2014/0212 final – 2014/0120 [COD] \*) lässt offen, ob ein gesetzlicher Vertreter bestellt werden muss.

<sup>71</sup> Freilich lässt sich einwenden, dass der Grundsatz der Selbstorganschaft bei der GmbH & Co KG ohnehin nur unzureichend verwirklicht ist, weil in Wahrheit der GmbH-Geschäftsführer tätig wird und es sich bei diesem ohne weiteres um einen Fremdgeschäftsführer handeln kann. Aus rechtlicher Sicht ist der Grundsatz der Selbstorganschaft jedoch gewahrt, weil die Geschäftsführung durch die GmbH ausgeübt wird und diese Gesellschafter ist (P. Doralt in Kastner/Stoll, GmbH & Co KG<sup>2</sup> 242 ff; Schäfer in Großkomm HGB<sup>5</sup> § 114 Rz 31).

<sup>72</sup> In der Schweiz hat der Gesetzgeber bei der GmbH – für die abweichend von der öGmbH der Grundsatz der Selbstorganschaft gilt – in Art 809 Abs 2 OR diese Regelung getroffen. Allerdings ist der Grundsatz der Selbstorganschaft für die GmbH nach Art 809 Abs 1 OR nur dispositiv und die Statuten können auch Drittorganschaft vorsehen (Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht<sup>11</sup> § 18 Rz 119).

<sup>73</sup> P. Doralt in Kastner/Stoll, GmbH & Co KG<sup>2</sup> 241; Teichmann, ZGR 2014, 220 (244 f); vgl St. Brandes, Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft (2003) 69 ff.

<sup>74</sup> Vgl dazu Schürnbrand, Organschaft 199.

<sup>75</sup> Dazu Schopper, Die GmbH & Co KG im Eigenkapitalersatzgesetz, in GS W.-D. Arnold (2011) 147 (155 und 159); Oetker in Oetker, HGB<sup>4</sup> § 161 Rz 78.

<sup>76</sup> OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p; OGH 26. 2. 2009, 1 Ob 192/08 d; siehe ausführlich Pkt B.3.

<sup>77</sup> Vgl Wenger, RWZ 2016, 125 (126) (Entscheidungsanmerkung).

<sup>78</sup> Vgl zB OGH 28. 1. 2010, 2 Ob 128/09 a: „Um eine uferlose Ausweitung der Vertragshaftung hintanzuhalten, wird in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der Kreis der geschützten Personen, denen statt deliktsrechtlicher auch vertragsrechtliche Schadenersatzansprüche zugebilligt werden, eng gezogen“; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1295 Rz 39 und Rz 58 ff.

<sup>79</sup> OGH 22. 11. 1978, 1 Ob 33/78; OGH 12. 6. 2006, 2 Ob 226/05g; OGH 28. 1. 2010, 2 Ob 128/09 a; Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts Rz 6/47; vgl Karner in KBB<sup>4</sup> § 1295 Rz 6.

<sup>80</sup> Allgemeiner sind bloße Vermögensschäden dann zu ersetzen, wenn der Gläubiger der Leistung erkennbar auch die reinen Vermögensinteressen Dritter mitverfolgt (Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1295 Rz 61). Hier interessiert allerdings nur der Fall, dass die Hauptleistung (faktisch) dem Dritten zukommt.

<sup>81</sup> OGH 31. 1. 1990, 2 Ob 613/89; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 88; ders, Grundfragen des Schadenersatzrechts Rz 4/13; F. Bydliński, JBI 1965, 321 (Entscheidungsanmerkung); Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1295 Rz 61.

Auch der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH muss selbstverständlich vor einer uferlosen Haftung geschützt werden. Entsprechend der zivilrechtlichen Haftungseinschränkung wäre er der KG nur dann unmittelbar für bloße Vermögensschäden verantwortlich, wenn seine Leistung aus dem Organverhältnis zwischen der Komplementär-GmbH und ihm (Geschäftsführungstätigkeit) vor allem der KG zukommen würde. Dies würde für die Voraussetzung einer hauptsächlichen Geschäftsführungstätigkeit der Komplementär-GmbH für die KG sprechen. Allerdings können die zivilrechtlichen Grundsätze nicht uneingeschränkt auf die GmbH & Co KG übertragen werden. Im Unterschied zu zivilrechtlichen Sachverhalten muss der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nämlich von vornherein keine ausufernde Haftung fürchten. Jene Schäden, für die er der KG gegenüber unmittelbar haftet, sind aufgrund des Schadenersatzanspruchs der KG gegen die Komplementär-GmbH zugleich auch Schäden der Komplementär-GmbH, für die der Geschäftsführer ohnedies nach § 25 GmbHG eintreten muss. Wendet sich die KG an die Komplementär-GmbH, kann sich diese bei ihrem Geschäftsführer schadlos halten. Wird der Geschäftsführer hingegen von der KG direkt in Anspruch genommen, entfällt der Schaden bei der GmbH und damit auch deren Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsführer. Somit führt die unmittelbare Verantwortlichkeit des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der KG nur dazu, dass er einem weiteren Anspruchsberechtigten ausgesetzt ist, wirkt sich jedoch auf den Umfang der drohenden Haftung nicht aus.

Im Ergebnis hat die KG entgegen der hA auch dann einen direkten Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, wenn diese neben der Geschäftsführung für die KG weiteren Tätigkeiten nachgeht. Dem Geschäftsführer droht dadurch keine uferlose Haftung.

### 3. Rechtliche Sonderverbindung zwischen geschäftsführender natürlicher Person und Gesellschaft

#### a) Alternative dogmatische Begründung

Der Rückgriff auf die Figur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erweist sich bei näherer Betrachtung als eine „dogmatische Notlösung“, um der KG einen direkten Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH zu ermöglichen. Diese funktioniert im Großen und Ganzen seit über 30 Jahren, gelangt aber zB an ihre Grenzen, wenn bei einer Auslandsgesellschaft & Co KG<sup>82</sup> das Verhältnis der Auslandsgesellschaft zu ihrem Organ nicht als Organverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten der KG ausgelegt werden kann.<sup>83</sup>

Außerdem geht sie am Kern des Problems vorbei. Dieser besteht wie ausgeführt darin, dass diejenige natürliche Person, die in ihrer Rolle als Organ der juristischen Person tatsächlich die Geschäfte für die KG führt, dieser gegenüber nicht unmittelbar verantwortlich ist.<sup>84</sup> Die KG öffnet ihren Rechtskreis gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer und eröffnet ihm dadurch massive Einwirkungsmöglichkeiten auf ihre Rechtsgüter. Sie soll darauf vertrauen dürfen, dass der GmbH-Geschäftsführer Rücksicht auf ihre Rechtsgüter nimmt und ebenso sorgfältig handelt, wie es eine natürliche Person als geschäftsführender KG-Gesellschafter tun würde. Dem GmbH-Geschäftsführer, der durch die Übernahme der (mittelbaren) Organstellung in aller Regel wirtschaftliche Vorteile hat, sind diese Pflichten auch zumutbar. Ausgehend von diesem Problemkern geht es nicht darum, die Geschäftsführerhaftung nach § 25 GmbHG um einen zusätzlichen Anspruchsberechtigten (die KG) zu erweitern, sondern die Haftung des geschäftsführenden KG-Gesellschafters (Komplementär-GmbH) auf einen weiteren Haftungsadressaten (den GmbH-Geschäftsführer) auszudehnen.<sup>85</sup> Dogmatisch lässt sich dies durch eine rechtliche Sonderverbindung zwischen der KG und dem geschäftsführenden Gesellschafter der Komplementär-GmbH begründen.<sup>86</sup> Ähnlich wie zB bei der culpa in contrahendo (cic)<sup>87</sup> resultiert aus der Geschäftsführungstätigkeit und den damit verbundenen Einwirkungspflichten des GmbH-Geschäftsführers auf die Rechtsgüter der KG eine rechtliche Sonderverbindung, die den GmbH-Geschäftsführer direkt gegenüber der KG zur sorgfältigen Geschäftsführung verpflichtet.<sup>88</sup> Methodisch handelt es sich um eine Rechtsanalogie.<sup>89</sup> Aus mehreren Bestimmungen wie insbesondere § 15 Abs 1 GmbHG und § 75 Abs 2 AktG wird das Prinzip gewonnen, dass jene natürliche Person, die für

<sup>84</sup> Teichmann, ZGR 2014, 220 (245); vgl Wiedemann, Gesellschaftsrecht II 850.

<sup>85</sup> Teichmann, ZGR 2014, 220 (245).

<sup>86</sup> Zum Begriff der Sonderverbindung Schopper, Nachvertragliche Pflichten 92 ff; Krebs, Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten (2000).

<sup>87</sup> Vgl F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 210 ff; Schopper, Nachvertragliche Pflichten 69 ff; Walch, Sorgfalt und Haftung im Gefälligkeitsverhältnis, SPRW 2014, 153 (158 f und 161).

