ÖSTERREICHISCHE
NOTARIATS
ZEITUNG

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

121. JAHRGANG | MÄRZ 1989 | NUMMER 3

Das Verbot des Erwerbes eigener Anteile nach § 81 GmbHG unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die GmbH & Co KG

Von Dr. **Manfred Umlauft,** Notariatskandidat, Bludenz

Die nachfolgende Arbeit bejaht die Zulässigkeit der Einbringung eines Teilbetriebs einer KG in deren Komplementär-GmbH gegen die Gewährung von Gesellschaftsrechten – welche durch die Kapitalerhöhung bei der GmbH entstehen – an die KG. Entwickelt und begründet wird diese Ansicht aus einer differenzierten Betrachtungsweise des Verbots des Erwerbs eigener GmbH-Anteile.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Erwerb eigener Anteile durch die GmbH
  1. Entgeltlicher Erwerb
  2. Unentgeltlicher Erwerb
  3. Kapitalerhöhung und eigener Geschäftsanteil
III. Erwerb von Anteilen durch eine GmbH & Co KG an der eigenen Komplementär-GmbH
  1. Allgemeines
    a) Einleitung
    b) Entgeltlicher Erwerb
    c) Unentgeltlicher Erwerb
    d) Entgeltlicher Erwerb eines im Besitz der Komplementär-GmbH befindlichen eigenen Anteiles durch die GmbH & Co KG
    e) Schlußfolgerung
  2. Betriebseinbringung gegen Erwerb von GmbH-Anteilen
IV. Zusammenfassung

I. Einleitung

Anlaß für diese Arbeit bot folgender Sachverhalt: Gesellschafter einer GmbH & Co KG sind eine GmbH als Komplementärin sowie diverse Kommanditisten; die GmbH ist mit 2% als Miteigentümerin am Vermögen der GmbH & Co KG beteiligt. Bei dieser Komplementär-GmbH wird das Kapital erhöht. Die gesamte Kapitalerhöhung wird von der GmbH & Co KG, an welcher diese GmbH als Komplementärin beteiligt ist, übernommen. Die GmbH & Co KG bringt auf die durch die Kapitalerhöhung neugeschaffene, von ihr übernommene Stammeinlage einen in diesem Zuge aus ihrem Unternehmen ausgegliederten Teilbetrieb als Sacheinlage in die Komplementär-GmbH ein. Soweit der Sachverhalt.

Gemäß § 81 GmbHG sind der Erwerb und die Pfandnahme eigener Geschäftsanteile durch eine GmbH selbst grundsätzlich verboten und wirkungslos; zulässig ist der Erwerb im Exekutionsweg zur Hereinbringung eigener Forderungen der Gesellschaft. Diese Gesetzesbestimmung scheint – abgesehen vom Erwerb im Exekutionsweg zur Hereinbringung eigener Forderungen der Gesellschaft – ohne Differenzierung jeden Erwerb eigener Anteile durch die GmbH zu verbieten. Im Schrifttum wird die vorzitierte Gesetzesbestimmung jedoch vielfach einschränkend ausgelegt[1]), wobei jedoch die Ansichten divergieren und auch solche vorhanden sind, die anscheinend jeden Erwerb eigener Anteile durch die GmbH verbieten[2]).

Dieses Verbot des Erwerbes eigener Geschäftsanteile gilt – soviel sei vorweggenommen – **grundsätzlich** auch für den Erwerb von Geschäftsanteilen durch eine GmbH & Co KG an der eigenen Komplementär-GmbH (nähere Ausführungen folgen im Punkt III.1. dieses Aufsatzes).

Es gilt nun zu untersuchen, ob dieses Verbot des § 81 GmbHG ausnahmslos immer gilt oder ob gewisse

---

[1]) Siehe FN 8.

[2]) *Weber–Straube* in Kastner-Stoll, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht², 355 ff.

Ausnahmen bestehen. Im ersten Teil dieser Arbeit wird daher der Versuch unternommen, die Reichweite dieses Verbotes im Bereich der GmbH abzustecken, während sich der zweite Teil des Aufsatzes mit dem Erwerb von Anteilen an der Komplementär-GmbH durch die GmbH & Co KG und im besonderen mit dem oben geschilderten Sachverhalt auseinandersetzt.

Die deutsche Lehre und Rechtsprechung sind in diesem Zusammenhang nur sehr eingeschränkt heranzuziehen, da die dortige Rechtslage diesbezüglich anders gelagert ist (§ 33 dGmbHG[3])).

II. Erwerb eigener Anteile durch die GmbH

1. Entgeltlicher Erwerb

Hauptzweck des Verbotes des Erwerbes eigener Geschäftsanteile durch die GmbH ist es, eine Schwächung der Kapitalgrundlage der GmbH weitestmöglich zu verhindern; es soll auch nicht auf diesem Weg durch Bezahlung des Abtretungspreises zu einer verbotenen Rückzahlung von Einlagen kommen (vgl § 82 GmbHG)[4]). Die Erläuternden Bemerkungen (ErlBem) zum Entwurf des GmbHG[5]) führen hiezu im einzelnen wörtlich aus:

„Die Rücksicht auf die ungeschmälerte Erhaltung des Stammkapitals erfordert auch besondere Bestimmungen über den Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft. Die maßgebende Erwägung ist die, daß die GmbH, die zugleich ihr eigener Gesellschafter ist, eine juristisch widersinnige Erscheinung darstellt und daß es vom praktischen Standpunkt aus ungesund ist, wenn die Gesellschaft einen eigenen Geschäftsanteil besitzt, weil dies einer Herabsetzung des Stammkapitals gleichkommt, ohne daß die sonst hiefür verlangten Sicherheitsmaßregeln Platz greifen ..."

Wäre der Erwerb eines eigenen Geschäftsanteiles durch die GmbH möglich, so wäre dieser – Entgeltlichkeit des Erwerbes vorausgesetzt – dazu geeignet, das Stammkapital der GmbH zu schwächen, da in diesem Falle die GmbH den Abtretungspreis an den oder die abtretenden Gesellschafter zu bezahlen hätte, wozu erforderlichenfalls auch das einbezahlte Stammkapital (und nicht etwa nur ein darüber hinaus vorhandenes Vermögen) herangezogen werden könnte. Dies wird vom Gesetzgeber berechtigterweise verhindert (vgl auch das ausdrückliche Verbot der Rückgewähr einbezahlter Stammeinlagen im § 82 GmbHG). Der deutsche Gesetzgeber (§ 33 dGmbHG) läßt vergleichsweise den Erwerb voll einbezahlter Stammeinlagen durch die Gesellschaft zu, falls der Erwerb aus einem über dem Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen möglich ist, da in diesem Fall die Gefahr einer Verminderung des Stammkapitals nicht gegeben sei. Gegen diesen Standpunkt wird in den ErlBem zum österreichischen GmbHG[6]) ausgeführt, daß sich ein in der Bilanz ausgewiesener Vermögensüberschuß nachträglich uU als gar nicht vorhanden herausstellen kann und somit im Ergebnis dann doch die Kapitalgrundlage, nämlich das einbezahlte Stammkapital, geschwächt wird. Dieser zur Vorsicht tendierende Standpunkt des österreichischen Gesetzgebers bezüglich des entgeltlichen Erwerbes eigener Anteile ist mE – besonders auch aus Gründen der Rechtssicherheit, welcher entgeltliche Erwerb in concreto zulässig wäre und welcher nicht – zu billigen.

