Christian Fritz

PRAXISHANDBUCH

Die Kommandit-gesellschaft

Sonderform: GmbH & Co KG

Gestaltungsformen & Rechtsfolgen
Band 2

dbv

Autor:

Prof. Prof. (FH) Mag. Dr. **Christian Fritz** *LL.M. LL.M. MBA, MLS* ist geschäftsführender Gesellschafter der Kanzlei Fritz sowie der Siess Fritz & Partner Steuerberatung in Innsbruck. Christian Fritz ist allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger, Mediator und Verfasser von über 60 Fachbüchern zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. Er ist an der Universität Innsbruck sowie mehreren Fachhochschulen als Lehrbeauftragter tätig.

2. Auflage, März 2023

ISBN: 978-3-7041-0817-3 (Print)
978-3-7041-2169-1 (E-Book)

dbv-Verlag – Fachverlag für Steuer- und Wirtschaftsrecht
8010 Graz, Geidorfgürtel 24, Tel (0316) 38 30 33; Fax (0316) 38 30 43
www.dbv.at, E-Mail: office@dbv.at

Copyright © 2023 by dbv-Verlag Graz
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sind vorbehalten.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit wird auf die geschlechtsspezifische Differenzierung, wie zB Gesellschafter/in, verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für beide Geschlechter.

Alle Angaben in diesem Buch erfolgen ohne Gewähr, eine Haftung des Autors und des Verlages ist ausgeschlossen.

Herstellung
dbv-Druck-, Beratungs- und Verlagsgesellschaft mbH, Graz

Zum Geleit

Im ersten Band des Praxiswerkes „Die Kommanditgesellschaft“ wurde diese in der österreichischen Gesellschaftspraxis sehr bedeutende Rechtsform in allen ihren rechtlichen Facetten von der Gründung bis zur Liquidation eingehend behandelt.

Der vorliegende zweite Band beschäftigt sich mit der GmbH & Co KG als einer ursprünglichen Sonderform einer Kommanditgesellschaft, die gleichermaßen in der Unternehmenspraxis, Rechtsprechung und Literatur eine enorme Bedeutung erlangt hat. Dem Umstand, dass die konkrete Ausgestaltung einer GmbH & Co KG völlig unterschiedlich konzipiert sein kann, wird in diesem Werk ebenso viel inhaltliches Gewicht beigemessen, wie den Rechtsfolgen (und sonstigen Besonderheiten) einer kapitalistischen GmbH & Co KG, bei welcher keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist.

Wie im ersten Band gilt angesichts der vielen Beispiele, Gestaltungshinweise, Übersichten und Tabellen der Grundsatz „Aus der Praxis für die Praxis“.

Das gegenständliche Werk war neben der täglichen Arbeit eine Herausforderung für alle Beteiligten. Lukas Hörtnagl, juristischer Mitarbeiter der Kanzlei Fritz, hat mir im Zuge der Korrekturen des Manuskripts wertvolle Impulse vermittelt. Der Geschäftsleitung sowie den Mitarbeitern des dbv-Verlages danke ich für das entgegengebrachte Vertrauen und die ansprechende Gestaltung des Buches. Ganz besonders hervorzuheben ist Mag. Thomas Gillhofer für seine geradezu perfekte Lektoratstätigkeit.

Allfällige Kritik und Verbesserungsvorschläge richten Sie bitte an christian@kanzleifritz.at. Vielen Dank vorab!

Allen Anwendern wünsche ich, dass dieses nunmehr in zweiter Auflage vorliegende Praxiswerk über die GmbH & Co KG ihr persönliches Spektrum für individuelle sowie zielgerichtete Lösungen wesentlich bereichert und sie gerne auf das Buch einschließlich der darin enthaltenen Muster zurückgreifen.

Brandenberg und Innsbruck, im Februar 2023

Kapitelübersicht

Kapitel 1	Systematische Darstellung der Rechtsnatur einer GmbH & Co KG
Kapitel 2	Errichtung einer GmbH & Co KG und Gestaltung des Gesellschaftsvertrages
Kapitel 3	Die Besonderheiten der GmbH & Co KG
Kapitel 4	Besonderheiten des Eigenkapitalausweises bei der GmbH & Co KG
Kapitel 5	Die GmbH & Co KG und ihre Gesellschafter im Ertragsteuerrecht
Kapitel 6	Die arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung von Geschäftsführern der Komplementär-GmbH
Kapitel 7	Beendigung der GmbH & Co KG

Inhaltsverzeichnis

Seite

Vorwort 3

Kapitel 1 Systematische Darstellung der Rechtsnatur einer GmbH & Co KG

1.1 Grundlagen 13
1.2 Vor- und Nachteile der GmbH & Co KG 19
1.3 Erscheinungsformen 22
1.3.1 Einführung 22
1.3.2 Einpersonen-GmbH & Co KG 23
1.3.3 Einheits-GmbH & Co KG 24
1.3.4 Personen- und beteiligungsgleiche GmbH & Co KG 25
1.3.5 Nichtpersonen- und beteiligungsgleiche GmbH & Co KG 26
1.3.6 Mehrstufige GmbH & Co KG 28
1.3.7 Publikumsgesellschaft 28
1.3.8 Betrieblicher Generationenwechsel 30
1.3.9 GmbH & Co KG mit abweichenden Beteiligungsverhältnissen 30
1.3.10 Doppelstöckige GmbH & Co KG 31
1.3.11 Sternförmige GmbH & Co KG 31
1.3.12 Reserve-GmbH & Co KG 32

Seite

1.3.13 Unechte GmbH & Co KG 34
1.3.14 Sonstige Gestaltungsformen 35
1.4 Wann ist die Rechtsform der GmbH & Co KG sinnvoll? 35
1.4.1 Einführung 35
1.4.2 Verbindung von Management, Kapital und Haftung 36
1.5 Die Folgen der Rechtsformentscheidung pro GmbH & Co KG 37
1.5.1 Kapitalaufbringung anlässlich der Gesellschaftsgründung 37
1.5.2 Das Stammkapital 37
1.5.3 Die Stammeinlagen 39
1.5.3.1 Grundsätzliches 39
1.5.3.2 Gründungsprivilegierte Stammeinlagen 40
1.5.4 Die Geschäftsführerhaftung für die Aufbringung und Bewertung der Stammeinlagen 41
1.5.5 Gründungsformen und ihre Rechtsfolgen 42
1.5.5.1 Bargründung 42
1.5.5.2 Sachgründung 43
1.5.5.3 Verdeckte Sacheinlagen 46
1.5.5.4 Die Differenzhaftung der Gründer bei Leistung von Sacheinlagen 47
1.5.6 Haftung 48

Kapitel 2 Errichtung einer GmbH & Co KG und Gestaltung des Gesellschaftsvertrages

2.1 Die verschiedenen Wege zur GmbH & Co KG – Übersicht 52
2.2 Neugründung 53
2.2.1 Grundlagen 53
2.2.2 Vorgründungsgesellschaft 54
2.2.3 Vor-GmbH 56
2.2.4 Differenzhaftung 60
2.2.5 Handelndenhaftung 60
2.2.5.1 Grundlagen 60
2.2.6 Die im Außenverhältnis tätige GmbH – das werbende Stadium 62
2.2.7 Errichtung der Kommanditgesellschaft 63
2.2.8 Entstehen der KG 63
2.2.9 Ist die gleichzeitige Errichtung beider Gesellschaften zulässig und zweckmäßig? 63
2.3 Firma 63