<sup>88</sup> Vgl U.H. Schneider in Scholz, GmbHG<sup>8</sup> § 43 Rz 265; in der aktuellen Auflage (Scholz, GmbHG<sup>11</sup> § 43 Rz 429 f) stellt U.H. Schneider in Rz 429 zunächst auf eine rechtliche Sonderverbindung zwischen dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und der KG ab, aus Rz 430 geht jedoch hervor, dass er diese rechtliche Sonderverbindung wohl aus einem Organverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ableitet (vgl Pkt B.3.).

<sup>89</sup> F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> (1991) 478; P. Bydlinski in KBB<sup>4</sup> § 7 Rz 3; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 7 Rz 16; Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 7 Rz 51; Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang, ABGB<sup>3</sup> §§ 6, 7 Rz 65.

<sup>82</sup> Siehe FN 115.

<sup>83</sup> Teichmann, ZGR 2014, 220 (244).

eine Gesellschaft geschäftsführend tätig ist, dieser gegenüber auch unmittelbar verantwortlich sein soll.<sup>90</sup>

## b) Unterschiede gegenüber dem Organverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten der KG

### i) Anwendung von Personengesellschaftsrecht

Der wesentliche Unterschied gegenüber dem von der Rsp und hL vertretenen Rückgriff auf die zivilrechtliche Figur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter besteht darin, dass sich der direkte Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH an jener Haftungsregelung orientiert, die für einen Schadenersatzanspruch der KG gegen die Komplementär-GmbH gilt, also grundsätzlich<sup>91</sup> Personengesellschaftsrecht. Dagegen führt ein Organverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten der KG dazu, dass sich der Schadenersatzanspruch nach dem Organverhältnis richtet, sodass § 25 GmbHG anwendbar ist.

Indessen wirkt sich dieser Unterschied konkret nur wenig aus, weil die Haftungsregelungen für den GmbH-Geschäftsführer (§ 25 GmbHG) und den geschäftsführenden KG-Gesellschafter einer GmbH & Co KG ohnedies große Parallelen aufweisen. ZB ist hinsichtlich der Beweislastverteilung für beide § 84 Abs 2 AktG analog anwendbar.<sup>92</sup> Die solidarische Haftung mehrerer schädigender Geschäftsführer gem § 25 Abs 2 GmbHG gilt für beide, weil die Bestimmung analog auf den ge-

schäftsführenden KG-Gesellschafter anwendbar ist.<sup>93</sup> Der einzuhaltende Sorgfaltsmaßstab ist ebenfalls der gleiche.<sup>94</sup> Auch das Vergleichsverbot nach § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG ist auf den Schadenersatzanspruch der KG gegen die geschäftsführende Komplementär-GmbH analog anwendbar.<sup>95</sup>

### ii) Verjährung des Schadenersatzanspruchs

Ein Unterschied, der auch in OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p schlagend werden hätte können, ist allerdings die – angeblich (siehe sogleich unten) – verschiedene Verjährungsregelung für Organhaftungsansprüche bei der KG und der GmbH. Nach § 25 Abs 6 GmbHG verjährt der Schadenersatzanspruch der geschädigten GmbH gegen ihren Geschäftsführer in fünf Jahren, während auf den Schadenersatzanspruch gegen einen sorgfaltswidrig agierenden geschäftsführenden KG-Gesellschafter nach hA § 1489 ABGB anwendbar ist.<sup>96</sup>

Der OGH wendet § 25 Abs 6 GmbHG analog auf den Schadenersatzanspruch der KG gegen den GmbH-Geschäftsführer an. In seiner Begründung verweist er (1) zunächst auf die deutsche Rechtslage, wo die deutsche Parallelbestimmung § 43 Abs 4 dGmbHG ebenfalls analog angewendet wird. In Deutschland folgt die Anwendung des § 43 Abs 4 dGmbHG aus der dogmatischen Begründung eines „Vertrags“ mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.<sup>97</sup> Das lässt sich auf die österreichische Rechtslage übertragen, falls der direkte Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ebenfalls mit einem Organverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten der KG dogma-

<sup>90</sup> Vgl U. H. Schneider in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> § 43 Rz 430; ferner Krebs, Geschäftsführungshaftung 158 ff, der ein Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung mittels einer Rechtsanalogie zu deutschen konzernrechtlichen Bestimmungen gewinnt; ebenso St. Brandes, Juristische Personen 81 f; de lege ferenda für die Möglichkeit, juristische Personen als Geschäftsführungsorgan einer Kapitalgesellschaft einzusetzen, wobei dann die geschäftsführende natürliche Person der Gesellschaft unmittelbar verantwortlich sein soll, Komp, Die juristische Person 359 und 227 f.

<sup>91</sup> Nach mittlerweile gefestigter Rsp sind bestimmte gläubigerschützende GmbH-Bestimmungen wie §§ 82 ff GmbHG auf die GmbH & Co KG analog anwendbar (OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07 p; trotz Kritik im Schrifttum bestätigt in OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p; einschränkend für Bestimmungen der Kapitalaufbringung zuletzt Schopper, Gesellschafterwechsel durch Anteilsübertragung in der Kapitalgesellschaft & Co, in FS Reich-Rohrwig [2014] 207 [212 f]). Dies gilt zB für § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG (siehe FN 95).

<sup>92</sup> Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, UGB<sup>4</sup> § 114 Rz 73; Kraus in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> § 114 Rz 11; Schopper/Walch in Zib/Dellinger, UGB ~Rz 148 (in Druck); Rawert in MünchKomm HGB<sup>3</sup> § 114 Rz 69; Hueck, OHG<sup>4</sup> 140 f; Schäfer in Großkomm HGB<sup>5</sup> § 114 Rz 65; wohl auch v. Dittfurth in MünchHdB GesR I<sup>4</sup> § 53 Rz 32; vgl dazu Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014) 32; aA Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth, Gesellschaftsrecht Rz 455; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 114 Rz 24; offenlassend nunmehr Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 114 Rz 26; zur analogen Anwendbarkeit auf die GmbH siehe OGH 24. 6. 1998, 3 Ob 34/97 i; OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 34/07 d; OGH 31. 7. 2015, 6 Ob 139/15 g.

<sup>93</sup> Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/296; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, UGB<sup>4</sup> § 114 Rz 69; Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 114 Rz 25; ausführlich Schopper/Walch in Zib/Dellinger, UGB ~Rz 134 f (in Druck); anders Jabornegg in Jabornegg, HGB § 114 Rz 23.

<sup>94</sup> Zwar richtet sich der Sorgfaltsmaßstab des GmbH-Geschäftsführers nach § 25 Abs 1 GmbHG, während für den geschäftsführenden KG-Gesellschafter § 1189 Abs 3 Satz 1 ABGB gilt. Es handelt sich jedoch bei beiden Bestimmungen lediglich um Konkretisierungen des § 1299 ABGB (vgl U. Torggler, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften [2013] Rz 500; U. Torggler, Zur Konzernhaftung nach österreichischem Recht, GesRZ 2013, 11 [15]), weshalb sich dieser Unterschied im Ergebnis nicht auswirkt (Schopper/Walch in Zib/Dellinger, UGB ~Rz 119 [in Druck]; vgl Konwitschka, Business Judgment Rule – Unmittelbare Geltung und analoge Anwendung oder anerkannter Rechtsgrundsatz, GesRZ 2016, 113 [117]).

<sup>95</sup> Im Ergebnis auch OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p (Pkt 5.2. der Entscheidungsgründe); vorher bereits OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88; P. Doralt in Kastner/Stoll, Die GmbH & Co KG<sup>2</sup> 285; Dellinger, wbl 1990, 351 (Entscheidungsanmerkung).

<sup>96</sup> OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, UGB<sup>4</sup> § 114 Rz 67; U. Torggler/Kucsko in Straube, HGB<sup>3</sup> § 114 Rz 20; Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth, Gesellschaftsrecht, Rz 123; aA entgegen Vorauf Kraus in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> § 114 Rz 11 (siehe zu dessen nunmehr zutr Ansicht FN 110).