Aus dem bisher Gesagten ist zu folgern, daß der **entgeltliche Erwerb** eigener Anteile durch die GmbH vom Verbot des § 81 GmbHG grundsätzlich erfaßt und somit unzulässig ist. Diesbezüglich besteht vollkommene Einigkeit[7]).

2. Unentgeltlicher Erwerb

Auf den unentgeltlichen Erwerb eigener Geschäftsanteile scheinen jedoch die vorstehenden Überlegungen nicht mehr ohne weiteres zuzutreffen. Denn bei einem unentgeltlichen Erwerb eigener Anteile durch die GmbH hat diese an den abtretenden Gesellschafter keinerlei Gegenleistung zu erbringen, weshalb es dadurch auch zu keiner Schwächung der Kapitalgrundlage der GmbH und auch zu keiner verbotenen Rückgewähr von Einlagen kommen kann. Aus diesem Grund betrachtet die wohl hA den unentgeltlichen Erwerb eigener Anteile durch die GmbH als zulässig[8]).

Dem widersprechen jedoch *Weber–Straube*[9]) unter Hinweis auf die ErlBem zum Entwurf des GmbH-Gesetzes. In diesen ErlBem[10]) ist diesbezüglich wörtlich folgendes ausgeführt:

„Überdies – und dies fällt entscheidend ins Gewicht – wird durch jeden Erwerb eines eigenen Geschäftsanteils die Sicherheit vermindert, die den Gläubigern die in § 70 Abs 1 und 2 und § 83 Abs 2 und 3 GmbHG statuierte subsidiäre Kollektivhaftung der Gesellschafter gewährt ..."

---

[3]) Der § 33 dGmbHG lautet wie folgt:

(1) Die Gesellschaft kann eigene Geschäftsanteile, auf welche die Einlagen noch nicht vollständig geleistet sind, nicht erwerben oder als Pfand nehmen.

(2) Eigene Geschäftsanteile, auf welche die Einlagen vollständig geleistet sind, darf sie nur erwerben, sofern der Erwerb aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen geschehen und die Gesellschaft die nach § 272 Abs 4 des Handelsgesetzbuchs vorgeschriebene Rücklage für eigene Anteile bilden kann, ohne das Stammkapital oder eine nach dem Gesellschaftsvertrag zu bildende Rücklage zu mindern, die nicht zu Zahlungen an die Gesellschafter verwandt werden darf. Als Pfand nehmen darf sie solche Geschäftsanteile nur, soweit der Gesamtbetrag, der durch Inpfandnahme eigener Geschäftsanteile gesicherten Forderungen oder, wenn der Wert der als Pfand genommenen Geschäftsanteile niedriger ist, dieser Betrag nicht höher ist als das über das Stammkapital hinaus vorhandene Vermögen. Ein Verstoß gegen die Sätze 1 und 2 macht den Erwerb oder die Inpfandnahme der Geschäftsanteile nicht unwirksam; jedoch ist das schuldrechtliche Geschäft über einen verbotswidrigen Erwerb oder eine verbotswidrige Inpfandnahme nichtig.

[4]) *Reich-Rohrwig,* Das österreichische GmbH-Recht (1983) 623; *Kastner,* Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[4], 324; *R. Doralt* in Kastner–Stoll[2], 58.

[5]) ErlBem zu dem Entwurf eines Gesetzes über Gesellschaften m.b.H. 236 der Beil zu den StenProt des Herrenhauses, XVII. Session 1904, 87 ff.

[6]) Siehe FN 5.

[7]) *Kastner,* Grundriß[4], 324; *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht 623; *Hämmerle–Wünsch,* Handelsrecht[3] II 384 und 442; *R. Doralt* in Kastner–Stoll[2], 58; *Weber–Straube* in Kastner–Stoll[2], 355.

[8]) *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht 623; *R. Doralt* in Kastner–Stoll[2], 58; wohl ebenfalls bejahend *Kastner,* Grundriß[4], 324 und *Feil–Igerz,* Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[3], 189.

[9]) In Kastner–Stoll[2], 355 ff.

[10]) Siehe FN 5.

Diese in den ErlBem angesprochene subsidiäre Kollektivhaftung besteht darin, daß gemäß § 70 Abs 1 und 2 GmbHG die (übrigen) Gesellschafter subsidiär für die Zahlung rückständiger Einlagen haften, welche von dem an sich zahlungspflichtigen Gesellschafter nicht zu erlangen sind. Eine ähnliche Subsidiärhaftung normiert § 83 Abs 2 und 3 GmbHG für den Fall, daß die an einen Gesellschafter zu Unrecht erfolgten Zahlungen weder von diesem noch von den Geschäftsführern zurückzuerhalten sind. In den ErlBem wird also folgendes Problem gesehen: Wenn ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil – sei es auch unentgeltlich – an die GmbH selbst abtritt, so fällt der abtretende Gesellschafter als für die vorgenannten Zahlungen subsidiär Haftender weg, während jedoch der diesbezügliche Haftungsfonds durch das Hinzutreten der GmbH in den Kreis der hiefür Haftenden – jedenfalls aus der hier von den ErlBem angesprochenen Sicht der Gesellschaftsgläubiger – nicht vergrößert wird. Aus dem Blickwinkel der Gesellschaftsgläubiger besteht nämlich der Haftungsfonds für **ihre** Forderungen – etwas unscharf gesprochen – aus dem gesamten vorhandenen Gesellschaftsvermögen und aus den noch nicht geleisteten Einlagen. Wenn nun auch die GmbH mit ihrem Gesellschaftsvermögen für die Zahlung nicht geleisteter Einlagen iSd § 70 Abs 1 und 2 GmbHG subsidiär haftet, so gewinnen die Gesellschaftsgläubiger dadurch nichts, da – wie gesagt – ihnen das Gesellschaftsvermögen ohnedies schon als Haftungsmasse für ihre Forderungen offensteht. Der seinen Anteil an die GmbH abtretende Gesellschafter fällt also als subsidiär Haftender für die von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erhaltende rückständige Stammeinlage **ersatzlos** weg. Würde hingegen der Geschäftsanteil nicht an die GmbH selbst, sondern an eine dritte Person abgetreten, so würde der Kreis der subsidiär Haftenden durch diesen Geschäftsanteilserwerber erhalten; es käme also an Stelle des abtretenden Gesellschafters ein anderes Haftungssubjekt dazu. Gleiches gilt bezüglich der Haftung für zu Unrecht an Gesellschafter erfolgte Zahlungen iSd § 83 Abs 2 und 3 GmbHG.