Seite

2.4 Firmenzeichnung 65
2.5 Unternehmensgegenstand 65
2.6 Dauer und Wirtschaftsjahr 66
2.7 Leitung und Überwachung der GmbH & Co KG 67
2.8 Vinkulierung und Verknüpfung der Gesellschaftsanteile 71
2.8.1 Grundlagen zur Verfügung eines GmbH-Geschäftsanteiles 71
2.8.1.1 Systematik 71
2.8.1.2 Teilung eines Geschäftsanteiles 73
2.8.1.3 Vinkulierung 73
2.8.1.4 Vorkaufs- und Aufgriffsrecht 75
2.8.1.5 Anbietungsrecht 77
2.8.1.6 Mitverkaufsrecht 78
2.8.1.7 Call-Option 78
2.8.1.8 Put-Option 78
2.8.1.9 Mitverkaufspflicht 78
2.8.1.10 Mitnahmerecht/Mitgehrecht 80
2.8.2 Die konkrete Ausgestaltung in den Gesellschaftsverträgen 81
2.9 Ableben eines Gesellschafters 82
2.10 Willensbildung der Gesellschafter 88
2.11 Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses 89
2.12 Wettbewerbsverbot 89
2.13 Informations- und Einsichtsrechte der Kommanditisten 89

Kapitel 3 Die Besonderheiten der GmbH & Co KG

3.1 Eine behutsame Einführung 91
3.2 Anwendung der Business Judgement Rule 92
3.2.1 Begriff und Wesen 92
3.2.2 Voraussetzungen für die Haftungsprivilegierung 93
3.2.3 Unternehmerische Entscheidung 94
3.2.4 Beachtung gesetzlicher und gesellschaftsvertraglicher Bestimmungen 96
3.2.5 Kein Vorliegen von Eigeninteressen, Interessenkonflikten und sachfremden Einflüssen 98
3.2.6 Wohl des Unternehmens 98
3.2.7 Angemessene Information 98
3.2.8 Gutgläubigkeit 100

Seite

3.2.9 Eingeschränkte Überprüfbarkeit unternehmerischer Entscheidungen 101
3.3 Pflichtangaben auf Geschäftspapieren und Bestellscheinen (§ 14 Abs 1 UGB) 102
3.4 Die Anwendung des Eigenkapitalersatzrechtes auf GmbH & Co KG 102
3.4.1 Systematische Einführung 102
3.4.2 Vom Eigenkapitalersatzgesetz erfasste Gesellschafter und Dritte 108
3.4.2.1 Grundlagen 108
3.4.2.2 Stimmrechtsmehrheit 110
3.4.2.3 Recht zur Organbestellung 111
3.4.2.4 Sonderrecht auf Mitgliedschaft im Leitungsorgan 112
3.4.2.5 Kontrollierende Beteiligung aufgrund eines Syndikatsvertrages 113
3.4.2.6 Beherrschender Einfluss 113
3.4.3 Beteiligungsquote von zumindest 25% 114
3.4.4 Beherrschender Einfluss eines Minderheitsgesellschafters oder von Dritten 114
3.4.5 Abgestimmtes oder abgesprochenes Kreditgeberverhalten 116
3.4.6 Konsortialkredite 116
3.4.7 Absprache und abgestimmtes Verhalten 117
3.4.8 Treuhandschaft 117
3.4.9 Mittelbare Beteiligungen – Verbundene Unternehmen 117
3.4.9.1 Mittelbar kontrollierende Beteiligung 117
3.4.9.2 Mittelbare unternehmerische Beteiligung von 33% 118
3.4.9.3 Kontrolle einer zu wenigstens 25% kapitalmäßig beteiligten Gesellschaft 118
3.5 Aufsichtsrat 119
3.6 Rechnungslegung 120
3.7 Haftung bei Reorganisationsbedarf (§ 22 Abs 2 URG) 121
3.7.1 Allgemeines 121
3.7.2 Eigenmittelquote 121
3.7.3 Fiktive Schuldentilgungsdauer 122
3.8 Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung 124
3.8.1 Grundlagen 124
3.8.2 Zweistufige Überschuldungsprüfungsmethode 126
3.8.3 Behandlung Eigenkapital ersetzender Gesellschafterdarlehen bei der Überschuldungsprüfung 129
3.8.4 Die praktische Anwendung der zweistufigen Überschuldungsprüfungs-methode 130

Seite

3.9 Geltung der Kapitalerhaltungsvorschriften 134
3.9.1 Einführung 134
3.9.2 Zweck und systematische Stellung der Kapitalerhaltung 137
3.9.3 Konzept des Ausschüttungsverbots 139
3.9.4 Das Ausschüttungsverbot 139
3.9.4.1 Allgemeines 139
3.9.4.2 Sonstige Ausnahmen 140
3.9.4.3 Rechtsfolgen bei Verstößen 141
3.9.5 Kapitalbindung bei der GmbH & Co KG 142
3.9.5.1 Grundlagen 142
3.9.5.2 Dem Gesellschafter nahestehende Personen 143
3.9.6 Ausfallshaftung 143
3.9.7 Verdeckte Ausschüttungen 146
3.9.7.1 Grundlagen 146
3.9.7.2 Beurteilungskriterien für die Zulässigkeit 149
3.9.8 Sicherheiten der Gesellschaft für einen Kredit des Gesellschafters 151
3.9.9 Kapitalherabsetzung 152
3.9.10 Abfindungsansprüche ausscheidender Gesellschafter 154
3.9.11 Realteilung 155
3.10 Bestellung des gewerberechtlichen Geschäftsführers 156
3.11 Anwendung des Liquidationsrechtes 156

Kapitel 4 Besonderheiten des Eigenkapitalausweises bei der GmbH & Co KG

4.1 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen 162
4.2 Darstellung der Einlage des Komplementärs 164
4.3 Darstellung des Kapitalanteils des Kommanditisten 165
4.4 Kapital- und Gewinnrücklagen 168
4.5 Entnahmen der Gesellschafter 168
4.6 Zurechnung von Gewinnen und Verlusten 169
4.7 Darstellung von Gewinnanteilen in Folgejahren 173
4.8 Notwendige Angaben im Anhang des Jahresabschlusses 174

Seite

Kapitel 5 Die GmbH & Co KG und ihre Gesellschafter im Ertragsteuerrecht

5.1 Die GmbH & Co KG als Mitunternehmerschaft 175
5.2 Gewinnermittlung und Gewinnverteilung bei der betrieblich tätigen GmbH & Co KG 176
5.3 Ausgewählte Aspekte der Gesellschaftervergütungen 177
5.4 Die vermögensverwaltende (außerbetrieblich tätige) GmbH & Co KG 179
5.5 Das Abzugsverbot des § 20 Abs 1 Z 7 EStG 181
5.5.1 Einführung 181
5.5.2 Wieso gibt es eine betragsmäßige Begrenzung von Managervergütungen? 181

Kapitel 6 Die arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung von Geschäftsführern der Komplementär-GmbH