<sup>97</sup> Vgl dazu BGH 17. 3. 1987, VI ZR 282/85 NJW 1987, 2008 (2010); BGH 14. 11. 1994, II ZR 160/93 NJW 1995, 1353 (1358).

tisch begründet wird. (2) Daran anschließend knüpft der OGH an seine Rsp an, wonach die (gläubigerschützenden) §§ 82 ff GmbHG analog auf die GmbH & Co KG anzuwenden sind,<sup>98</sup> und führt aus, dass kein Grund erkennbar sei, weshalb dies für § 25 Abs 6 GmbHG nicht gelten solle.<sup>99</sup> Diese Begründung hat mit dem Organverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten der KG offenbar nichts mehr zu tun, weil die partielle Anwendung von Bestimmungen des GmbHG auf die GmbH & Co KG hierfür keine Rolle spielt. Es bleibt offen, was der OGH mit der pauschalen Anwendung des § 25 Abs 6 GmbHG genau meint. Die Argumentationsführung müsste wohl lauten, dass bei einer GmbH & Co KG der gläubigerschützende § 25 Abs 6 GmbHG auf den Schadenersatzanspruch der KG gegen die Komplementär-GmbH(!) anwendbar ist und daher auch für den Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gilt.<sup>100</sup> Allerdings ist dies nicht überzeugend.<sup>101</sup> § 25 Abs 6 GmbHG dient nämlich nicht dem Gläubigerschutz, sondern der Rechtssicherheit (dazu sogleich), was sich aus der Genese der Norm erschließt.<sup>102</sup> Deshalb kann die Rsp, wonach bestimmte gläubigerschützende Bestimmungen

des GmbHG analog für die GmbH & Co KG gelten, bei § 25 Abs 6 GmbHG nicht herangezogen werden.

Findet § 25 Abs 6 GmbHG keine analoge Anwendung auf den Schadenersatzanspruch der KG gegen die Komplementär-GmbH, gilt nach hA subsidiär § 1489 ABGB.<sup>103</sup> In diesem Fall würde es eine große Rolle spielen, ob sich der Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH an § 25 GmbHG oder an der für die Komplementär-GmbH gegenüber der KG geltenden Haftungsregelung – konkret § 1489 ABGB – orientiert.<sup>104</sup> Die Frage, ob der direkte Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH dogmatisch aus einem Organverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder aber aus einer cic-ähnlichen rechtlichen Sonderverbindung zwischen der KG und dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH resultiert, wäre zumindest hinsichtlich der Verjährung des Schadenersatzanspruchs relevant.

Die eigene Stellungnahme setzt bei der Auslegung des § 25 Abs 6 GmbHG an. Gemäß dem Wortlaut der Bestimmung verjähren Ersatzansprüche in fünf Jahren, ohne dass der Beginn der Verjährungsfrist geregelt ist. Nach der bereits an anderer Stelle ausführlich begründeten und im Vordringen begriffenen Auffassung – die der OGH allerdings jüngst in einem obiter dictum und implizit auch in der hier besprochenen Entscheidung abgelehnt hat<sup>105</sup> – verjähren Schadenersatzansprüche der GmbH gegen ihre Geschäftsführer (§ 25 Abs 6 GmbHG) sowie der AG gegen ihre Vorstandsmitglieder (§ 84 Abs 6 AktG) in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.<sup>106</sup> Diese Verjährungsregel ist für den Haftungsadres-

<sup>98</sup> Siehe FN 91.

<sup>99</sup> OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p (Pkt 6.4. der Entscheidungsgründe).

<sup>100</sup> Allerdings lässt der OGH offen, ob § 25 Abs 6 GmbHG auf den Schadenersatzanspruch der KG gegen die Komplementär-GmbH anwendbar ist („nicht ausgeschlossen erscheint, die Ansprüche gegen die Komplementärgesellschaft selbst ebenso dem Verjährungsregime des § 25 Abs 6 GmbHG zu unterstellen“); sofern § 25 Abs 6 GmbHG aufgrund des angeblich gläubigerschützenden Charakters auf den Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH anwendbar ist, muss dies selbstverständlich erst recht für den Schadenersatzanspruch der KG gegen die Komplementär-GmbH gelten. Die Zurückhaltung des OGH ist wohl nur damit zu erklären, dass die Frage nicht entscheidungserheblich war.

<sup>101</sup> Krit auch *Wenger*, RWZ 2016, 125 (128) (Entscheidungsanmerkung).

<sup>102</sup> *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 220f; einzuräumen ist, dass unter Zugrundelegung der Rsp, wonach die Verjährungsfrist in § 25 Abs 6 GmbHG erst mit Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen beginnt (vgl die Nw in FN 106), der Normzweck der Rechtssicherheit jedenfalls ausscheidet, weil die Verjährungsregelung in diesem Fall ungünstiger ist als § 1489 ABGB (der mangels § 25 Abs 6 GmbHG subsidiär anwendbar wäre). Allerdings wäre in diesem Fall die Reihenfolge der Auslegungsschritte verkehrt. Nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen muss bei einer auslegungsbedürftigen Bestimmung wie § 25 Abs 6 GmbHG zunächst anhand des (historischen) Normzwecks auf den Inhalt der Bestimmung geschlossen werden. Es ist methodisch bedenklich, § 25 Abs 6 GmbHG zunächst einen – dogmatisch nicht fundierten – Inhalt zuzuschreiben und anschließend einen Normzweck für die Bestimmung zu suchen. Sofern man trotzdem der von der Rechtsprechung vertretenen kenntnisabhängigen Verjährungsfrist folgt, hat § 25 Abs 6 GmbHG entweder als historische Zufälligkeit überhaupt kein telos oder aber die Bestimmung dient tatsächlich dem Gläubigerschutz (vgl *Schopper/Walch* in *Zib/Dellinger*, UGB § 114 ~Rz 153 [in Druck]).

<sup>103</sup> Siehe FN 96.

<sup>104</sup> Hinzuweisen ist darauf, dass sich der Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nach OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p offenbar nicht an der für die Komplementär-GmbH gegenüber der KG geltenden Haftungsregelung orientiert. Der OGH lässt nämlich offen, ob § 25 Abs 6 GmbHG auf den Schadenersatzanspruch der KG gegen die Komplementär-GmbH anwendbar ist („nicht ausgeschlossen erscheint, die Ansprüche gegen die Komplementärgesellschaft selbst ebenso dem Verjährungsregime des § 25 Abs 6 GmbHG zu unterstellen“; dazu FN 100).

<sup>105</sup> OGH 1. 9. 2015, 6 Ob 3/15g (Pkt 6.4.3.); in OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p geht das Höchstgericht offenbar davon aus, dass die Verjährungsfrist in § 25 Abs 6 GmbHG erst ab Kenntnis der Gesellschaft von Schaden und Schädiger zu laufen beginnt. Dafür spricht Pkt 6.3. der Entscheidungsbegründung, der nur unter Zugrundelegung dieser Ansicht nachvollziehbar ist (vgl dazu FN 110). Außerdem stellt der OGH in Pkt 6.5. der Entscheidungsbegründung offenbar lediglich darauf ab, von wessen Kenntnis der Beginn des Fristenlaufs abhängt (dies folgt aus der angegebenen Fundstelle *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/182), und geht daher von einer kenntnisabhängigen Verjährungsfrist aus. In casu wären die Ansprüche auch unter Zugrundelegung einer kenntnisunabhängigen fünfjährigen Verjährungsfrist nicht verjährt gewesen (Schaden im Jahr 2010, Klage im April 2014).

<sup>106</sup> Vgl *Schopper/Walch*, Unternehmensrechtliche Verjährungsregeln und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, ÖBA 2013,

saten häufig – aber nicht stets<sup>107</sup> – günstiger als die Verjährungsregel des § 1489 ABGB. Vor allem aber sorgt sie für Rechtssicherheit. Für den Geschäftsführer bzw das Vorstandsmitglied gilt in einem allfälligen Schadenersatzprozess eine für sie ungünstige Beweislastverteilung,<sup>108</sup> weil sie beweisen müssen, dass sie die nötige Sorgfalt aufgewendet haben. Bei einem viele Jahre zurückliegenden Schadensfall ist dieser Beweis häufig nicht mehr zu erbringen. Der Geschäftsführer bzw das Vorstandsmitglied soll daher nach Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist keine Schadenersatzansprüche der Gesellschaft mehr gewärtigen müssen. Folgt man dieser Ansicht, spricht die ratio legis der § 25 Abs 6 GmbHG und § 84 Abs 6 AktG unabhängig davon, ob es sich um eine „gesetzestypische“ KG oder eine GmbH & Co KG handelt, für eine analoge Anwendung auf den Schadenersatzanspruch der KG gegen ihren geschäftsführungsbefugten Gesellschafter.<sup>109</sup> Ein geschäftsführender KG-Gesellschafter, für den in einem allfälligen Schadenersatzprozess zwischen ihm und der Gesellschaft über einen vermeintlichen Pflichtverstoß dieselbe Beweislastverteilung gilt wie für einen Geschäftsführer oder ein Vorstandsmitglied, hat dasselbe schützenswerte Interesse an Rechtssicherheit wie diese. Aus methodischer Sicht liegt eine teleologische Lücke im UGB vor, die mittels Analogie zu § 25 Abs 6 GmbHG und § 84 Abs 6 AktG geschlossen wird.<sup>110</sup> Somit be-

steht im Ergebnis verjährungsrechtlich kein Unterschied zwischen der Haftung des GmbH-Geschäftsführers und jener eines geschäftsführungsbefugten KG-Gesellschafters einer „gesetzestypischen“ KG oder auch einer GmbH & Co KG (Komplementär-GmbH). Unabhängig davon, ob sich der Anspruch der KG gegen den GmbH-Geschäftsführer nach § 25 GmbHG (analog) oder nach der Haftung des geschäftsführungsbefugten KG-Gesellschafters einer GmbH & Co KG richtet, verjährt er jedenfalls nach fünf Jahren ab Eintritt des Schadens.