Dennoch erweisen sich diese Ausführungen in den ErlBem, welche dort sogar als entscheidend bezeichnet werden, bei näherer Betrachtung als nicht tragfähig: Mangels Einschränkung im § 76 GmbHG ist jede – entgeltliche und unentgeltliche – Abtretung und Vererbung eines Geschäftsanteiles auch an einen **Mitgesellschafter** zulässig; dies wurde bisher auch in Lehre und Rechtsprechung nie bestritten[11]). Die Zulässigkeit von Abtretungen an Mitgesellschafter ergibt sich konkludent, aber sehr klar aus § 79 Abs 1 2. Satz GmbHG und wohl auch aus § 75 Abs 2 GmbHG[12]). Jede andere Interpretation vor allem des § 79 Abs 1 2. Satz GmbHG wäre eine den äußerst möglichen Wortsinn überschreitende und somit unzulässige Auslegung contra legem. Nun fällt aber auch in diesem Fall, also bei Erwerb eines Gesellschaftsanteiles durch einen Mitgesellschafter, der abtretende Gesellschafter als subsidiär Haftender weg, während durch den übernehmenden Gesellschafter, welcher bereits vor der Abtretung als Gesellschafter zum Kreis der susidiär Haftenden gehört und bei Haftungsausfall aller anderer gemäß §§ 70 Abs 2 und 83 Abs 3 GmbHG sogar für den ganzen Betrag allein haften würde, kein neues Haftungssubjekt hinzukommt. Würden nun die in den ErlBem zum Ausdruck kommenden Bedenken konsequent weiterverfolgt, so müßte aus diesen Gründen also auch ein solcher Erwerb eines GmbH-Anteiles durch einen **Mitgesellschafter** unzulässig sein. Aus der Sicht der Gesellschaftsgläubiger – diese wird hier von den ErlBem angesprochen – ist es nämlich einerlei, ob ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil an einen bereits vorher subsidiär haftenden Mitgesellschafter abtritt oder ihn unentgeltlich der Gesellschaft selbst überläßt[13]). Wenn also in den ErlBem Bedenken auch gegen den unentgeltlichen Erwerb eigener Anteile durch die GmbH wegen der damit verbundenen Verminderung der subsidiären Kollektivhaftung iSd §§ 70 Abs 1 und 2 und 83 Abs 2 und 3 GmbHG zum Ausdruck gebracht werden, so setzt sich diese Ansicht in Widerspruch zu den Grundlagen jener gesetzlichen Bestimmungen, aus denen die Zulässigkeit des Anteilserwerbes durch Mitgesellschafter klar abzuleiten ist (§§ 79 Abs 1 2. Satz und 75 Abs 2 GmbHG). Wir sehen uns also mit einem Wertungswiderspruch konfrontiert, welcher mE wie folgt zu lösen ist: **Vom Gesetzestext her betrachtet,** also unter Außerachtlassung der ErlBem, läßt § 81 GmbHG beide Interpretationen und somit beide Wertungen zu. Man kann den ganzen § 81 GmbHG in einschränkender Wortauslegung nur auf den **entgeltlichen** Erwerb eigener Anteile oder durch extensive Interpretation auf alle (entgeltlichen und unentgeltlichen) Erwerbe eigener Anteile anwenden. Die ErlBem scheinen den Ausschlag für die letztere Auslegungsvariante zu geben. Demgegenüber geht aber aus dem **Gesetz selbst** die gegenteilige Wertung hervor, indem es nämlich ganz unzweifelhaft den Erwerb von GmbH-Anteilen durch Mitgesellschafter zuläßt. Der im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Erwerbes von Geschäftsanteilen durch Mitgesellschafter zu Tage tretenden Wertung, wonach die mit einem solchen Erwerb verbundene Verminderung der subsidiären Kollektivhaftung keine Berücksichtigung zu finden hat, ist der Vorzug zu geben. Denn diese Wertung kommt **im Gesetz selbst** (vor allem im § 79 Abs 1 2. Satz GmbHG) konkludent, aber sehr klar zum Ausdruck, während die gegenteilige Wertung nur in den ErlBem zum § 81 GmbHG ihren Niederschlag findet. In einem solchen Fall sind die Gesetzesmaterialien, soweit sie zu den im Gesetz selbst klar erkennbaren Wertungen im Widerspruch stehen, für die Auslegung bedeutungslos[14]), dh die Bedenken der ErlBem bezüglich der

[11]) Siehe auch *Kastner,* Grundriß[4], 272 und 316f; *Hämmerle–Wünsch,* Handelsrecht[3] II 384 und 441f; *Kostner,* Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[3], 130 und 135.

[12]) Theoretisch könnte § 75 Abs 2 GmbHG allerdings auch einschränkend in dem Sinne verstanden werden, daß nur die Übernahme einer weiteren Stammeinlage anläßlich einer Kapitalerhöhung gemeint ist. Eine solche Auslegung dürfte jedoch im Hinblick auf § 79 Abs 1 2. Satz GmbHG nicht in Frage kommen.

[13]) Genaugenommen ist für den Gesellschaftsgläubiger die unentgeltliche Übertragung auf die GmbH im Vergleich zur unbestrittenermaßen zulässigen entgeltlichen Abtretung an einen Mitgesellschafter sogar vorteilhafter. Denn bei letzterer wird der Haftungsfonds für die subsidiäre Leistungspflicht nach den §§ 70 und 83 GmbHG, welcher aus dem Vermögen der Gesellschafter besteht, um den aus diesem Vermögen zu bezahlenden Abtretungspreis geschmälert, während dies bei einer unentgeltlichen Überlassung an die GmbH selbst nicht der Fall ist.

[14]) *Koziol–Welser,* Grundriß des bürgerlichen Rechts I[8], 22; *Bydlinski* in Rummel, ABGB, Rdz 21 zu § 6.

Verminderung der subsidiären Kollektivhaftung bei einem unentgeltlichen Erwerb eigener Anteile durch die GmbH sind bei der Interpretation des § 81 GmbHG nicht zu berücksichtigen. Da somit diese Bedenken nicht relevant sind und – wie bereits weiter oben ausgeführt – mit dem unentgeltlichen Erwerb eigener Anteile weder eine verbotene Rückgewähr von Einlagen iSd § 82 GmbHG noch die Gefahr einer Schwächung der Kapitalgrundlage der betreffenden GmbH verbunden sein kann, ist nach dem Normzweck des § 81 GmbHG von der Zulässigkeit des unentgeltlichen Erwerbes eigener Anteile durch die GmbH auszugehen. Allgemeiner gesprochen – dies ist bedeutsam für die noch zu behandelnde Frage der Zulässigkeit des Erwerbes von Anteilen an der Komplementär-GmbH durch die eigene GmbH & Co KG – kann gesagt werden, daß ein Erwerb eines eigenen Anteiles durch eine GmbH dann zulässig ist, wenn es dadurch zu keiner verbotenen Rückgewähr von Einlagen und auch zu keiner Schwächung der Kapitalgrundlage der betreffenden GmbH kommen kann.

Dagegen könnte allerdings eingewendet werden, daß es dem Gesetzgeber offenstehen muß, nur einen Teil jener Rechtsgeschäfte, die die beschriebenen nachteiligen Folgen (Verminderung der subsidiären Kollektivhaftung) zeitigen, zu verbieten, um ein **Ausufern** dieser Fälle zu verhindern. Allerdings schlägt auch dieses Argument nicht durch, da die unentgeltlichen Erwerbe eigener Anteile eine verschwindend kleine Anzahl darstellen im Verhältnis zu den zweifelsfrei zulässigen (entgeltlichen und unentgeltlichen) Abtretungen von GmbH-Anteilen an Mitgesellschafter.