6.1 Grundsätzliches zur arbeitsrechtlichen Qualifikation des GmbH-Geschäftsführers 186
6.2 Die steuerliche Qualifikation des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH 196
6.2.1 Grundsätzliches 196
6.2.1.1 Maßgebliche Unterscheidungskriterien 196
6.2.1.2 Zufluss der Geschäftsführervergütung 200
6.2.1.3 Drittanstellung 207
6.2.1.4 Betriebsausgabenpauschalierung 208
6.2.1.5 Gewerberechtlicher Geschäftsführer 211
6.2.2 Kurzcharakteristik der möglichen Vertragsverhältnisse 211
6.2.2.1 Echter Dienstvertrag 212
6.2.2.2 Freier Dienstvertrag 216
6.2.2.3 Auftragsverhältnis 217
6.2.2.4 Werkvertrag 217
6.2.3 Fremdgeschäftsführer 219
6.2.3.1 Mit Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit 219
6.2.3.2 Andere Einkünfte 221
6.2.4 Gesellschafter-Geschäftsführer mit nicht wesentlicher Beteiligung 221
6.2.5 Gesellschafter-Geschäftsführer mit wesentlicher Beteiligung 222
6.2.5.1 Begriff „Wesentliche Beteiligung“ 222
6.2.5.2 Einkünfte aus sonstiger selbständiger Arbeit 223

Seite

6.2.5.3 Einkünfte aus sonstiger selbständiger Arbeit in Form von vermögensverwaltender Tätigkeit 225
6.2.5.4 Einkünfte aus selbständiger Arbeit in Form von freiberuflicher Tätigkeit 225
6.2.6 Einkommensteuerpflicht mit Dienstgeberbeitrag und Kommunalsteuerpflicht 226
6.2.7 Einkommensteuerpflicht ohne Dienstgeberbeitrag und Kommunalsteuerpflicht 226
6.3 Sozialversicherungsrechtliche Behandlung von Geschäftsführern 226
6.3.1 Einführung 226
6.3.2 Keine oder nicht wesentliche Beteiligung 227
6.3.2.1 Fehlende Weisungsbindung 227
6.3.2.2 Weisungsbindung 229
6.3.2.3 Sozialversicherungsverhältnis bei wesentlicher Beteiligung 230
6.4 Zusammenfassung 231

Kapitel 7 Beendigung der GmbH & Co KG

7.1 Allgemeines 240
7.2 Gesetzliche Auflösungsgründe der GmbH & Co KG 241
7.3 Fortsetzung der Gesellschaft 243
7.4 Einzelfragen zur Abwicklung und zu den Liquidatoren 243

Anhang

Stichwortverzeichnis 245
Paragrafenverzeichnis 250
Downloadverzeichnis 254

Zusätzlich stehen Ihnen die im Downloadverzeichnis auf Seite 254 angeführten Muster und Übersichten auf unserer Webseite unter **www.dbv.at/downloads/** im Menüpunkt „Ergänzungen zu dbv-Werken“ als Download zur Verfügung.
Passwort: 0817

Kapitel 1
Systematische Darstellung der Rechtsnatur einer GmbH & Co KG

1.1 Grundlagen

Die GmbH & Co KG ist als Sonderfall einer KG eine Personengesellschaft[1], deren Komplementär eine GmbH ist (oder dem Kreis der Komplementäre eine GmbH angehört); die Führung des laufenden Geschäftsbetriebes obliegt der Kommanditgesellschaft. Die GmbH & Co KG besteht aus zwei **voneinander unabhängigen Rechtsträgern** – nämlich (zumindest) einer GmbH und der KG –, die beide rechtsfähig und parteifähig sind[2].

Die GmbH & Co KG ist eine Mischung verschiedener Grundtypen. Sie enthält sowohl personen- als auch kapitalgesellschaftsrechtliche Elemente, deren jeweilige Vorteile miteinander vereint werden sollen. Die GmbH & Co KG ist nicht eine Schöpfung des Gesetzgebers, sondern eine Erfindung der Praxis[3]; als *Hybrid* zwischen Kapital- und Personengesellschaften wirft sie nicht nur zahlreiche **Zweifelsfragen** auf[4], sie hat gerade auch in den letzten Jahren für zum Teil beträchtliche Aufregung in der Literatur gesorgt[5].

Soweit der Gesetzgeber nicht Abweichendes regelt, sind daher auf die GmbH & Co KG als KG die für die *klassische* Kommanditgesellschaft geltenden Bestimmungen anwendbar[6].

---

1 Im Hinblick auf die grundsätzliche rechtliche Qualifikation der GmbH & Co KG ist unstrittig, dass diese auch nach dem Urteil vom 29.5.2008, **2 Ob 225/07p** eine Personengesellschaft ist, auf die vorrangig das Recht der KG (§§ 161 ff UGB) Anwendung findet.

2 Vgl Band 1, *Pkt 1.1*.

3 Vielzitierter *Erfinder* der GmbH & Co KG ist ein Münchner Notar, der 1922 zur Schlussfolgerung gekommen ist, dass es auch möglich sein müsste, anstelle einer physischen Person als Komplementär eine juristische Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter vorzusehen. Heute, 100 Jahre später, wissen wir, dass es möglich ist. Durch eine GmbH als Komplementärin ändert sich nicht einmal das Haftungssystem der KG: auch sie haftet unbeschränkt. Das *Problem* ist halt, dass das Vermögen dieses unbeschränkt haftenden Gesellschafters künstlich klein gehalten wird (dies durchaus auch einmal zu Lasten des einen oder anderen Gläubigers). Und um eben diesen Gläubigerschutz nicht (zu sehr) zu beeinträchtigen, hat der Gesetzgeber die in *Pkt 3.1 ff* zusammengefassten Sonderbestimmungen für jene (GmbH & Co) KGs geschaffen, die schlechthin als sog *verdeckte* Kapitalgesellschaften qualifiziert werden.

4 *Völkl* in *Bergmann/Ratka* (Hrsg), Handbuch Personengesellschaften² (2016) Rz 4/213.

5 Vgl hierzu vor allem die Entscheidung des OGH vom 29.5.2008, **2 Ob 225/07p** und ihre Schlussfolgerungen, die zu den meistdiskutierten höchstgerichtlichen Entscheidungen zum Personengesellschaftsrecht in der jüngeren Vergangenheit zählt: GesRZ 2008, 310 [*Stingl*] = GeS 2008, 315 [*Bauer*] = JAP 2008/2009, 100 [*Rauter*] = RWZ 2008, 260 [*Wenger*] = ÖBA 2009, 60 [*Bollenberger*].

6 Die im gesetzgeberischen Bereich zunehmend festzustellende Gleichstellung einer GmbH & Co KG mit Kapitalgesellschaften wurde durch die jüngste OGH-Judikatur auch im gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Bereich teilweise fortentwickelt. Vgl weiterführend *Arnold* in GS Arnold, Die GmbH & Co KG (2011) 39.