### c) Fazit

Die Annahme einer cic-ähnlichen rechtlichen Sonderverbindung ist dogmatisch überzeugender als ein Organverhältnis (bzw Anstellungsvertrag) mit Schutzwirkung zugunsten der KG. Im Ergebnis wirken sich die Unterschiede – nach hier vertretener Ansicht auch in verjährungsrechtlicher Hinsicht – jedoch nicht aus, sodass auch mit der vor allem in Deutschland etablierten dogmatischen Begründung eines Organverhältnisses mit Schutzwirkung zugunsten der KG das Auslangen gefunden werden kann.

## D. Weiterführende Fragen

### 1. Ausdehnung auf andere Personengesellschaften

#### a) Verallgemeinerungsfähigkeit des Lösungsansatzes

Die in Pkt C.1. aufgezeigte Gefahr, dass die geschäftsführende natürliche Person sorgfaltswidrig handelt, wenn sie der von ihr geleiteten Gesellschaft gegenüber nur mittelbar verantwortlich ist, hängt nicht davon ab, ob ein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Entscheidendes Argument für den direkten Schadenersatzanspruch der KG gegen den geschäftsführenden Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist nicht das Fehlen einer natürlichen Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter, sondern die „Zwischenschaltung“ einer juristischen Person als Geschäftsführungsorgan der KG, die zu Fehlanreizen für das Geschäftsführungsorgan führen kann. Es handelt sich somit um kein spezifisches Problem der GmbH & Co KG, sondern betrifft alle Personengesellschaften.<sup>111</sup> bei denen juristische Personen geschäftsführend tätig

418 (420 ff); Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit 217 ff; Artmann, GesRZ 2013, 52 (56) (Entscheidungsanmerkung); dies, Zur Haftung des Abschlussprüfers, insbesondere zur Verjährung, GesRZ 2013, 250 (255); U. Torggler, GesRZ 2013, 38 (44) (Entscheidungsanmerkung); U. Torggler/Trenker, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613 (623); Zehetner, Dritthaftung des Abschlussprüfers, ÖZW 2013, 78 (85 f); aA (der hA folgend) OGH 27. 9. 2006, 9 ObA 148/05 p; OGH 10. 1. 1978, 3 Ob 536/77; OGH 31. 5. 1977, 5 Ob 306/76 EvBl 1978/4; OGH 3. 6. 1975, 2 Ob 356/74; OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p; (obiter) OGH 1. 9. 2015, 6 Ob 3/15 g (Pkt 6.4.3.); Eckert/Linder, Verjährung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, ecolex 2005, 449; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 39; Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge<sup>4</sup> (2014) 208 f; ebenso noch Schopper/Kapsch, ecolex 2007, 41 (Entscheidungsanmerkung): Die dort angemeldeten Bedenken gegen eine kenntnisunabhängige fünfjährige Frist, wonach diese jenen Geschäftsführer privilegiert, der den Schaden möglichst lange verbergen kann, tragen angesichts der späteren Rsp zur Hemmung der Frist (vgl OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12 p; dazu Schopper/Walch, ÖBA 2013, 418 [422]) nicht mehr.

<sup>107</sup> Falls die Gesellschaft sofort nach Schadenseintritt oder innerhalb von zwei Jahren nach Schadenseintritt Kenntnis von Schaden und Schädiger erlangt, ist eine kenntnisunabhängige fünfjährige Verjährungsfrist für sie günstiger.

<sup>108</sup> § 84 Abs 2 AktG, der analog auf die GmbH und die KG angewendet wird (vgl FN 92).

<sup>109</sup> Vgl Kraus in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> § 114 Rz 11.

<sup>110</sup> Kraus in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> § 114 Rz 11 (analoge Anwendung der Fünfjahresfrist zu erwägen, weil Normzweck, die Verjährung zur Sicherung des Rechtsfriedens zu verkürzen, auch für gegenständliche Haftung passen dürfte); der OGH hat diese Ansicht in OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p aufgegriffen (wobei er of-

fenbar versehentlich die 1. Auflage zitiert, wo diese Ansicht noch nicht vertreten wird), jedoch gemeint, Kraus beziehe sich auf die 30-jährige Frist des § 1489 Satz 2 ABGB. Das ist nicht zutreffend. Kraus geht davon aus, dass die fünfjährige Verjährungsfrist des § 25 Abs 6 GmbHG bereits mit dem Eintritt des Schadens zu laufen beginnt (dies folgt aus der von ihm in FN 80 angeführten Fundstelle Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 35, auf die er ergänzend verweist), weshalb § 25 Abs 6 GmbHG für mehr Rechtssicherheit sorgt als die – von der Kenntnis von Schaden und Schädiger abhängende – Verjährungsregelung des § 1489 ABGB.

<sup>111</sup> Bei Kapitalgesellschaften können ohnehin nur natürliche Personen Geschäftsführungsorgan sein (Pkt C.1.).

sind. Dies spricht dafür, die für die GmbH & Co KG bereits gefundene Lösung auf andere Personengesellschaften zu übertragen.

#### b) Verdeckte Kapitalgesellschaften

Betroffen sind zunächst alle verdeckten Kapitalgesellschaften<sup>112</sup> wie die GmbH & Co OG,<sup>113</sup> die AG & Co<sup>114</sup> oder die Auslandsgesellschaft & Co KG.<sup>115</sup> Ganz allgemein lässt sich für diese festhalten, dass jeweils das Geschäftsführungsorgan der juristischen Person der Personengesellschaft gegenüber unmittelbar für Schäden aus der Geschäftsführungstätigkeit verantwortlich ist. Bei einer GmbH & Co OG mit zwei GmbHs als geschäftsführenden Gesellschaftern wären dies bspw die Geschäftsführer der beiden GmbHs. Bei einer AG & Co KG die Vorstandsmitglieder der AG. Bei doppelstöckigen Gesellschaften sind jene natürlichen Personen unmittelbar verantwortlich, die die Geschäftsführung wahrnehmen. ZB ist bei einer doppelstöckigen GmbH & Co KG – dh Komplementär der KG ist eine weitere GmbH & Co KG<sup>116</sup> – der GmbH-Geschäftsführer beiden KGs gegenüber unmittelbar verantwortlich, weil er für beide geschäftsführend tätig wird.

#### c) Konzern

Die für die GmbH & Co KG gefundene Lösung gilt natürlich auch in Konzernsachverhalten. Ist die Muttergesellschaft (zB GmbH, AG oder auch OG sowie KG) geschäftsführender Komplementär in einer Tochter-KG, übernimmt das Geschäftsführungsorgan der Muttergesellschaft<sup>117</sup> die Geschäftsführung in der Tochter-KG. Fügt es der Tochter-KG im Rahmen der Geschäftsfüh-

rung einen Schaden zu, haftet es – bei Vorliegen aller Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch – ihr gegenüber unmittelbar für diesen. Freilich werden die KG und andere Personengesellschaften in der Praxis nur selten als Tochtergesellschaft eines Konzerns gewählt, weil die GmbH hierfür besser geeignet ist. Bei einer GmbH muss ohnedies eine natürliche Person als Geschäftsführer bestellt werden (§ 15 Abs 1 GmbHG), die ihr gegenüber nach § 25 GmbHG haftet, sodass keine Gefahr von Fehlanreizen besteht.

#### d) Personengesellschaften

Die unmittelbare Verantwortlichkeit des Geschäftsführungsorgans der juristischen Person gegenüber der Gesellschaft ist aber nicht auf verdeckte Kapitalgesellschaften beschränkt, sondern gilt grundsätzlich für alle, dh auch „gesetzestypische“ Personengesellschaften, bei denen neben den natürlichen Personen als geschäftsführungsbefugte Gesellschafter zumindest eine juristische Person die Stellung eines geschäftsführungsbefugten Gesellschafters einnimmt.<sup>118</sup> Diese Personengesellschaften verdienen ebenso viel Schutz vor einem sorgfaltswidrig handelnden „mittelbaren“ Geschäftsführer wie eine GmbH & Co KG.