Vergleichsweise ist auch der unentgeltliche Erwerb eigener Aktien durch eine AG möglich und zulässig (§ 65 Abs 1 Z 1 AktG). Dagegen könnte jedoch argumentiert werden, daß die aktienrechtliche Situation mit jener des GmbH-Gesetzes nicht unbedingt vergleichbar ist, da insbesondere eine subsidiäre Kollektivhaftung der Aktionäre iSd §§ 70 Abs 1 und 2 und 83 Abs 2 und 3 GmbHG nicht besteht. Da jedoch, wie in dieser Arbeit darzulegen versucht wurde, dieser subsidiären Kollektivhaftung bei der Beurteilung der Frage, ob ein Erwerb eigener Anteile durch eine GmbH zulässig ist, keine Bedeutung zukommt, sind also die beiden Sachverhalte aus dem GmbH-Recht und aus dem Aktienrecht doch miteinander vergleichbar, wie überhaupt eine zunehmende Angleichung des GmbH-Rechtes an jenes der AG festzustellen ist[15]). ME kann daher das bisherige Ergebnis dieser Arbeit durch einen Analogieschluß aus dem Aktienrecht unterstützt und bestätigt werden.

Diese Ansicht, wonach die Zulässigkeit des unentgeltlichen (konkreter gesprochen: des die Kapitalgrundlage der GmbH nicht schwächenden) Erwerbes eigener Anteile durch die GmbH bejaht wird, bedarf jedoch in dreierlei Hinsicht (a, b und c) der Einschränkung bzw Konkretisierung:

a) *R. Doralt*[16]) erachtet den unentgeltlichen Erwerb eigener Anteile durch die GmbH nur dann als zulässig, wenn der zu erwerbende Anteil voll einbezahlt ist. Dem ist beizupflichten, da bei Einforderung einer auf den eigenen Anteil der GmbH noch nicht geleisteten Einzahlung diese von der Gesellschaft selbst geleistet werden müßte. Dabei könnte dann der Fall eintreten, daß die GmbH das bereits einbezahlte Stammkapital dazu verwendet, den noch ausständigen Betrag auf die Stammeinlage „formell" einzubezahlen. Selbstverständlich wäre dies unzulässig, da in diesem Falle in Wirklichkeit nicht das gesamte Stammkapital aufgebracht und der Gesellschaft „von außen" zugeführt würde[17]). Dem allfälligen Einwand, daß dieser geschilderte unzulässige Zustand dann nicht einträte, wenn die GmbH den noch ausständigen Teil der Stammeinlage aus dem über dem einbezahlten Stammkapital vorhandenen Vermögen leistet, ist folgendes entgegenzuhalten:

aa) Im Zeitpunkt des Erwerbes des eigenen Anteiles kann nicht abgeschätzt werden, ob bei der künftigen Einforderung des restlichen Stammkapitals – der diesbezügliche Zeitpunkt ist meist ungewiß – tatsächlich außer dem einbezahlten Stammkapital noch weiteres Vermögen vorhanden ist.

bb) Zum anderen sind auch hier die – im Zusammenhang mit dem entgeltlichen Erwerb eigener Anteile – in den ErlBem[18]) ausgesprochenen Bedenken zu respektieren, daß sich ein solcher angenommener Vermögensüberschuß nachträglich als gar nicht vorhanden herausstellen kann.

b) Gemäß § 70 Abs 1 und 2 GmbHG haften, wie erwähnt, die Gesellschafter subsidiär für die Zahlung rückständiger Einlagen, welche von dem an sich zahlungspflichtigen Gesellschafter nicht zu erhalten sind. Eine ähnliche Subsidiärhaftung der übrigen Gesellschafter normiert § 83 Abs 2 und 3 GmbHG für den Fall, daß zu Unrecht erfolgte Zahlungen an einen Gesellschafter weder von diesem noch von den Geschäftsführern zurückzuerhalten sind. Diese Subsidiärhaftungen dürfen jedoch nicht eine GmbH treffen, welche einen eigenen Anteil besitzt[19]). Insoweit nämlich auf Grund einer solchen Haftung die GmbH in Anspruch genom-

---

[15]) *Kastner*, Grundriß[4], 334.

[16]) In Kastner – Stoll[2], 58.

[17]) Bezüglich des Erfordernisses, daß das Stammkapital der Gesellschaft „effektiv" von außen zufließen muß: *G. Hueck* in Baumbach – Hueck, Kommentar zum dGmbHG[15] (1988) Einleitung Anm 20; *Rittner* in Rowedder, Kommentar zum dGmbHG (1985) § 5 Anm 2; *Roth*, Kommentar zum dGmbHG (1983) Einleitung Anm 3.2.1.; *Fischer – Lutter*, Kommentar zum dGmbHG[11] § 19 Anm 1.

[18]) Siehe FN 5.

[19]) Wohl ebenfalls in diesem Sinne *Gellis – Feil*, GmbH-Gesetz[2], 426.

Für den Bereich des deutschen GmbH-Rechtes werden diesbezüglich folgende Meinungen vertreten:

a) ebenso wie hier, daß also die GmbH keine Subsidiärhaftung bezüglich des eigenen Anteiles trifft: *G. Hueck* in Baumbach – Hueck, GmbHG[15] § 24 Anm 7; *Fischer*, Kommentar zum dGmbHG[10] § 24 Anm 3; *Fischer – Lutter*, GmbH[11] § 24 Anm 5.

b) AA *Roth*, GmbHG § 24 Anm 3.1.; *Winter* in Scholz, Kommentar zum dGmbHG[6] § 24 Anm 8; *Feine*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1929) 334: Diese zu b) angeführten Autoren vertreten die Ansicht, daß die GmbH insoweit haftet, als freies Vermögen vorhanden ist und die Deckung des Stammkapitals dadurch also nicht berührt wird. Diese Meinung kann allenfalls für den Bereich des dGmbHG vertreten werden, da dort in diesem Umfang auch der entgeltliche Erwerb eigener Anteile zulässig ist (§ 33 dGmbHG). Da in Österreich jedoch der entgeltliche Erwerb eigener Anteile auch unter dieser Voraussetzung (also auch bei ausschließlicher Aufbringung des Abtretungspreises aus freiem Vermögen der GmbH) unzulässig ist, wird diese Meinung für den Bereich des öGmbHG nicht vertretbar sein.

men würde, träten dieselben Probleme auf, wie beim unentgeltlichen Erwerb eines eigenen, nicht voll einbezahlten Anteiles: Es wäre möglich, daß die GmbH zur Erfüllung dieser Ansprüche das einbezahlte Stammkapital heranzieht, was natürlich aus den bereits geschilderten Gründen unzulässig wäre.