Eine (gesetzliche) **Gleichstellung** jener GmbH & Co KGs, bei der keine natürliche Person unbeschränkt haftender Gesellschafter ist[7], mit einer **Gesellschaft mit beschränkter Haftung** erfolgt in folgenden Bereichen:

- bei den Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen, Bestellscheinen und Webseiten (§ 14 Abs 1 UGB).
- im Eigenkapitalersatzrecht (§§ 4 Z 3 und 11 EKEG).
- im Hinblick auf die Aufsichtsratspflicht: § 29 Abs 1 Z 1 und 4 GmbHG sowie § 110 Abs 7 ArbVG und § 29 Abs 2 Z 4 GmbHG[8].
- bei der Rechnungslegungspflicht: § 189 Abs 1 Z 1 zweiter Halbsatz; § 221 Abs 5 und § 244 Abs 3 UGB.
- Haftung bei Reorganisationsbedarf (§ 22 Abs 2 URG).
- Die Insolvenzeröffnung über eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, erfolgt auch bei Überschuldung (§ 67 Abs 1 IO).
- Anwendung sämtlicher Kapitalerhaltungsvorschriften (verdeckte Ausschüttung, Einlagenrückgewähr, Kapitalherabsetzung)[9].
- Geltung der Übergangsbestimmung des § 907 UGB.
- Für die Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers der GmbH & Co KG gilt § 9 Abs 4 GewO.

Angesichts der oben dargestellten Fälle der Gleichstellung mit einer GmbH stellt sich naturgemäß die Frage, wann eine Kommanditgesellschaft wie eine *klassische KG* und in welchen Fällen sie wie eine *kapitalistische GmbH & Co KG* zu behandeln ist.

---

[7] Dieser Gesellschafts*typus* wird in diesem Buch, angesichts der Tatsache, dass sowohl der Gesetzgeber als auch die Judikatur die(se) GmbH & Co KG in die Nähe der Kapitalgesellschaften – man spricht von einer *verdeckten Kapitalgesellschaft* – gerückt hat, als ***kapitalistische GmbH & Co KG*** bezeichnet. Für jene seltenen Fälle, bei denen neben mindestens einer Komplementär-GmbH noch mindestens eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist, wird der Begriff ***GmbH & Co KG im weiteren Sinn*** verwendet.

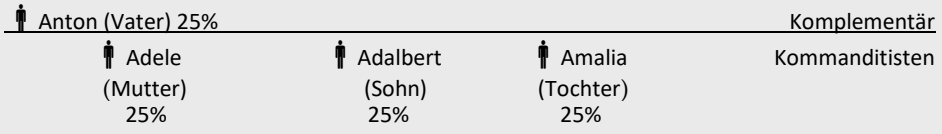
[8] Bei der Komplementär-GmbH ist dann ein (gesetzlich verpflichtender) Aufsichtsrat eingerichtet, wenn beide Gesellschaften zusammen mehr als 300 Arbeitnehmer beschäftigen und die GmbH & Co KG **keine** physische Person als zusätzliche Komplementärin hat.

[9] Die Anwendbarkeit der §§ 81 f GmbHG auf die GmbH & Co KG hat demnach unter anderem zur Folge, dass **i.** Ausschüttungen an den Kommanditisten bzw die Komplementär-GmbH nur in Höhe des Bilanzgewinnes erfolgen können; **ii.** Rechtsgeschäfte zwischen KG und Kommanditist bzw Komplementär-GmbH nur zulässig sind, wenn sie einem Drittvergleich standhalten (andernfalls sind diese Rechtsgeschäfte nichtig); **iii.** das Kapitalerhaltungsgebot bei einer Reduktion der Haftsumme sowie bei einer Realteilung der KG zu beachten ist.

BEISPIEL 1:

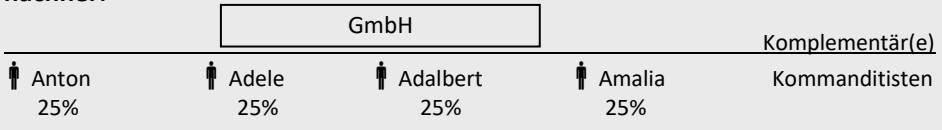
Ausgangslage ist eine Familien-KG, bei welcher der Vater („Anton“) als Familienoberhaupt einziger unbeschränkt haftender Gesellschafter ist.

vorher:



Durch die Inanspruchnahme der vorzeitigen Alterspension ist es erforderlich, dass Anton seine Rechtsstellung in die eines Kommanditisten ändert. Wenn sich niemand aus der Familie bereit erklärt, die Funktion eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters zu übernehmen, bleibt nur die Errichtung einer Komplementär-GmbH, die am Vermögen der KG nicht beteiligt ist. An den Vermögensverhältnissen der vier Familiengesellschafter ändert sich nichts; der Vorgang führt jedoch zu einer Strukturänderung in eine GmbH & Co KG.

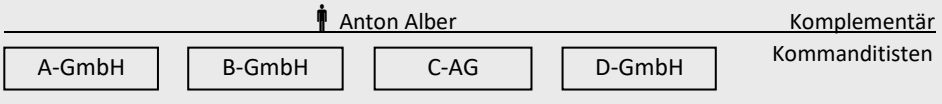
nachher:



Dadurch, dass keine physische Person mehr unbeschränkt haftender Gesellschafter ist, liegt eine kapitalistische GmbH & Co KG vor. Die Beteiligungs- und Machtverhältnisse in der Komplementärgesellschaft spielen insoweit keine Rolle.

BEISPIEL 2:

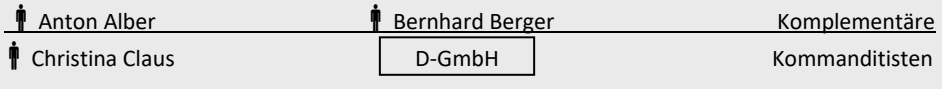
Der Komplementär ist eine physische Person, die vier Kommanditisten sind Kapitalgesellschaften.



Es handelt sich um eine echte KG (ohne den Rechtsformzusatz GmbH & Co KG), weil der einzige Komplementär eine physische Person ist.

BEISPIEL 3:

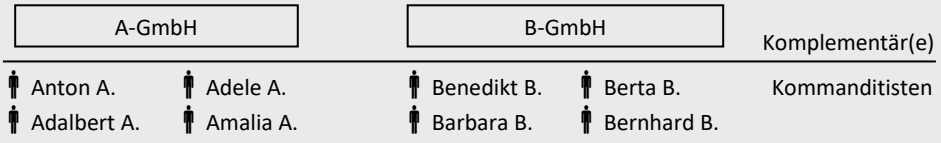
An der Gesellschaft sind zwei Komplementäre beteiligt; zwischen diesen gelten die Bestimmungen über die offene Gesellschaft.



Es handelt sich um eine echte KG, weil mindestens ein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

BEISPIEL 4:

Bei einer Familiengesellschaft ist die Willensbildung der beiden Familienstämme in jeweils einer Komplementärgesellschaft gebündelt.

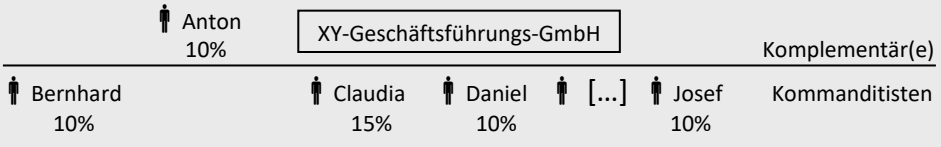


Es liegt eine kapitalistische GmbH & Co KG vor, weil zwar die beiden Komplementäre unbeschränkt, primär, unmittelbar und solidarisch (mit ihrem üblicherweise gering gehaltenem Vermögen) haften, aber keine physische Person die Rechtsstellung eines persönlich haftenden Gesellschafters einnimmt.