#### e) Fazit

Hinter der unmittelbaren Verantwortlichkeit des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der KG bei der GmbH & Co KG steht der Zweck, Fehlanreize für den Geschäftsführer mittels eines direkten Schadenersatzanspruchs in angemessener Weise aufzufangen. Die Gefahr von Fehlanreizen besteht jedoch nicht nur bei der GmbH & Co KG, sondern bei allen Personengesellschaften mit zumindest einer juristischen Person als geschäftsführungsbefugtem Gesellschafter. Die für die GmbH & Co KG gefundene Regelung eines direkten Schadenersatzanspruchs der Personengesellschaft gegen die (mittelbar) geschäftsführende natürliche Person strahlt daher auf das gesamte Personengesellschaftsrecht aus.

## 2. Anwendbarkeit der Business Judgment Rule

### a) Überblick

In OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p verstieß der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH mutmaßlich<sup>119</sup> gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Der Schaden der Gesellschaft resultiert somit nicht aus einer unternehmerischen, sondern einer rechtlich gebundenen Entscheidung. Grundsätzlich hat der Geschäftsführer im

<sup>112</sup> Verdeckte Kapitalgesellschaften sind Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter; Schopper in FS Reich-Rohrwig 207; Bergmann/Schörghofer, Zum fortschreitenden Attraktivitätsverlust verdeckter Kapitalgesellschaften, GesRZ 2015, 373.

<sup>113</sup> Bei einer GmbH & Co OG setzt sich der Gesellschafterkreis nur aus (mindestens) zwei GmbHs zusammen; siehe zB Schopper in FS Reich-Rohrwig 209; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 388.

<sup>114</sup> Bei einer AG & Co KG fungiert nicht eine GmbH, sondern eine AG als Komplementärin; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen 388.

<sup>115</sup> Dabei übernimmt eine im Ausland gegründete Kapitalgesellschaft die Stellung des Komplementärs; Teichmann, ZGR 2014, 220 (222); Voraussetzung ist, dass die Gesellschaft rechtsfähig ist, weil sie andernfalls nicht als Komplementär in Betracht kommt; in Deutschland bedient sich die Gestaltungspraxis ihrer zB zur Steuergestaltung und zur Vermeidung der unternehmerischen Mitbestimmung; dazu Leuering, SUP – Perspektiven für die Praxis, in Lutter/J. Koch, Societas Unius Personae (SUP) (2015) 89 (106 ff).

<sup>116</sup> Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen 388.

<sup>117</sup> Voraussetzung ist, dass es sich dabei um eine natürliche Person handelt, was bei einer GmbH und einer AG immer der Fall ist (vgl Pkt C.1.). Ist die Muttergesellschaft eine Personengesellschaft und deren geschäftsführungsbefugter Gesellschafter eine juristische Person, übernimmt das Geschäftsführungsorgan der juristischen Person die Geschäftsführung für die Tochtergesellschaft und ist dieser gegenüber unmittelbar verantwortlich.

<sup>118</sup> Vgl dazu Dellinger, wbl 1990, 351 (Entscheidungsanmerkung) („Daran ändert sich mE selbst dann nichts, wenn es noch einen weiteren Komplementär gibt“).

<sup>119</sup> Nach Pkt 5.5. der Entscheidungsgründe steht noch nicht fest, ob die Darlehensgewährungen aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt waren.

Hinblick auf die Einhaltung zwingender Vorschriften (hier: Verbot der Einlagenrückgewähr) keinen unternehmerischen Ermessensspielraum.<sup>120</sup> Die Business Judgment Rule greift daher nicht ein. Losgelöst von dieser Entscheidung stellt sich jedoch die Frage, ob die durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (BGBl I 2015/112) in § 25 Abs 1 a GmbHG und § 84 Abs 1 a AktG kodifizierte Business Judgment Rule analog auf den Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH anwendbar ist. Nach diesen Bestimmungen handelt ein Geschäftsleiter jedenfalls im Einklang mit der gebotenen Sorgfalt, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Die Regelung lehnt sich eng an § 93 Abs 1 Satz 2 dAktG an,<sup>121</sup> der wiederum nach dem Vorbild der US-amerikanischen Business Judgment Rule ausgestaltet ist.<sup>122</sup>

Der Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH orientiert sich – zumindest unter Zugrundelegung der dogmatischen Begründung eines Organverhältnisses mit Schutzwirkung zugunsten der KG (Pkt B.3.) – grundsätzlich an § 25 GmbHG. Dies spricht dafür, auch § 25 Abs 1 a GmbHG analog anzuwenden. Allerdings könnten spezifische Besonderheiten der GmbH & Co KG dagegen sprechen, weil es sich trotz der teilweisen analogen Anwendung von Bestimmungen des GmbHG auf die GmbH & Co KG bei dieser selbstverständlich um eine Personengesellschaft handelt. Daher soll in einem ersten Schritt untersucht werden, ob § 25 a GmbHG auf eine „gesetzestypische“ KG bzw bei einer GmbH & Co KG auf die Haftung der Komplementär-GmbH gegenüber der KG analog anwendbar ist (Pkt b). Erst in einem zweiten Schritt wird auf die analoge Anwendung auf den Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH eingegangen (Pkt c). Folgt man der hier vertretenen Ansicht, wonach sich der Schadenersatzanspruch an jener Haftungsregelung orientiert, die für einen Schadenersatzanspruch der KG gegen die Komplementär-GmbH gilt (Pkt C.3.), ändert sich an der Vorgangsweise nichts.

<sup>120</sup> Schopper/Walch in Zib/Dellinger, UGB § 114 –Rz 125 ff (in Druck); Schäfer in Großkomm HGB<sup>5</sup> § 114 Rz 56; Paefgen in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 66.

<sup>121</sup> AB 728 BlgNR 25. GP 7 und 12.

<sup>122</sup> Wegbereitend für diese Novelle BGH 21. 4. 1997, II ZR 175/95 BGHZ 135, 244 – ARAG/Garmenbeck; zu den Unterschieden der US-amerikanischen und deutschen Business Judgment Rule ausführlich Told, Business Judgment Rule und ihre Anwendbarkeit in Österreich, in Nueber/Przeszlowska/Zwirschmayr, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel (2015) 67 = Told, Business Judgment Rule und ihre Anwendbarkeit in Österreich, GES 2015, 60; krit zur Business Judgment Rule Harrer, Personengesellschaft 176.

## b) Anwendbarkeit auf KG

Sowohl in Österreich als auch in Deutschland hat der Gesetzgeber offengelassen, ob die Business Judgment Rule auch auf andere Rechtsformen anwendbar ist. In Deutschland überließ der historische Gesetzgeber die Anwendung der Business Judgment Rule auf andere Rechtsformen der Klärung durch Lehre und Rsp.<sup>123</sup> Nach hA gilt sie dort auch für die oHG und die KG.<sup>124</sup> In Österreich hat der historische Gesetzgeber Lehre und Rsp keinen Rechtsfortbildungsauftrag gegeben, jedoch schließt das Schweigen des Gesetzgebers die Anwendung der Business Judgment Rule auf andere Rechtsformen nicht aus, weil es sich – auch angesichts der spärlichen Materialien – um kein beredtes Schweigen des Gesetzgebers handelt.<sup>125</sup> Die Haftung eines Geschäftsführers einer GmbH bzw AG und jene eines geschäftsführungsbefugten KG-Gesellschafters sind wertungsmäßig miteinander vergleichbar und es liegt eine planwidrige Lücke im KG-Recht vor, die mittels analoger Anwendung von § 25 Abs 1 a GmbHG und § 84 Abs 1 a AktG geschlossen werden muss.<sup>126</sup> Die Gegen-

<sup>123</sup> Begr RegE, BT-Drs 15/5092, 12; Weitemeyer in Oetker, HGB<sup>4</sup> § 114 Rz 26.

<sup>124</sup> Drescher in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB<sup>3</sup> § 114 Rz 32; Weitemeyer in Oetker, HGB<sup>4</sup> § 114 Rz 26; Schäfer in Großkomm HGB<sup>5</sup> § 114 Rz 37, Rz 40 und Rz 55; zur Übertragbarkeit auf die GmbH Fleischer in MünchKomm GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 71; aA Jungmann, Die Business Judgment Rule – ein Institut des allgemeinen Verbandsrechts? in FS K. Schmidt (2009) 831 (846) (keine Anwendung auf Gesellschaften, für deren Verbindlichkeiten zumindest einige Gesellschafter unbeschränkt haften).

<sup>125</sup> Vgl (zur Privatstiftung) OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w; Karolus, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag zur Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1 a AktG und § 25 Abs 1 a GmbHG), ÖBA 2016, 252 (256); Konwitschka, GesRZ 2016, 113 (116); vgl auch, wobei allerdings nur eine Ausdehnung auf andere juristische Personen gefordert wird, Schima, Reform des Untreuetatbestandes und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht, GesRZ 2015, 286 (294); ders, Reform des Untreue-Tatbestandes und gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht, RdW 2015, 288 (291); vgl auch – wobei ebenfalls nicht explizit auf die OG und die KG abgestellt wird – Kalss, Organhaftung in Österreich – einige rechtspolitische Anmerkungen, GesRZ 2014, 159 (164); hinzuweisen ist darauf, dass eine Kodifizierung der Business Judgment Rule für die OG (und die KG) legislatisch schwierig gewesen wäre, weil das OG-Recht keine Haftungsbestimmung für den geschäftsführenden Gesellschafter kennt.