Gemäß §§ 71 und 83 Abs 4 GmbHG sind diese Bestimmungen über die subsidiäre Haftung der übrigen Gesellschafter zwar zwingend und somit nicht abdingbar. Die diesbezügliche „Haftungsbefreiung" der einen eigenen Geschäftsanteil besitzenden GmbH, welcher hier das Wort geredet wird, stellt jedoch nur einen **scheinbaren** Verstoß gegen die §§ 71 und 83 Abs 4 GmbHG dar. Diese Gesetzesstellen sind Schutzbestimmungen für die Gesellschaftsgläubiger. Sie sollen verhindern, daß ein Haftender bzw eine Haftungsmasse durch Vereinbarung unter den Gesellschaftern den Gläubigern entzogen werden kann. Wenn nun die Haftung der einen eigenen Anteil besitzenden GmbH nach den §§ 70 Abs 1 und 2 und 83 Abs 2 und 3 GmbHG verneint wird, so ist dies nicht gegen die Gesellschaftsgläubiger gerichtet, sondern im Gegenteil zu deren Schutz: Die Haftung für rückständige Einlagen und für zu Unrecht erfolgte Zahlungen geht nämlich in diesem Falle, also bei „Haftungsfreistellung" der GmbH, gemäß §§ 70 Abs 2 und 83 Abs 3 GmbHG auf die übrigen Gesellschafter über, deren Haftung wird also größer, während das gesamte Vermögen der GmbH als Haftungsmasse den Gesellschaftsgläubigern ohnedies erhalten bleibt. Eine solche „Haftungsfreistellung" der GmbH hat somit nur zur Folge, daß sich die übrigen Gesellschafter nicht darauf berufen können, daß ein Teil dieser Zahlungen, für die sie subsidiär haften, von der GmbH selbst geleistet wurde oder zu leisten ist. Dies bewirkt also nur eine Besserstellung für die Gesellschaftsgläubiger, welchen – wie erwähnt – als Haftungsmasse das gesamte vorhandene Gesellschaftsvermögen und zusätzlich die noch nicht bezahlten Stammeinlagen, für deren Aufbringung jedoch die GmbH mit ihrem Vermögen nicht mithaftet, verbleiben. Also kann hierin kein Verstoß gegen den Sinn der §§ 71 und 83 Abs 4 GmbHG gesehen werden.

Es könnte eingewendet werden, daß es inkonsequent sei, beim unentgeltlichen Erwerb eines eigenen Geschäftsanteiles, dessen Stammeinlage nicht voll einbezahlt ist, nicht auch diesen Weg zu gehen, ihn also für zulässig zu erklären und die Einforderung der restlichen Stammeinlage des eigenen Geschäftsanteiles auf die übrigen Gesellschafter (§ 70 Abs 1 und 2 GmbHG) zu verteilen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß zwischen diesen beiden Fällen doch ein qualitativer Unterschied besteht: Beim Erwerb eines eigenen, nicht voll einbezahlten Anteiles durch die GmbH steht von vornherein fest, daß ein Teil einer Stammeinlage nicht vom betreffenden Gesellschafter (in diesem Falle von der GmbH), sondern von den übrigen Gesellschaftern aufgebracht werden muß (vgl § 63 Abs 3 GmbHG) und somit eine **Primär**haftung auf andere überwälzt wird. Demgegenüber ist die Geltendmachung der Haftung gemäß §§ 70 Abs 1 und 2 und 83 Abs 2 und 3 GmbHG die seltene Ausnahme; zudem wird dabei die Haftung für eine Zahlungsverpflichtung anderer (**Subsidiär**haftung) auf die übrigen Gesellschafter überwälzt. Dies alles rechtfertigt mE eine unterschiedliche Behandlung (vergleichsweise verbietet selbst der an sich freizügiger gefaßte § 33 dGmbHG – offenbar aus den gleichen Gründen – jeden Erwerb eigener, nicht voll einbezahlter Geschäftsanteile).

c) Aus den ErlBem geht weiters hervor, daß eine GmbH, die zugleich ihr eigener Gesellschafter ist, eine „juristisch widersinnige Erscheinung" sei. Dies dürfte so zu verstehen sein, daß die Organisationsstruktur der GmbH durch den Erwerb eigener Anteile zerstört werden könnte. Es wird daher auch bei der GmbH, ebenso wie bei der AG (vgl § 65 Abs 5 AktG), zumindest das Stimmrecht aus eigenen Anteilen ruhen[20]). Würde eine GmbH ihre sämtlichen Anteile selbst erwerben, so könnte in der Generalversammlung kein Beschluß mehr gefaßt werden. Unter diesem Gesichtspunkt ist daher zu fordern, daß der unentgeltliche Erwerb eigener Anteile durch die GmbH nur zulässig ist, soweit die GmbH dadurch nicht sämtliche Anteile erwirbt, dh es muß neben der GmbH mindestens noch eine weitere, von der GmbH verschiedene Person Gesellschafterin der GmbH sein[21]).

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, daß das entscheidende Kriterium für die Zulässigkeit des Erwerbes eines eigenen Anteiles durch eine GmbH darin besteht, daß die Möglichkeit ausgeschlossen sein muß, daß es dadurch zu einer verbotenen Rückgewähr von Einlagen iSd § 82 GmbHG bzw zu einer Schwächung der Kapitalgrundlage der betreffenden GmbH kommt. Als weitere Voraussetzung ist zu fordern, daß die Einlage auf den zu erwerbenden eigenen Anteil voll geleistet ist und die betreffende GmbH durch den Erwerbsvorgang nicht alleinige Gesellschafterin der eigenen Gesellschaft wird.

3. Kapitalerhöhung und eigener Geschäftsanteil

Kann eine GmbH, die einen eigenen Geschäftsanteil besitzt, mit diesem an einer Kapitalerhöhung teilnehmen? Dabei ist zu unterscheiden:

a) Die Teilnahme an einer effektiven Kapitalerhöhung iSd §§ 52 ff GmbHG ist unzulässig[22]). Ich sehe hier zwar – im Unterschied zu *Reich-Rohrwig*[23]) – weniger ein Problem des § 81 GmbH-Gesetz, da die GmbH zwar auf die übernommene Kapitalerhöhung eine Einlage zu leisten hat, diese jedoch nicht einer dritten Person, sondern der GmbH selbst zugute kommt. Insoweit kommt es also nicht zu einer Schwächung der Kapitalgrundlage, weshalb in diesem Zusammenhang mE auch nicht von einer verbotenen Rückgewähr von Einlagen gesprochen werden kann. Die Unzulässigkeit gründet nach meiner Ansicht jedoch darin, daß auf die von der GmbH übernommene Kapitalerhöhung in Wirklichkeit keine Einlage geleistet wird, da das Geleistete bereits aus der GmbH kommt. Bei der effektiven Kapitalerhöhung muß – im Unterschied zur Kapitalberichtigung

[20]) *Gellis–Feil,* GmbH-Gesetz², 426; *R. Doralt* in Kastner–Stoll², 58; *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht 623; *G. Hueck* in Baumbach–Hueck, GmbHG¹⁵ § 33 Anm 19.

[21]) *Kastner,* Grundriß⁴, 324; *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht 623; *R. Doralt* in Kastner–Stoll², 58.

[22]) *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht 471; *Gellis–Feil,* GmbH-Gesetz², 426; *G. Hueck* in Baumbach–Hueck, GmbHG¹⁵ § 33 Anm 4; *Ulmer* in Hachenburg, Großkommentar zum dGmbHG⁷ § 55 Anm 38.