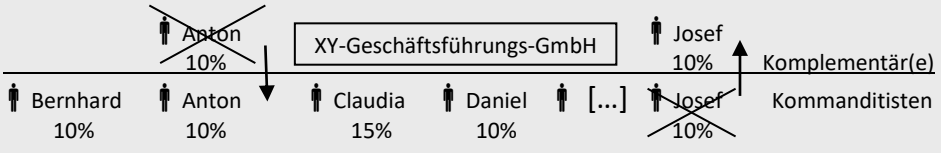
BEISPIEL 5:

Bei diesem Gestaltungsmodell wird die Geschäftsführung der KG durch die Organe einer Komplementärgesellschaft wahrgenommen. Eine physische Person ist für jeweils ein Geschäftsjahr als unbeschränkt haftender Gesellschafter im Firmenbuch eingetragen, um hernach wiederum in die Funktion eines Kommanditisten zu wechseln.

Beteiligungsstruktur 2022:



Beteiligungsstruktur 2023:

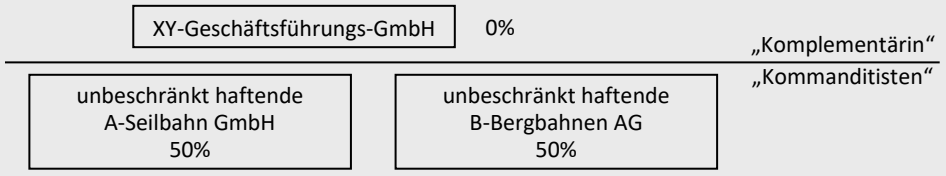


Durch die alljährliche Rochade einer natürlichen Person in die Rechtsstellung eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters handelt es sich um eine echte KG; die für eine GmbH geltenden Bestimmungen sind nicht anzuwenden.

Wenn bei einer **GmbH & Co** Offene Gesellschaft kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, die unbeschränkt haftet, gelten die Ausführungen für eine kapitalistische GmbH & Co KG sinngemäß.

Beispiel 6:

Die Beteiligungsstruktur einer GmbH & Co OG stellt sich folgendermaßen dar:

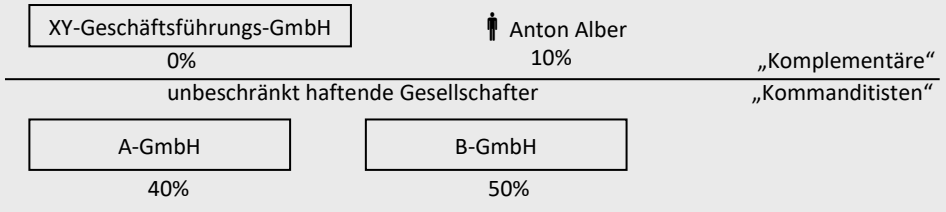


In Anbetracht der Tatsache, dass keine physische Person an der Gesellschaft beteiligt ist, handelt es sich um einen Anwendungsfall einer kapitalistischen Personengesellschaft.

Ist hingegen der einzige oder einer von mehreren dieser OG-Gesellschafter eine natürliche Person – wenn auch auf der den Kommanditisten zugedachten Ebene – dann sind auf diesen (wohl eher ausnahmsweisen) Fall die für kapitalistische Personengesellschaften geltenden Sonderbestimmungen nicht anzuwenden.

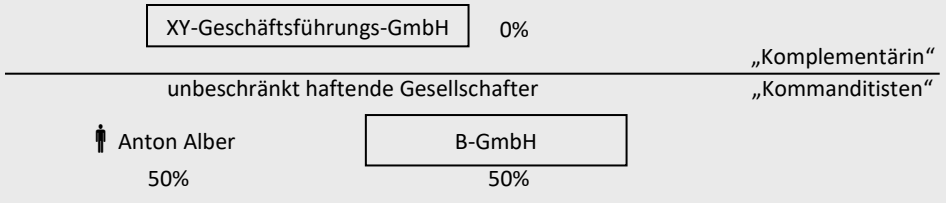
Beispiel 7:

Kein Anwendungsfall einer kapitalistischen Personengesellschaft liegt hingegen bei nachfolgender Konstellation vor:



Beispiel 8:

Dasselbe gilt, wenn eine natürliche Person auf der organisationsrechtlichen Ebene eines Kommanditisten als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist.



Nachdem es bei einer Offenen Gesellschaft im Gegensatz zur KG eine einheitliche Haftungsordnung gibt, spielt es keine Rolle, auf welcher Ebene eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist.

Für eine **Aktiengesellschaft & Co KG** gelten die gleichen Grundsätze wie für eine GmbH & Co KG. Dies trifft auch auf eine **Limited & Co** zu, die uns – im Gegensatz zu

Deutschland – bislang erspart geblieben ist. Für eine **Verein & Co KG** sollen ebenfalls die in diesem Kapitel angeführten Grundsätze gelten[10].

Die GmbH & Co KG bildet eine **Doppelgesellschaft** mit zwei Organisationsformen, nämlich jener der GmbH und jener der KG. Durch diese Verknüpfung von **zwei** Gesellschaften wird **ein** Unternehmen als wirtschaftliche und organisatorische Einheit betrieben.

Die übliche **Funktionentrennung** bei einer kapitalistischen GmbH & Co KG lässt sich wie folgt charakterisieren:[11] Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung:

- ist nur Gesellschafterin (Arbeitsgesellschafterin);
- hat in den meisten Fällen keinen eigenen Gewerbebetrieb;
- tritt nach außen nicht in Geschäftsbeziehungen;
- Ausnahme: die für die Geschäftsführung der KG notwendigen Führungsspitzen[12];
- hat keine Angestellten;
- braucht als bloß im Innenverhältnis tätige Gesellschafterin keine Gewerbeberechtigung;
- führt und vertritt die KG als Komplementär nach außen;
- führt durch ihren Geschäftsführer die laufenden Geschäfte der KG.

Die Kommanditgesellschaft hingegen

- ist die tätige Gesellschaft;
- benötigt daher die Gewerbeberechtigung;
- tritt nach außen in Geschäftsbeziehung;
- empfängt und stellt Rechnungen aus;
- ist Dienstgeberin (auch für allenfalls beschäftigte Familienmitglieder).

---

10 Wie kontroversiell die Sachlage von den besten Gesellschaftsrechtlern des Landes beurteilt wird, zeigt die Diskussion anlässlich der Jahrestagung 2011 der Gesellschaftlichen Vereinigung Österreichs (GVÖ): *Hanns Hügel* führt in der Diskussion aus, dass es seiner Ansicht nach unverständlich sei, dass für einen Verein und Co KG, GmbH-Recht zur Anwendung gelangen soll. Demgegenüber führt *Eveline Artmann* aus, dass diesfalls die KG de-facto einem Rechtsträger mit beschränkter Haftung entspreche; es sei daher naheliegend, sich am GmbH-Recht zu orientieren. Vgl hierzu *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 77.

11 *Fritz,* Gesellschafts- und Unternehmensformen in Österreich³ (2007) Rz 3257.

12 Der Umstand, dass die Komplementärgesellschaft Dienstgeberin des GmbH-Geschäftsführers sein kann, wenn auf dessen (organschaftliche) Tätigkeit die Merkmale eines Dienstnehmers im Sinne des § 4 Abs 2 ASVG zutreffen, ist unbestritten. Vgl hierzu *Blume* in *Sonntag* (Hrsg), ASVG [11] (2021) § 35 Rz 26; VwGH 14.9.1979, **1304/77** = SVSlg 25.267.