<sup>126</sup> Vgl (zur Privatstiftung) OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w; Karolus, ÖBA 2016, 252 (256); Kalss/Durstberger, Die Business Judgment Rule bei der Aufstellung der Bilanz, RWZ 2016, 60 (60); Konwitschka, GesRZ 2016, 113 (115 ff). Nicht überzeugend ist allerdings die Kritik von Konwitschka am OGH (aaO), wonach es sich bei der Business Judgment Rule nicht um einen Rechtsgrundsatz nach § 7 ABGB handle, sondern § 25 Abs 1 a GmbHG und § 84 Abs 1 a AktG analog anzuwenden seien. Der OGH argumentiert zwar bei der Frage des beredten Schweigens des Gesetzgebers damit, dass ein allgemeiner Rechtsgrundsatz vorliege (siehe oben im Text bei FN 125), wendet aber in der Folge ganz offensichtlich § 25 Abs 1 a



ansicht, wonach die Business Judgment Rule auf die OG und die KG nicht übertragbar ist, weil die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter im Unterschied zur AG und GmbH persönlich und unbeschränkt haften (§ 128 UGB),<sup>127</sup> konnte sich nicht durchsetzen.<sup>128</sup> Gegen diese Ansicht spricht vor allem, dass auch die KG wie andere unternehmerisch tätige Gesellschaften ein Interesse an geschäftsführenden Gesellschaftern hat, die nicht übermäßig risikoavers agieren. Entpuppt sich eine unternehmerische Entscheidung im Nachhinein als nachteilig, sollen nicht die geschäftsführenden Gesellschafter im Wege einer Haftung, sondern die Gesellschaft – bzw wirtschaftlich betrachtet die Gesellschaftergesamtheit – die Nachteile tragen. Dem Schutz der Mitgesellschafter vor großen wirtschaftlichen Risiken wird vor allem durch das Widerspruchsrecht (§ 115 Abs 1 UGB) Rechnung getragen. Zusätzlich bewirkt bei der KG bereits die persönliche und unbeschränkte Haftung des geschäftsführenden Komplementärs eine verhaltenssteuernde Wirkung, weil dieser im selben Boot wie die Mitgesellschafter sitzt („Der Kapitän fährt mit“),<sup>129</sup> sodass den Mitgesellschaftern regelmäßig keine unkalkulierbaren Risiken drohen.

Im Ergebnis sind § 25 Abs 1 a GmbHG und § 84 Abs 1 a AktG analog auf die Haftung des geschäftsführenden KG-Gesellschafter – und natürlich auch auf den geschäftsführenden KG-Gesellschafter einer GmbH & Co KG (Komplementär-GmbH) – analog anwendbar.<sup>130</sup>

### c) Anwendbarkeit auf den direkten Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH

Da die Business Judgment Rule sowohl für den GmbH-Geschäftsführer als auch für den geschäftsführenden KG-Gesellschafter gilt, spricht grundsätzlich viel dafür, sie auch auf den direkten Schadenersatzanspruch der KG gegen den GmbH-Geschäftsführer anzuwenden.<sup>131</sup> Auch die KG einer GmbH & Co KG hat ein Interesse an einem nicht übermäßig risikoavers agierenden

GmbHG und § 84 Abs 1 a AktG analog auf die Privatstiftung an; vgl zur Anwendbarkeit der BJR auf Personengesellschaften ferner die Nw aus Deutschland in FN 124; wohl auch *Wolkerstorfer*, Gesamtgeschäftsführung: Gefahr im Verzug bei drohendem Gewinnentgang? *ecolex* 2015, 869 (870); vgl bereits *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/297.

<sup>127</sup> *Jungmann* in FS K. Schmidt 846 (keine Anwendung auf Gesellschaften, für deren Verbindlichkeiten zumindest einige Gesellschafter unbeschränkt haften); krit auch *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, UGB<sup>4</sup> § 114 Rz 63 (Ermessensspielraum wegen Haftung der Mitgesellschafter [§ 128] geringer).

<sup>128</sup> Siehe die Nw in FN 124.

<sup>129</sup> Vgl in anderem Zusammenhang *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*, UGB<sup>4</sup> § 108 Rz 12; ähnlich *H.-P. Westermann*, Die grundsätzliche Bedeutung des Grundsatzes der Selbstorganschaft im Personengesellschaftsrecht, in FS Lutter (2000) 955 (959) (Pilot, der selbst im Flugzeug sitzt).

<sup>130</sup> Dies gilt auch für gesetzestypische OG sowie OG ohne unbeschränkt haftende natürliche Person.

<sup>131</sup> Vgl *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG<sup>11</sup> § 9 Rz 24.

GmbH-Geschäftsführer. Gegen eine Anwendbarkeit der Business Judgment Rule könnte lediglich eingewendet werden, dass der geschäftsführende GmbH-Geschäftsführer im Unterschied zu einem „gewöhnlichen“ Komplementär nicht nach § 128 UGB haftet und den Mitgesellschaftern, die persönlich für Gesellschaftsverbindlichkeiten haften, unkalkulierbare Risiken drohen. Bei der typischen GmbH & Co KG besteht diese Gefahr indessen nicht, weil hier die Mitgesellschafter allesamt Kommanditisten (und eben nicht unbeschränkt haftende Komplementäre) sind und ihr Haftungsrisiko somit jedenfalls beschränkt ist. Doch auch bei einer KG mit natürlichen Personen als weiteren Komplementären,<sup>132</sup> die einem unbeschränkten Haftungsrisiko ausgesetzt sind, sprechen wohl die besseren Gründe dafür, dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH den Schutz der Business Judgment Rule nicht zu versagen. Die Komplementäre sind durch das Widerspruchsrecht (§ 115 Abs 1 UGB) bzw bei Gesamtgeschäftsführung durch ein Zustimmungsrecht (§ 115 Abs 2 UGB) ausreichend geschützt. Verzichtet ein Komplementär auf diese Mitspracherechte, geht er ein hohes Risiko ein. Dies kann jedoch nicht zulasten der Mitgesellschafter gehen, die ein schützenswertes Interesse an einem nicht übermäßig risikoavers agierenden GmbH-Geschäftsführer haben, und wohl ebenso wenig zulasten des mittelbaren Geschäftsführers, der auch gegenüber der KG ein – vom Gesetzgeber in § 25 Abs 1 a GmbHG und § 84 Abs 1 a AktG nunmehr positiviertes – schützenswertes Interesse an einem haftungsrechtlichen „safe harbour“ (dazu sogleich Pkt d) hat.

Im Ergebnis sind § 25 Abs 1 a GmbHG und § 84 Abs 1 a AktG auch auf den direkten Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH analog anwendbar.

### d) Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen der Business Judgment Rule

Die neuen § 84 Abs 1 a AktG bzw § 25 Abs 1 a GmbHG konkretisieren die gebotene Sorgfalt des Geschäftsleiters gem § 84 Abs 1 AktG bzw § 25 Abs 1 GmbHG.<sup>133</sup> Methodisch handelt es sich um *leges speciales* zu § 84 Abs 1 AktG bzw § 25 Abs 1 GmbHG. Die Bestimmungen sind eine Privilegierung für den Geschäftsleiter, weil er keine Haftung gewärtigen muss, wenn er die Voraussetzungen des § 84 Abs 1 a AktG bzw § 25 Abs 1 a

<sup>132</sup> In diesem Fall spricht man von einer GmbH & Co KG im weiteren Sinn; dazu *Schörghofer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/909 mwN.

<sup>133</sup> Teilweise wird die Business Judgment Rule nicht als Konkretisierung des § 84 Abs 1 AktG bzw § 25 Abs 1 GmbHG und § 93 Abs 1 Satz 1 dAktG gesehen, sondern als Tatbestandsauschlussgrund oder als unwiderlegliche Rechtsvermutung ausgelegt, wobei daraus keine praktischen Konsequenzen resultieren (zum Meinungsstand *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 65).