[23]) GmbH-Recht 471.

nach dem KapBG – der GmbH aber neues Kapital von außen zugeführt werden[24]). Daraus ist zu folgern, daß die Teilnahme der GmbH mit einem eigenen Geschäftsanteil an einer effektiven Kapitalerhöhung unzulässig ist.

b) Die Teilnahme mit einem eigenen Geschäftsanteil an einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (Kapitalberichtigung) ist jedoch zulässig, was *Reich-Rohrwig*[25]) überzeugend nachgewiesen hat[26]). Zum einen bestehen hier nicht die zu a) geschilderten Probleme, da bei der Kapitalberichtigung kein neues Kapital von außen zugeführt wird, sondern bereits in der GmbH befindliches Kapital (offene Rücklagen und Gewinnvorträge, siehe § 2 Abs 3 KapBG) in Stammkapital „umgewandelt" wird. Zum anderen erfolgt auch in diesem Falle keine Schwächung der Kapitalgrundlage durch Rückgewähr von Einlagen, sondern es wird im Gegenteil zusätzliches Kapital in der GmbH gebunden. Bezüglich der weiteren, diese Ansicht rechtfertigenden Gründe sei auf *Reich-Rohrwig*[27]) verwiesen.

III. Erwerb von Anteilen durch eine GmbH & Co KG an der eigenen Komplementär-GmbH

1. Allgemeines

a) Einleitung

Bei den nachfolgenden Ausführungen geht es um die Frage, ob eine GmbH & Co KG Geschäftsanteile an ihrer **eigenen** Komplementär-GmbH rechtsgültig erwerben kann.

Wenn nun – die Zulässigkeit vorausgesetzt – eine GmbH & Co KG einen Geschäftsanteil an der eigenen Komplementär-GmbH erwirbt, so gehört dieser Geschäftsanteil zum Gesellschaftsvermögen der GmbH & Co KG. Nach ganz herrschender Ansicht steht das Gesellschaftsvermögen einer Personengesellschaft, insbesondere also auch einer GmbH & Co KG, im Gesamthandeigentum der Gesellschafter[28]). Somit steht auch der Komplementär-GmbH als Gesellschafterin der GmbH & Co KG gesamthänderisches Miteigentum am Vermögen der GmbH & Co KG zu. Wenn nun der von der GmbH & Co KG erworbene Geschäftsanteil der eigenen Komplementär-GmbH zum Gesellschaftsvermögen der GmbH & Co KG gehört und an diesem Vermögen die Komplementär-GmbH auch gesamthänderisches Miteigentum hat, so ergibt sich daraus, daß die Komplementär-GmbH in diesem Fall mittelbar einen eigenen Anteil besitzt[29]). Ein – freilich häufig vorkommender – Sonderfall mag dann vorliegen, wenn die Komplementär-GmbH reine Arbeitsgesellschafterin der GmbH & Co KG und somit an deren Vermögen nicht beteiligt ist. Abgesehen davon, daß *Weber-Straube*[30]) selbst in diesem Fall im Hinblick auf das **gesamthänderische** Miteigentum von einem mittelbaren eigenen Anteilserwerb bzw -besitz ausgehen, interessiert dieser Unterschied bei unserer Fragestellung an sich nicht, da nicht der (mittelbare und unmittelbare) Besitz eines eigenen Anteiles als solcher unzulässig ist, sondern entscheidend ist vielmehr der Umstand, ob es durch den Erwerb des Anteiles an der Komplementär-GmbH durch die GmbH & Co KG zu einer verbotenen Rückgewähr von Einlagen bzw zu einer Schwächung der Kapitalgrundlage der Komplementär-GmbH kommen kann. Bedeutsam für unsere Frage ist deshalb vor allem die Tatsache, daß die Komplementär-GmbH für Verbindlichkeiten der GmbH & Co KG als Gesamtschuldnerin persönlich mithaftet (§ 161 HGB iVm § 128 HGB)[31]), wobei es diesbezüglich keinen Unterschied macht, ob die Komplementär-GmbH reine Arbeitsgesellschafterin oder auch am Vermögen der GmbH & Co KG mitbeteiligt ist.

b) Entgeltlicher Erwerb

Bei einem entgeltlichen Erwerb eines Geschäftsanteiles an der eigenen Komplementär-GmbH durch die GmbH & Co KG haftet somit neben der GmbH & Co KG auch die Komplementär-GmbH solidarisch für die für den Anteilserwerb zu erbringende Gegenleistung. Es zeigt sich daher, daß die Komplementär-GmbH solcherart für den von der GmbH & Co KG zu leistenden Abtretungspreis in Anspruch genommen und dadurch ihre Kapitalgrundlage geschwächt werden kann. Der Leistungsempfänger wäre der abtretende GmbH-Gesellschafter; es könnte somit auf diesem Wege zu einer verbotenen Rückgewähr von Einlagen kommen (§ 82 GmbHG). Nach dem Normzweck schlägt also das Verbot des § 81 GmbHG auf die GmbH & Co KG durch; der entgeltliche Erwerb eines Geschäftsanteiles an der Komplementär-GmbH durch die eigene GmbH & Co KG ist daher grundsätzlich unzulässig, und zwar auch dann, wenn die Komplementär-GmbH reine Arbeitsgesellschafterin ist.

c) Unentgeltlicher Erwerb

Wie im Punkt II.2. dieser Arbeit nachzuweisen versucht wurde, ist ein Erwerb eines eigenen Anteiles durch eine GmbH bei teleologischer Interpretation des § 81 GmbHG zulässig, wenn es dadurch weder zu einer verbotenen Rückgewähr von Einlagen noch zu einer Schwächung der Kapitalgrundlage der betreffenden

[24]) *Hämmerle-Wünsch,* Handelsrecht[3] II 454; *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht 469; OLG Innsbruck 15. 2. 1988, 3 R 27/88 in NZ 1988, 261 (262); *G. Hueck* in Baumbach-Hueck, GmbHG[15] § 55 Anm 29, § 19 Anm 1 und Einleitung Anm 20; im übrigen siehe auch FN 17.

[25]) GmbH-Recht 471 ff.

[26]) Ebenso *G. Hueck* in Baumbach-Hueck, GmbHG[15] § 33 Anm 4; *Ulmer* in Hachenburg, GmbHG[7] § 55 Anm 38.

[27]) GmbH-Recht 472 f.

[28]) *Kastner,* Grundriß[4], 119 und 135; *Koppensteiner* in Straube, § 161 HGB Anm 4; OGH HS 9162 uva; neuerdings jedoch aA *Karsten Schmidt,* Der Partnerschaftsgesetzentwurf: Chance für eine überfällige Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, JBl 1988, 745 (746 f): *Karsten Schmidt* geht dabei davon aus, daß die Gesellschaft selbst Rechtsträgerin ihres Vermögens ist.

[29]) *R. Doralt* in Kastner-Stoll[2], 57 f; *Weber-Straube* in Kastner-Stoll[2], 354 ff; *Kastner,* Grundriß[4], 135; *G. Hueck* in Baumbach-Hueck, GmbHG[15] § 33 Anm 15; *Westermann* in Scholz, Kommentar zum dGmbHG[7] § 33 Anm 14.

[30]) In Kastner-Stoll[2], 359 unter Hinweis auf *Schlegelberger-Gessler,* § 105 HGB Anm 34 und *Fischer* in Großk[3] § 105 HGB Anm 37.

[31]) *Kastner,* Grundriß[4], 93; *Koppensteiner* in Straube, § 128 HGB Anm 1.