1.2 Vor- und Nachteile der GmbH & Co KG

Gegenüber einer *normalen* Kommanditgesellschaft hat die GmbH & Co KG[13] vor allem folgende **Vorteile**:

- Keine am Unternehmen beteiligte physische Person haftet bei redlicher Geschäftsgebarung unbeschränkt[14], da diese entweder Gesellschafter der GmbH und/oder Kommanditisten sind.
- Zulässigkeit einer *Drittorganschaft*[15]*:* Geschäftsführer der GmbH & Co KG kann ein Dritter sein, der nicht an den Gesellschaften beteiligt ist[16].
- Das Ableben eines Gesellschafters der Komplementär-GmbH hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf den Bestand der KG.
- Die Rechtsform der Kommanditgesellschaft gewährt den Gesellschaftern für das *Innenrecht* in weitem Maße Gestaltungsfreiheit (§ 163 UGB).

Vor- und Nachteile einer GmbH & Co KG

	+	–
Vielzahl an Gestaltungsoptionen	●	
Für die Verfolgung eines bestimmten Unternehmenszweckes werden zwei Rechtsformen benötigt		●
Die für eine GmbH & Co KG notwendigen Rechtspersonen sind prinzipiell einfach zu gründen	●	
Führung von zwei (doppelten) Buchhaltungen		●
Trennung Vermögens- und Erfolgsbeteiligung (KG) sowie Ausübung von Herrschaftsrechten	●	
Verlustzuweisung an Kommanditisten zulässig	●	
Höherer Einkommensteuertarif		●
Günstige Rechtsform bei (stark) schwankenden Jahresergebnissen	●	

13 Eine AG & Co KG ist möglich, aber in der Praxis – soweit ersichtlich – nicht vorhanden. Der einzige Vorteil wird hier in einer weisungsfreien Geschäftsführung gesehen, der allerdings auch durch eine entsprechende Regelung in der Komplementär-GmbH erreichbar ist.

14 Vgl im Hinblick auf § 83 Abs 2 GmbHG jedoch das *Beispiel 46*.

15 Dem im Recht der Personengesellschaften geltenden Grundsatz der Selbstorganschaft (vgl Band 1, *Pkt 3.3.2.6* – wonach die organschaftliche Vertretungsbefugnis zwingend von einem persönlich haftenden Gesellschafter wahrzunehmen ist – wird insofern entsprochen, als die GmbH unmittelbare Vertreterin der KG und sohin geschäftsführungs- und vertretungsbefugt ist. Da die GmbH jedoch nur durch ihre Geschäftsführer handeln kann, werden die Geschäfte der KG tatsächlich von den Geschäftsführern der GmbH geführt.

16 Die Bestellung der Geschäftsführer erfolgt durch die Generalversammlung der GmbH und steht sohin im Belieben der Gesellschafter dieser Komplementär-GmbH. Daher können im Ergebnis auch außenstehende Dritte die GmbH & Co KG leiten. Dies eröffnet vor allem die Möglichkeit, Fachleute mit der Geschäftsleitung zu betrauen, ohne ihnen auf Gesellschafterebene Einfluss einräumen zu müssen. Vgl hierzu auch *Fritz,* Gesellschafts- und Unternehmensformen in Österreich³ (2007) Rz 3272.

	+	–
Aufstellung von zwei Jahresabschlüssen		●
Keine Entnahmemöglichkeit der Kommanditisten im Falle von Verlusten sowie einem fehlenden Gewinnausschüttungsbeschluss		●
Überlassung von Sonderbetriebsvermögen	●	
Prinzip der Drittorganschaft für GmbH-Geschäftsführer	●	
Gesetzliche und wirtschaftliche Vorgaben für Leistungsverrechnung zwischen der GmbH (als Komplementärin) und der GmbH		●

Wo viel Licht, da auch Schatten: Die GmbH & Co KG hat auch handfeste **Nachteile**. Für die Führung eines Unternehmens sind zwei Rechtsträger erforderlich, die völlig unterschiedlichen Rechtssystemen (GmbH = Kapitalgesellschaft, KG = Personengesellschaft) angehören. Die *Verzahnung* des schriftlich abzuschließenden GmbH-Vertrages mit dem keiner bestimmten Form bedürfenden KG-Vertrag ist eine *hohe Kunst*, die nicht jeder Angehörige der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe beherrscht. Die Notwendigkeit von zwei parallel laufenden Gesellschaften ist mit höheren Kosten und einem höheren **Verwaltungsaufwand** (Erstellung von zwei Jahresabschlüssen) verbunden. Die Rechtsbeziehung zwischen der GmbH als Arbeitsgesellschafterin und der nach außen in Erscheinung tretenden Kommanditgesellschaft ist für viele betroffene Gesellschafter von Kleinunternehmer ein *Buch mit sieben Siegeln.* Apropos Klein(st)unternehmen: gerade bei ihnen wird das einer GmbH & Co KG eigentümliche (Nicht-)Haftungsprivileg wegen ihrer Solidarhaftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber der Hausbank nicht im wünschenswerten Ausmaß schlagend.

Wegen der gebotenen Beachtung der GmbH-rechtlichen Formvorschriften ist die GmbH & Co KG weniger flexibel. Schlussendlich ist auch nach OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p in Erinnerung zu rufen, dass bei einer *kapitalistischen* GmbH & Co KG aus Gläubigerschutzerwägungen die **Kapitalerhaltungsvorschriften** des GmbH-Rechtes anzuwenden sind; dies gilt insbesondere für das Verbot der Einlagenrückgewähr (§§ 82 Abs 1 und 83 GmbHG).[17]

[17] OGH 23.1.2020, **6 Ob 202/19b** = ZIK 2020/158, 123 = GesRZ 2020, 337 (*Aburumieh*) = ecolex 2020/225, 516 (*Planitzer*); OGH 28.3.2018, **6 Ob 178/17t** = GesRZ 2018,242 (Nowotny) = NZ 2018/102, 306 = GES 2018,237 (*Fantur*) = RdW 2018/423, 574 = AnwBl 2018/218, 651 = ZFR 2018/214, 463 = ecolex 2018/446, 1003 = wbl 2018, 710/224 = ARD 6633/18/2019; OGH 21.11.2017, **6 Ob 161/17w** = GES 2018,27 = RdW 2018/130, 163 = GesRZ 2018,112 (*Foglar-Deinhardstein*) = wbl 2018, 284/84 = AnwBl 2018/100, 345 = ecolex 2018/228, 532 = RWZ 2018/45, 241 (*Wenger*) = ÖBA 2019, 519/2585 (*Edelmann*); OGH 30.8.2016, **6 Ob 198/15h** = NZ 2016/149, 413 (*Brugger*) = AnwBl 2016, 642 = GES 2016, 344 = wbl 2017, 41/13 = EvBl-LS 2017/9 = RdW 2017/79, 86 = ecolex 2017/104, 225 = ZIK 2017/157, 119 = ÖBA 2017, 626/2381; OGH 23.2.2016, **6 Ob 171/15p** = wbl 2017,169/57 = NZ 2017/25, 65= GES 2017,23 = ÖBA 2017, 270/2336 = GesRZ 2017, 116 (Zehetner) = AnwBl 2017, 227 = ZIK 2017/104, 78 = RdW 2017/191, 245 = ecolex 2017/229, 537. Vgl hierzu auch *Aburumieh/Foglar-Deinhardstein*, Die verdeckte Kapitalgesellschaft – eine unendliche Geschichte, GES 2019, 3.