GmbHG einhält (safe harbour).<sup>134</sup> Er handelt in diesem Fall nämlich gar nicht rechts- bzw pflichtwidrig.<sup>135</sup>

Die Voraussetzungen für die Anwendung der Business Judgment Rule sind im Einzelnen: (1) Es muss sich um eine unternehmerische Entscheidung handeln. Dies sind Entscheidungen, die nach unternehmerischen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu treffen sind und bei denen der GmbH-Geschäftsführer frei ist, sich anders zu verhalten.<sup>136</sup> Von der Einhaltung gesetzlicher oder gesellschaftsvertraglicher Pflichten unterscheiden sie sich dadurch, dass sie infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justiziable Einschätzungen geprägt sind.<sup>137</sup> (2) Der GmbH-Geschäftsführer muss vernünftigerweise<sup>138</sup> annehmen dürfen, zum Wohl der KG zu handeln. Es ist ein großzügiger Beurteilungsmaßstab anzulegen.<sup>139</sup> Der Handlungsspielraum wäre überschritten, wenn der GmbH-Geschäftsführer die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt.<sup>140</sup> Dabei ist nicht nur die Höhe des Risikos, sondern auch dessen Eintrittswahrscheinlichkeit zu berücksichtigen.<sup>141</sup> (3) Bei seiner Entscheidungsfindung darf sich der GmbH-Geschäftsführer nicht von nicht von sachfremden Interessen leiten lassen, dh er muss frei von Fremdeinflüssen und Interessenkonflikten sein.<sup>142</sup> Nach einer Definition aus dem Schrifttum besteht ein Interessenkonflikt, wenn einander objektiv entgegenstehende Interessen in der Person des GmbH-Geschäftsführers einschließlich der ihm nahestehenden Personen und Unternehmen vorliegen und man bei objektiver Betrachtung nicht sicher sein kann, dass der GmbH-Geschäftsführer dennoch und unbedingt allein die Interessen der KG verfolgen wird.<sup>143</sup>

<sup>134</sup> AB 728 BlgNR 25. GP 7 und 12; vgl (zur Privatstiftung) OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w; *Konwitschka*, GesRZ 2016, 113 (113).

<sup>135</sup> Vgl (zur Privatstiftung) OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w; *Karollus*, VR 2015, 23 (27); *ders*, ÖBA 2016, 252 (259); *Schima*, GesRZ 2015, 286 (290); *Krieger/Sailer-Coceani* in *Schmidt/Lutter*, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 14.

<sup>136</sup> *Schopper*, Compliance im Konzern, in *Kalss/Torggler*, Compliance (in Druck); *Krieger/Sailer-Coceani* in *Schmidt/Lutter*, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 15; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 68 mwN; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG § 93 Rz 31; *Spindler* in *MünchKomm AktG<sup>4</sup>* § 93 Rz 41f.

<sup>137</sup> Begr RegE, BT-Dr 15/5092, 11; vgl (zur Privatstiftung) OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w.

<sup>138</sup> Dieses Tatbestandsmerkmal findet sich nur in § 93 Abs 1 dAktG, nicht in § 84 Abs 1 a AktG und § 25 Abs 1 a GmbHG; dazu *Karollus*, VR 2015, 23 (26).

<sup>139</sup> *Fleischer* in *MünchKomm GmbHG<sup>2</sup>* § 43 Rz 88 a.

<sup>140</sup> Vgl Begr RegE, BT-Dr 15/5092, 11; BGH 21. 4. 1997, II ZR 175/95 NJW 1997, 1926 (1928).

<sup>141</sup> *Karollus*, VR 2015, 23 (27).

<sup>142</sup> Diese Voraussetzung wird im Gesetzestext des § 93 Abs 1 dAktG nicht ausdrücklich erwähnt, weil es nach Ansicht des historischen deutschen Gesetzgebers in der Voraussetzung, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, enthalten ist; dazu Begr RegE, BT-Dr 15/5092, 11.

<sup>143</sup> *Lutter*, Verhaltenspflichten von Organmitgliedern bei Interessenkonflikten, in FS Priester (2007) 417 (423).

Allerdings ist auch unter Zugrundelegung dieser Definition regelmäßig unklar, ob konkret ein Interessenkonflikt vorliegt. Legt der GmbH-Geschäftsführer den Interessenkonflikt gegenüber der KG offen und erscheint seine Fähigkeit, trotz Interessenkonflikt zum Wohle der KG zu handeln, aus ex-ante-Sicht vernünftig und nachvollziehbar, ist die Voraussetzung einer nicht von sachfremden Interessen geleiteten Entscheidung uE im Regelfall erfüllt.<sup>144</sup> (4) Der GmbH-Geschäftsführer muss auf der Grundlage angemessener Information entscheiden. Im Unterschied zu § 93 Abs 1 Satz 2 dAktG ist dies nicht aus subjektiver Sicht des GmbH-Geschäftsführers bzw Vorstandsmitglieds, sondern aus objektiver Sicht zu beurteilen. Das folgt aus der unterschiedlichen Stellung der Wortfolge „[vernünftigerweise] annehmen darf[durfte]“, die sich bei § 25 Abs 1 a GmbHG nur auf das Wohl der Gesellschaft bezieht. Allerdings hat er einen erheblichen Entscheidungsspielraum, in welchem Ausmaß er sich Informationen beschafft.<sup>145</sup> Zu berücksichtigen sind insbesondere das Gewicht und die Art der Entscheidung, die mit der Entscheidung verbundenen Risiken sowie die Kosten der Beschaffung von Informationen und deren voraussichtlicher Nutzen (ex-ante-Betrachtung).<sup>146</sup> Bei einer Entscheidung unter nicht selbst verschuldetem Zeitdruck darf auch aufgrund einer unvollständigen Informationslage entschieden werden.<sup>147</sup> (5) Außerdem muss der GmbH-Geschäftsführer hinsichtlich der Voraussetzungen (2) – (4) gutgläubig sein.<sup>148</sup>

Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt ist, greift die Privilegierung der Business Judgment Rule nicht.<sup>149</sup> Daraus folgt nicht ipso iure, dass der Geschäftsleiter einen Sorgfaltsverstoß begangen hat, sondern sein Verhalten ist ausschließlich am Maßstab des § 25 Abs 1 GmbHG bzw § 84 Abs 1 AktG zu beurteilen.<sup>150</sup> Hierbei ist zu berücksichtigen, dass einem Geschäftsleiter – jedenfalls im Kapitalgesellschaftsrecht – bereits vor Inkrafttreten der § 25 Abs 1 a GmbHG bzw § 84 Abs 1 a AktG bei unternehmerischen Entscheidungen ein Er-

<sup>144</sup> Begr RegE BT-Dr 15/5092, 11; ähnlich *Schima*, GesRZ 2015, 286 (291).

<sup>145</sup> Begr RegE, BT-Dr 15/5092, 12.

<sup>146</sup> Begr RegE, BT-Dr 15/5092, 12; *Fleischer* in *MünchKomm GmbHG<sup>2</sup>* § 43 Rz 84.

<sup>147</sup> Vgl Begr RegE, BT-Dr 15/5092, 12 („[...] bei Entscheidungen, die unter hohem und nicht selbsterzeugtem Zeitdruck zu fällen sind, eine umfassende Entscheidungsvorbereitung schwierig oder gar unmöglich sein kann“).

<sup>148</sup> Begr RegE, BT-Dr 15/5092, 12 und 11 (auch das Merkmal der Gutgläubigkeit ist Bestandteil des Annehmen-Dürfens); *Reich-Rohrig* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 38; *Fleischer* in *MünchKomm GmbHG<sup>2</sup>* § 43 Rz 89.

<sup>149</sup> OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w („Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein“); *Karollus*, ÖBA 2016, 252 (255); aA *Kalss/Durstberger*, RWZ 2016, 60 (62) („sind nicht als ‚K.o.-Kriterien‘ anzusehen“).

<sup>150</sup> AB 728 BlgNR 25. GP 7 und 12; vgl (zur Privatstiftung) OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w.

messensspielraum eingeräumt wurde.<sup>151</sup> Er haftet lediglich dann, wenn die unternehmerische Entscheidung unvertretbar ist.<sup>152</sup> Da die Voraussetzungen der Business Judgment Rule dazu dienen, die gebotene Sorgfalt des GmbH-Geschäftsführers zu konkretisieren,<sup>153</sup> ist eine unternehmerische Entscheidung regelmäßig unvertretbar, wenn er diese nicht erfüllt.<sup>154</sup> Jedoch sind beide Beurteilungsmaßstäbe nicht deckungsgleich, weil bei der unvertretbaren Entscheidung eine Gesamtbetrachtung vorgenommen wird, während bei der Business Judgment Rule spezifische „formale“ Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen.<sup>155</sup> Insbesondere wenn nur eine Voraussetzung der Business Judgment Rule (knapp) nicht erfüllt und diese daher nicht anwendbar ist, zB der GmbH-Geschäftsführer einem leichten Interessenkonflikt unterlag oder nicht auf der Basis ausreichender Informationen handelte, kann die Entscheidung im Lichte von § 25 Abs 1 GmbHG dennoch vertretbar sein. Im Gegensatz dazu dürfen nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze zu unternehmerischen Entscheidungen bei der Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit nicht mehr herangezogen werden, weil deren Anliegen bereits abschließend durch § 25 Abs 1 a GmbHG bzw § 84 Abs 1 a AktG wahrgenommen werden.<sup>156</sup> Das würde im Ergebnis aber dazu führen, dass die Organhaftung durch § 25 Abs 1 a GmbHG bzw § 84 Abs 1 a

AktG in bestimmten Fällen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage verschärft wurde, was sicher nicht das Ansinnen des Gesetzgebers war.<sup>157</sup> Auch lassen sich sowohl aus dem Gesetzeswortlaut als auch aus den Materialien keinerlei Anhaltspunkte für eine abschließende Regelung gewinnen und der Normzweck der § 25 Abs 1 a GmbHG bzw § 84 Abs 1 a AktG, einen sicheren Hafen zu schaffen (siehe oben), spricht gegen den abschließenden Charakter dieser Regelungen.