GmbH kommen kann; weitere Voraussetzung ist, daß die Einlage auf den betreffenden Anteil voll geleistet ist und die GmbH nicht Alleingesellschafterin der eigenen Gesellschaft wird. Wenn dies schon für den **unmittelbaren** Erwerb eines eigenen Anteiles durch eine GmbH gilt, so muß es umsomehr für den **mittelbaren** Erwerb eines eigenen Anteiles gelten, also dann, wenn eine GmbH & Co KG einen voll einbezahlten Anteil an der eigenen Komplementär-GmbH unentgeltlich erwirbt und sie nicht Alleingesellschafterin der Komplementär-GmbH wird. Ein solcher Erwerb ist somit wegen der Unmöglichkeit einer damit verbundenen verbotenen Rückgewähr von Einlagen bzw. Kapitalschwächung der Komplementär-GmbH zulässig. Gültig ist jedoch noch ein weiterer mittelbarer Erwerb eines eigenen Anteiles:

d) Entgeltlicher Erwerb eines im Besitz der Komplementär-GmbH befindlichen eigenen Anteiles durch die GmbH & Co KG

Wir nehmen an, die Komplementär-GmbH besitzt – beispielsweise einen im Schenkungswege gültigerweise erworbenen – eigenen Anteil, welcher nunmehr von der GmbH & Co KG, an welcher diese GmbH als Komplementärin beteiligt ist, auf entgeltliche Art erworben werden soll. In diesem Fall ist der Abtretungspreis nicht einem Gesellschafter der Komplementär-GmbH, sondern der Komplementär-GmbH **selbst** zu leisten. Auch wenn und soweit die GmbH als Komplementärin der GmbH & Co KG für den Abtretungspreis solidarisch mithaftet, so ist sie selbst Leistungsempfängerin. Es kann also auf diesem Weg weder zu einer Kapitalschwächung der Komplementär-GmbH noch zu einer nach § 82 GmbHG verbotenen Rückgewähr von Einlagen kommen. Daraus ist zu folgern, daß ein solcher Erwerb nicht gegen den Sinn des § 81 GmbHG verstößt und daher zulässig ist.

e) Schlußfolgerung

Es ist also festzuhalten, daß die Ausführungen im Punkt II dieses Aufsatzes über den Geltungsbereich der Verbotsnorm des § 81 GmbHG im Bereich der GmbH im Hinblick auf die gleiche Sach- und Interessenslage sinngemäß auch für den Erwerb von Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH durch die GmbH & Co KG gelten. Demnach ist auch hier zu unterscheiden einerseits zwischen einem Erwerb, der zu einer verbotenen Rückgewähr von Einlagen iSd § 82 GmbHG und einer damit einhergehenden Kapitalschwächung der Komplementär-GmbH führen kann und somit unzulässig ist, und andererseits einem Erwerb, bei dem dies nicht der Fall sein kann und daher zulässig ist[32]) (wenn die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, daß nämlich die Einlage auf den betreffenden Anteil voll geleistet ist und die GmbH & Co KG nicht Alleingesellschafterin der Komplementär-GmbH wird).

[32]) *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht 623; *Kastner,* Grundriß[4], 135; *R. Doralt* in Kastner-Stoll[2], 58; aA *Weber-Straube* in Kastner-Stoll[2], 354ff; *Koppensteiner* in Straube, § 161 HGB Anm 14, welcher ohne Differenzierung von der Unzulässigkeit des Erwerbes eines Geschäftsanteiles an der Komplementär-GmbH durch die eigene GmbH & Co KG ausgeht, allerdings auf *Kastner* (Grundriß[4], 135) verweist, der eine differenzierende Haltung einnimmt.

2. Betriebseinbringung gegen Erwerb von GmbH-Anteilen

Nähere Betrachtung verdient der in der Einleitung geschilderte Sachverhalt: Bei einer Komplementär-GmbH wird das Kapital erhöht. Die Kapitalerhöhung wird von der GmbH & Co KG, an welcher die GmbH als Komplementärin beteiligt ist, übernommen; die GmbH & Co KG bringt auf die übernommene Stammeinlage aus ihrem Vermögen einen Teilbetrieb in die eigene Komplementär-GmbH ein. Die Komplementär-GmbH ist als Miteigentümerin zu 2% am Vermögen der GmbH & Co KG und somit auch am einzubringenden Teilbetrieb beteiligt[33]).

Die Einbringung eines Teilbetriebes[34]) in eine GmbH gegen Erhalt eines Geschäftsanteiles an dieser GmbH ist zwar grundsätzlich ein entgeltlicher Geschäftsanteilserwerb, da die Einbringung des Teilbetriebes einerseits und der Erwerb des Geschäftsanteiles andererseits ein Leistungsaustauschverhältnis darstellen. Dennoch ist der soeben geschilderte Fall besonders gelagert. Die Gegenleistung für den Geschäftsanteilserwerb ist nämlich die Einbringung eines Teilbetriebes der GmbH & Co KG. Dieser Teilbetrieb geht jedoch nicht ins Eigentum abtretender GmbH-Gesellschafter über! Er wird zwar aus dem Vermögen der GmbH & Co KG ausgeschieden, allerdings wird er auf die Komplementär-GmbH **selbst** übertragen, wodurch es daher zu keiner verbotenen Rückgewähr von Einlagen und auch zu keiner Schwächung, sondern vielmehr zu einer Stärkung der Kapitalgrundlage der GmbH kommt. Denn immerhin ist die Komplementär-GmbH nach der Einbringung Alleineigentümerin des Teilbetriebes, während

[33]) Art III § 8 Abs 1 lit b StruktVG ist noch kein sicherer Beweis für die Zulässigkeit dieses Vorganges. Das Gesetz geht hier zwar davon aus, daß die aufnehmende Kapitalgesellschaft an der einbringenden Gesellschaft beteiligt ist, aber – und das ist ein Unterschied zu dem in dieser Arbeit untersuchten Fall – im Zuge der Einbringung gibt die aufnehmende Gesellschaft ihren Anteil an der einbringenden Gesellschaft auf, sodaß dann auch kein mittelbarer eigener Anteil mehr existiert und darüber hinaus – wie in dem in diesem Aufsatz untersuchten Fall – keine verbotene Rückgewähr von Einlagen und auch keine Kapitalschwächung erfolgen kann. Die Frage der Unzulässigkeit kann sich hier also gar nicht stellen.