Wichtige Strukturunterschiede zwischen einer GmbH und einer KG

GmbH	Kommanditgesellschaft
Mindeststammkapital	kein Mindestkapital
Errichtung durch eine Person möglich	Für Errichtung sowie Bestand der KG sind mindestens jeweils ein Komplementär und ein Kommanditist erforderlich
System der Fremdorganschaft	System der Selbstorganschaft
Grundsätzlich nur eine Art von Gesellschaftern, Vereinbarung von Sonderrechten möglich	Zwei verschiedene Gattungen von Gesellschaftern
Stammeinlagen	Unterscheidung in Haftsummen, Pflichteinlagen und sonstige Einlagen
Jährlicher Gewinnverwendungsbeschluss	Ertragsteuerpflicht der Gesellschafter als steuerliche Mitunternehmer unabhängig von Gewinnverwendung
Keine Kapitalkonten der Gesellschafter	Unterscheidung in fixe Kapitalkonten, variable Verrechnungskonten und Privatkonten
Schriftlicher Gesellschaftsvertrag mit Mindestinhalt gemäß § 4 Abs 1 GmbHG; notarielle Beurkundung erforderlich; Aufnahme in die Urkundensammlung im Firmenbuch und elektronische Abfragemöglichkeit für *Jedermann*	Formfreier Gesellschaftsvertrag[18]; kann auch konkludent abgeschlossen werden, schriftlicher Gesellschaftsvertrag ist anzuraten (vor allem in Familiengesellschaften). Eine Beglaubigung des Vertrages ist gesetzlich nicht zwingend, im Hinblick auf die steuerlichen Nachweise aber hilfreich. Der Gesellschaftsvertrag der KG ist beim Firmenbuch nicht offenzulegen.
Kraft Gesetz kein Kündigungsrecht, allerdings ist die Zustimmung des Gerichtes zur Anteilsübertragung ein Ersatz für dieses fehlende Kündigungsrecht.	Die Absicherung des Fortbestandes der KG kann über Fortsetzungsklausel mit Möglichkeit eines Fortsetzungsbeschlusses samt Vorerwerbs- und Aufgriffsregelungen erfolgen.
Der Jahresabschluss wird durch die Generalversammlung festgestellt (§ 35 Abs 1 Z 1 GmbHG)	Die Feststellung des Jahresabschlusses einer KG ist ein Grundlagengeschäft und bedarf der Zustimmung der Kommanditisten.
Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen erfordert die Errichtung eines Notariatsaktes[19]	Unabhängig von der Rechtsstellung als Komplementär oder Kommanditist können Gesellschaftsanteile formfrei übertragen werden.
Firmenbuchanmeldungen erfolgen durch die Geschäftsführung in vertretungsberechtigter Anzahl.	Bei den meisten Firmenbuchanmeldungen (jedenfalls bei allen Veränderungen im Stande der Gesellschafter) haben auch sämtliche Kommanditisten mitzuwirken.

18 Eines der heikelsten *Probleme* bei nicht schriftlich abgeschlossenen Gesellschaftsverträgen ist naturgemäß der Umstand, dass nicht nachvollziehbar ist, welche *Fassung* gerade die aktuelle ist.

19 Ständige Rechtsprechung; vgl hierzu exemplarisch OGH 17.12.2010, **6 Ob 63/10y** = RWZ 2011/15, 49 = JAP 2010/2011/17, 167 (*Rauter*) = GeS 2011, 65 (*Fantur*) = GesRZ 2011,121 (*Foglar-Deinhardstein*) = EvBl 2011/72, 507 = AnwBl 2011, 257 = wbl 2011, 327/125 (*Kraus*) = ecolex 2011/135, 335 (*Verweijen*) = RdW 2011/143, 146 = NZ 2011/62, 221 = ZUS 2011/10, 32 (*Knauder*) = RZ 2011, 119 EÜ90.

1.3 Erscheinungsformen

1.3.1 Einführung

Bei der GmbH & Co KG ***im weiteren Sinn*** ist mindestens einer von mehreren Komplementären eine natürliche Person[20]; es sind sämtliche Formen der Gesamtvertretung möglich (echte, halbseitige und gemischte Gesamtvertretung).

Die GmbH & Co KG ***im engeren Sinn*** ist dadurch gekennzeichnet, dass die einzige Komplementärin eine GmbH ist[21]. Die unbeschränkte Haftung wird auf die Komplementär-GmbH konzentriert; durch sie erfolgt die (gesamte) Geschäftsführung und Vertretung[22]. Durch die Einzelvertretung ist bei der GmbH & Co KG ieS die Komplementär-GmbH selbständig vertretungsberechtigt. Die Vereinbarung einer Gesamtvertretung oder gemischten Gesamtvertretung im Gesellschaftsvertrag ist möglich.

Bei der GmbH & Co KG ***im engsten Sinn*** ist die einzige Komplementärin eine GmbH, an der die Kommanditisten der KG beteiligt sind[23]; sie wird häufig auch als *echte GmbH & Co KG* oder *personengleiche GmbH & Co KG* bezeichnet[24]. Ihr Vorteil liegt in den gleichen Mehrheitsverhältnissen und damit in einem Gleichlauf der Willensbildung in beiden Gesellschaften. Allerdings ist diese Identität der Beteiligungsverhältnisse in den Gesellschaftsverträgen beider Gesellschaften durch Vorerwerbs- und Aufgriffsrechte abgesichert. Zudem besteht eine Pflichtversicherung als neuer Selbständiger (§ 2 Abs 1 Z 4 GSVG), wenn der Kommanditist zugleich Allein- oder Mehrheitsgesellschafter der Komplementär-GmbH ist[25].

Ist der einzige Gesellschafter der Komplementär-GmbH gleichzeitig einziger Kommanditist, so wird von einer **Einpersonen-GmbH & Co KG** gesprochen[26].

Von einer ***zweistufigen*** GmbH & Co KG, ***doppelstöckigen*** GmbH & Co KG oder ***mehrstufigen*** GmbH & Co KG wird gesprochen, wenn eine GmbH & Co KG Komplementärin einer anderen GmbH & Co KG ist[27].

---

20 Vgl hierzu weiterführend *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (2020) § 161 Rz 14. Der Vorteil bei einer GmbH & Co KG im weiteren Sinn kann in einer gemeinsamen Geschäftsführung liegen.

21 Diese Gestaltung ist in der Praxis mit großem Abstand die häufigste Variante einer GmbH & Co KG; sie wird auch als *typische GmbH & Co KG* bezeichnet. Vgl hierzu auch *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/910.

22 Die Überschuldung ist nur ein Insolvenzeröffnungsgrund bei einer GmbH & Co KG im engeren Sinne.

23 *Jabornegg* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz, CMR, AÖSp, Band 1² (2010) § 161 Rz 30.

24 OGH 9.4.1992, **8 Ob 631/90** = RdW 1992, 339.

25 VwGH 11.9.2008, **2006/08/0041**.

26 *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/912; OGH 25.10.1995, **6 Ob 1028/95**. Vgl hierzu *Pkt 1.3.2*.