§ 25 Abs 1 a GmbHG bzw § 84 Abs 1 a AktG sind seit 1. 1. 2016 in Kraft.<sup>158</sup> Auf davor verwirklichte Sachverhalte sind sie nicht anwendbar.<sup>159</sup> Dies gilt auch für die analoge Anwendung der § 25 Abs 1 a GmbHG bzw § 84 Abs 1 a AktG auf die KG und den Schadenersatzanspruch der KG gegen den GmbH-Geschäftsführer bei der GmbH & Co KG.<sup>160</sup> Altfälle sind somit ausschließlich anhand des von der Rsp herausgearbeiteten Ermessensspielraums bei unternehmerischen Entscheidungen zu beurteilen.<sup>161</sup>

## E. Zusammenfassung

Nach aktuellem Stand der Rsp ist bei einer GmbH & Co KG der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gegenüber der KG unmittelbar für Schäden verantwortlich, die er ihr im Rahmen der Geschäftsführung zufügt. Voraussetzung hierfür ist, dass es sich (1) entweder um eine personengleiche GmbH & Co KG im engeren Sinn handelt oder (2) die Hauptaufgabe der Komplementär-GmbH in der Geschäftsführung für die KG liegt.

Die dogmatische Begründung für die unmittelbare Verantwortlichkeit des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH bei einer personengleichen GmbH & Co KG im engeren Sinn ist abzulehnen. Übrig bleibt daher nur der zweite Fall einer hauptsächlichen Geschäftsführungstätigkeit der Komplementär-GmbH für die KG. Dieser fußt auf der aus Deutschland übernommenen Ansicht, wonach die zivilrechtliche Figur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auf die GmbH & Co KG entsprechend angewendet wird. Die KG ist vom Schutzbereich des Organverhältnisses zwischen der Komplementär-GmbH und deren Geschäftsführer erfasst. Die daraus abgeleitete Haftungsvoraussetzung einer hauptsächlichen Geschäftsführungstätigkeit der Komplementär-GmbH für die KG ist allerdings nicht überzeugend. Für die KG besteht unabhängig von weiteren Tätigkeiten der Komplementär-GmbH ein schüt-

<sup>151</sup> Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/297; Appl in Bergmann/Ratka, Hdb Personengesellschaften Rz 3/200; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, UGB<sup>4</sup> § 114 Rz 43; BGH 11. 1. 1988, II ZR 192/87 WM 1988, 968; Schäfer in Großkomm HGB<sup>5</sup> § 114 Rz 37 und Rz 55; Rawert in Münch-Komm HGB<sup>3</sup> § 114 Rz 56; Haas in Röhrich/v. Westphalen/Haas, HGB<sup>4</sup> § 114 Rz 27.

<sup>152</sup> Vgl OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t GeS 2008, 356 (Schopper/Kapsch) = GesRZ 2008, 378 (Kalss/Zollner) = wbl 2008, 598 (U. Torggler) = ecolx 2008, 926 (Reich-Rohrwig); OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k; OGH 8. 5. 2008, 6 Ob 28/08y.

<sup>153</sup> Karollus, Business Judgment Rule und Handeln auf Grundlage angemessener Information am Beispiel eines Vergleichs über Ansprüche gegen Dritte, in FS W. Jud (2012) 307 (323); Told in Nueber/Przeszlowska/Zwirczmayr, Privatautonomie 80; Feltl/Told in Gruber/Harrer § 25 Rz 36.

<sup>154</sup> Schrank/Kollar, Business Judgment Rule, CFOaktuell 2016, 117 (118); dies gilt insbesondere für die beiden Voraussetzungen „angemessene Information“ und „Wohl der Gesellschaft“; vgl dazu Bachmann, Zehn Thesen zur deutschen Business Judgment Rule, WM 2015, 105 (110), der davon ausgeht, dass ein Vorstandsmitglied jedenfalls sorgfaltswidrig handelt, wenn es nicht auf der Grundlage angemessener Informationen oder nicht zum Wohl der Gesellschaft gehandelt hat.

<sup>155</sup> Auch der OGH betont, dass er vor Inkrafttreten der § 25 Abs 1 a GmbHG oder § 84 Abs 1 a AktG nicht die Business Judgment Rule anwendete, sondern darauf abstellte, ob eine evident unrichtige Sachentscheidung oder eine geradezu unvertretbare Entscheidung getroffen wurde; siehe (zur Privatstiftung) OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w; aA offenbar Kalss/Durstberger, RWZ 2016, 60 (61); Schrank/Kollar, CFOaktuell 2016, 117.

<sup>156</sup> Vorsichtig in diese Richtung Karollus, VR 2015, 23 (26); noch vorsichtiger nunmehr ders, ÖBA 2016, 252 (255).

<sup>157</sup> Insoweit zust Kalss/Durstberger, RWZ 2016, 60 (61).

<sup>158</sup> § 262 Abs 35 AktG; § 127 Abs 19 GmbHG.

<sup>159</sup> Karollus, VR 2015, 23 (25); ders, ÖBA 2016, 252 (255).

<sup>160</sup> Dies folgt aus einem Größenschluss. Sind § 25 Abs 1 a GmbHG bzw § 84 Abs 1 a AktG nicht einmal in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich auf Altfälle anwendbar, muss dies erst recht für Fälle gelten, in denen die Bestimmungen lediglich analog angewendet werden sollen; aA offenbar OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w, der die neuen Bestimmungen analog (Privatstiftung) auf einen Altfall anwendete, allerdings ohne sich mit den Übergangsregeln ausdrücklich auseinanderzusetzen.

<sup>161</sup> Siehe FN 151 und FN 152.

zenswertes Bedürfnis nach einem direkten Schadenersatzanspruch gegen deren Geschäftsführer. Die Gefahr einer uferlosen Haftung ist damit nicht verbunden. Entgegen der Rsp haftet der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der KG gegenüber unmittelbar, ohne dass es darauf ankommt, ob die Komplementär-GmbH hauptsächlich für die KG tätig ist.

Auf der Grundlage der hA, wonach der direkte Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH mit einer entsprechenden Anwendung des zivilrechtlichen Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auf die GmbH & Co KG begründet wird, orientiert sich der Schadenersatzanspruch der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH an § 25 GmbHG. Folgt man hingegen der hier vertretenen Ansicht, wonach die dogmatische Begründung in einer cic-ähnlichen Sonderverbindung zwischen KG und dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH liegt, richtet sich der Schadenersatzanspruch nach jener Haftungsregelung, die für Schadenersatzansprüche der KG gegenüber der Komplementär-GmbH gilt, also (weitgehend) nach dem Personengesellschaftsrecht. Konkret kann sich das bei der Verjährung des Schadenersatzanspruchs auswirken.

Die in § 25 Abs 1 a GmbHG kodifizierte Business Judgment Rule ist sowohl auf den Schadenersatzanspruch der KG gegen die Komplementär-GmbH als auch auf

den direkten Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH anwendbar.

Hinter der unmittelbaren Verantwortlichkeit des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der KG bei der GmbH & Co KG steht der Zweck, Fehlanreize für den Geschäftsführer mittels eines direkten Schadenersatzanspruchs in angemessener Weise aufzufangen. Die Gefahr von Fehlanreizen besteht jedoch nicht nur bei der GmbH & Co KG, sondern bei allen Personengesellschaften, wo eine juristische Person als geschäftsführender Gesellschafter tätig wird. Die für die GmbH & Co KG gefundene Regelung eines direkten Schadenersatzanspruchs der Gesellschaft gegen die geschäftsführende natürliche Person strahlt auf das gesamte Personengesellschaftsrecht aus. Sie gilt sowohl für verdeckte Kapitalgesellschaften wie zB die GmbH & Co OG als auch für „gesetzestypische“ Personengesellschaften, bei denen zumindest eine juristische Person geschäftsführungsbefugter Gesellschafter ist.

#### Über die Autoren:

Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper ist Vorstand des Instituts für Unternehmens- und Steuerrecht an der Universität Innsbruck. MMag. Dr. Mathias Walch ist dort als Universitätsassistent (post-doc) tätig.