[34]) In der vorliegenden Arbeit ist nur die Einbringung eines Teilbetriebes von Interesse. Wird nämlich der **gesamte** Betrieb der GmbH & Co KG in die Komplementär-GmbH eingebracht, so hat dies zur Folge, daß sich die GmbH & Co KG ex lege in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts verwandelt bzw aufgelöst wird, da die GmbH & Co KG durch das Halten eines Gesellschaftsanteiles allein kein Handelsgewerbe iSd § 1 HGB mehr ausübt (*Straube* in Straube, § 1 HGB Anm 29; *Koppensteiner* in Straube, § 161 HGB Anm 3, welcher auf *Torgler-Kucsko* in Straube, § 105 HGB Anm 14ff [18], verweist; *Kastner,* Grundriß[4], 46; *Helbich,* Umgründungen[3], 341). Nachdem eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine Rechte und somit auch keine Gesellschaftsbeteiligungen erwerben kann (*Kastner,* Grundriß[4], 49 und 64), können die im Zuge der Betriebseinbringung auszugebenden neuen Gesellschaftsrechte der Kapitalgesellschaft nur von den Gesellschaftern der (vormaligen) GmbH & Co KG persönlich übernommen werden. Die Komplementär-GmbH selbst darf jedoch in diesem Zuge für ihren Miteigentumsanteil am eingebrachten Betrieb keine eigenen Anteile übernehmen (siehe FN 35). Dies hat zur Folge, daß hier das Problem des eigenen Anteilserwerbes nicht besteht, zumal es auch hier zu keiner die Kapitalgrundlage der GmbH schwächenden verbotenen Rückgewähr von Einlagen kommt.

sie vorher entweder nur Miteigentümerin[35]) oder als Arbeitsgesellschafterin am Vermögen und somit am Teilbetrieb überhaupt nicht beteiligt war. Die von der Komplementär-GmbH zu erbringende Leistung besteht lediglich in der Überlassung einer durch die Kapitalerhöhung neu entstehender Stammeinlage an die einbringende GmbH & Co KG, was natürlich auch zu keiner Kapitalschwächung der GmbH führt. In diesem Fall wird somit die Position der Gläubiger der Komplementär-GmbH nicht nur nicht verschlechtert – dies will § 81 GmbHG erreichen –, sondern sogar verbessert!

Der im geschilderten Fall der Teilbetriebseinbringung erfolgte Anteilserwerb ist somit, obwohl er grundsätzlich als entgeltliches Rechtsgeschäft zu beurteilen ist, gültig und verstößt nicht gegen § 81 GmbHG[36]). Denn entscheidend ist, daß es in diesem Falle weder zu einer verbotenen Rückgewähr von Einlagen iSd § 82 GmbHG noch zu einer Schwächung der Kapitalgrundlage der Komplementär-GmbH kommen kann. Dies gilt sowohl dann, wenn die Komplementär-GmbH am Vermögen der GmbH & Co KG und somit auch am einzubringenden Teilbetrieb beteiligt ist (bezüglich der Berücksichtigung dieses Umstandes bei der Bewertung des einzubringenden Teilbetriebes siehe FN 35), als auch – umsomehr – in jenen Fällen, wo die Komplementär-GmbH reine Arbeitsgesellschafterin ist[37]). Unzulässig wäre dieser Erwerb jedoch dann, wenn die GmbH & Co KG alleinige Gesellschafterin der Komplementär-GmbH würde (siehe die Ausführungen im Punkt II.2. dieses Aufsatzes).

IV. Zusammenfassung

1. Das im § 81 GmbHG enthaltene Verbot des Erwerbes eigener Geschäftsanteile gilt uneingeschränkt nur für den **entgeltlichen** Erwerb eigener Anteile, welcher geeignet ist, die Kapitalgrundlage der GmbH zu schwächen.

2. Grundsätzlich zulässig ist – neben der schon in der Verbotsnorm des § 81 GmbHG normierten Ausnahme – der Erwerb eigener Anteile dann, wenn die drei nachfolgend angeführten Voraussetzungen (a, b und c) erfüllt sind:

a) Es muß die Möglichkeit ausgeschlossen sein, daß es auf Grund eines solchen Erwerbes zu einer verbotenen Rückgewähr von Einlagen iSd § 82 GmbHG oder zu einer Kapitalschwächung der betreffenden GmbH kommt; diese Voraussetzung ist jedenfalls bei einem unentgeltlichen Erwerb erfüllt.

b) Die Einlage auf den zu erwerbenden eigenen Anteil muß bereits zur Gänze geleistet sein.

c) Durch einen solchen Erwerb darf es nicht dazu kommen, daß die GmbH **sämtliche** Geschäftsanteile an der eigenen Gesellschaft besitzt.

3. Eine GmbH kann mit ihrem eigenen Geschäftsanteil an einer effektiven Kapitalerhöhung (§§ 52 ff GmbHG) nicht teilnehmen, während jedoch die Teilnahme mit dem eigenen Geschäftsanteil an einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (Kapitalberichtigung) zulässig ist.

4. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn eine GmbH & Co KG Anteile an der eigenen Komplementär-GmbH erwirbt. Ein unentgeltlicher Erwerb ist daher zulässig, sofern die weiteren, in dieser Zusammenfassung zu 2. b) und c) angeführten Voraussetzungen erfüllt sind, während ein entgeltlicher Erwerb grundsätzlich unzulässig ist (siehe jedoch den folgenden Punkt 5.).

5. Wird die bei einer Komplementär-GmbH beschlossene Kapitalerhöhung von jener GmbH & Co KG, an welcher diese GmbH als Komplementärin beteiligt ist, übernommen und bringt die GmbH & Co KG aus ihrem Vermögen einen Teilbetrieb auf die dadurch neugeschaffene Stammeinlage in die Komplementär-GmbH ein, so ist dieser Erwerb von Geschäftsanteilen an der eigenen Komplementär-GmbH durch die GmbH & Co KG zulässig, sofern die GmbH & Co KG nicht Alleingesellschafterin der Komplementär-GmbH wird.

[35]) Bei der Bewertung des Teilbetriebes anläßlich der Einbringung ist dieser Umstand zu berücksichtigen, dh der Miteigentumsanteil der Komplementär-GmbH am einzubringenden Teilbetrieb darf nicht bewertet werden, da insoweit ja keine „Einbringung" in die GmbH erfolgt. In diesem Umfang können also neue Gesellschaftsrechte der Komplementär-GmbH nicht ausgegeben werden (*Helbich*, Umgründungen², 255).

[36]) Ebenso *Helbich*, Umgründungen³, 418.

[37]) Es kann daher dahingestellt bleiben, ob – wie *Weber-Straube* meinen (siehe FN 30) – der als reiner Arbeitsgesellschafterin beteiligten Komplementär-GmbH ebenfalls eine Art gesamthänderisches Miteigentumsrecht am Vermögen der GmbH & Co KG zusteht oder nicht. Denn die Zulässigkeit dieses Anteilserwerbes ist, wie im Text ausgeführt wurde, auch dann zu bejahen, wenn die Komplementär-GmbH am Vermögen der GmbH & Co KG beteiligt ist.

Rechtsprechung

§ 3 Abs 2 lit a Tir GVG 1983, LGBl 1983/69; Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG 1920 – *Ausländergrundverkehr: Die Regelung des Rechtserwerbs von Todes wegen ist nicht Landessache*

Nur der Rechtserwerb unter Lebenden ist dem Tatbestand „Ausländergrundverkehr" zu unterstellen.

Der Landesgesetzgeber überschreitet den in Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG gesteckten Rahmen des Ausnahmetatbestandes, wenn er den Erwerb von Todes wegen für genehmigungspflichtig erklärt.

VfGH 30. 6. 1988, G 241, 242, 243, 244, 245, 246/87, G 250/87

Der zweite Halbsatz in § 3 Abs 2 lit a des Grundverkehrsgesetzes 1983, LGBl für Tirol 1983/69, lautend „bei Rechtsnachfolgern, die dem Personenkreis nach § 1 Abs 1 Z 2 angehören, jedoch nur dann, wenn die