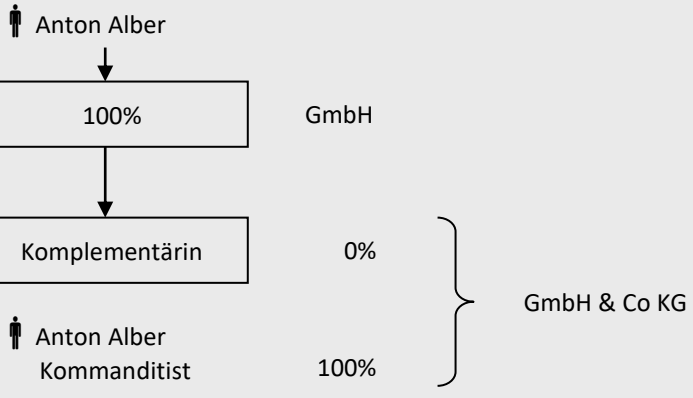
27 Die Sinnhaftigkeit solcher Gestaltungen ist sehr in Frage zu ziehen; mE waren dies untaugliche Versuche der Praxis, die Gesellschaftssteuerpflicht zu vermeiden (vgl hierzu VwGH 30.6.1986, 84/15/0166.

Bei einer **kapitalistischen GmbH & Co KG** nähert sich die Struktur der Kommanditgesellschaft jener einer Kapitalgesellschaft an[28].

1.3.2 Einpersonen-GmbH & Co KG

Die Einpersonen-GmbH & Co KG ist ein Sonderfall der personen- und beteiligungsgleichen GmbH & Co KG und ist grundsätzlich zulässig, wenngleich sie mE von der Finanzverwaltung unter *Missbrauchsaspekten* (§ 22 BAO) zunehmend kritischer gesehen wird[29]. Diese Ausprägungsform ist dadurch gekennzeichnet, dass der Alleingesellschafter der GmbH zugleich der einzige Kommanditist ist[30]. Die maßgeblichen Sonderbestimmungen einer Einpersonen-GmbH gelten grundsätzlich auch für die Einpersonen-GmbH & Co KG[31].

BEISPIEL 9:



Der Vorteil der Einpersonen-GmbH & Co KG besteht in der Effizienz der Willensbildung, weil der einzige Kommanditist auch alleiniger Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist. Der Nachteil (in rechtlicher Hinsicht) ist darin gelegen, dass eben diese

---

28 In diesem Werk wird der Begriff *kapitalistische GmbH & Co KG* für jenen Typ einer Kommanditgesellschaft verwendet, bei dem keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist und deren rechtlichen Besonderheiten das *Kapitel 3* gewidmet ist. Die rechtliche Einstufung hat aber nichts mit der Organisation der Gesellschaft zu tun: auch eine KG mit einer natürlichen Person als Komplementär kann eine kapitalistische Struktur aufweisen (Anzahl der Gesellschafter, Einschränkung der Mitwirkungsrechte der Kommanditisten, Bestellung fakultativer Organe [zB Kommanditisten Ausschuss etc]). Vgl hierzu auch weiterführend *Fritz,* Gesellschafts- und Unternehmensformen in Österreich³ (2007) Rz 3277.

29 Die konkrete Ausgestaltung ist daher so zu dokumentieren, dass die Einpersonen-GmbH & Co KG auch ohne steuerliche Effekte noch sinnvoll ist.

30 Die Einpersonen-GmbH & Co KG ist sowohl für die ***Selbstorganschaft*** (der einzige Gesellschafter ist auch Geschäftsführer) als auch für eine ***Fremdorganschaft*** (der einzige Gesellschafter bestellt einen ihm weisungsgebundenen Dritten zum Geschäftsführer der Komplementärin) geeignet.

31 Wird die Gesellschaft nur durch eine Person errichtet, so wird der Gesellschaftsvertrag durch die Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft ersetzt; auf diese sind die Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag sinngemäß anzuwenden (§ 3 Abs 2 GmbHG).

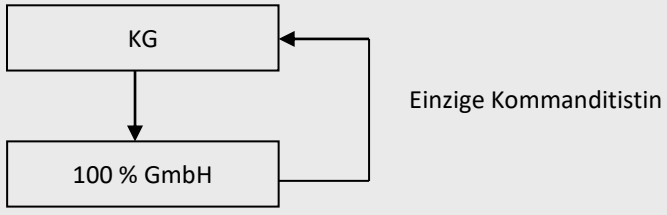
einzige Person als sog *neuer Selbständiger* gemäß § 2 Abs 1 Z 4 GSVG pflichtversichert ist[32].

1.3.3 Einheits-GmbH & Co KG

Als **Einheits-GmbH & Co KG** wird eine Gestaltung bezeichnet, bei der die Kommanditgesellschaft einzige Gesellschafterin der GmbH ist, wobei die GmbH mitunter auch einzige Kommanditistin der KG ist, die wiederum einzige Komplementärin der KG ist; ihre Zulässigkeit ist in Österreich – im Unterschied zu Deutschland – umstritten[33].

Die Struktur einer Einheits-GmbH & Co KG wird anhand der nachfolgenden **Abbildung** dargestellt:

BEISPIEL 10: ABBILDUNG



Der Vorteil dieser Gestaltungsform besteht darin, dass GmbH- und KG-Beteiligungen nicht auseinanderfallen können[34]. Probleme ergeben sich vor allem bei der Willensbildung. In der Generalversammlung der GmbH wäre die alleinige Gesellschafterin KG durch ihre Komplementärin, nämlich die GmbH, und diese durch ihren Geschäftsführer vertreten. Die Folge wäre etwa, dass sich der Geschäftsführer selbst abberufen müsste. Ein möglicher Ausweg wäre, dass die KG in der Generalversammlung der GmbH von ihren Kommanditisten vertreten wird.

Beteiligungsverhältnisse. Die GmbH ist als unbeschränkt haftende Gesellschafterin an der KG beteiligt, die Kommanditgesellschaft ihrerseits ist Alleingesellschafterin der GmbH. Die KG hält daher alle Anteile an ihrer eigenen Komplementär-GmbH[35]. Durch die wechselseitige Beteiligung von GmbH & Co KG und Komplementär-GmbH

---

32 Im Hinblick auf Entscheidungsfindungsprozesse kommen die Nachteile von Einzelunternehmen hinzu: man kann sich *verrennen*, weil es keine kritischen Meinungen zu verschiedenen Aspekten des unternehmerischen Handelns gibt. Dies gilt insbesondere dann, wenn **eine** Person **drei** verschiedene Rechtsstellungen in sich vereint: GmbH-Gesellschafter – einziger Kommanditist – Geschäftsführer.

33 *Arnold* in GS Arnold, Die GmbH & Co KG (2011) 41 f; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/914 mit Hinweisen auf den aktuellen Meinungsstand zur Anerkennung in Österreich.

34 *Fritz,* Gesellschafts- und Unternehmensformen in Österreich³ (2007) Rz 3278.

35 Insoweit ist *Arnold* in GS Arnold, Die GmbH & Co KG (2011) 42 beizupflichten, dass somit indirekt eine eigentümerlose Vermögensmasse geschaffen wird, die dem Wesen des österreichischen Gesellschaftsrechts fremd ist.

soll die Rechtsbeziehung zwischen der Kommanditgesellschaft und der GmbH unabhängig von einem allfälligen Wechsel im Stande der Gesellschafter ausgestaltet werden.

BEISPIEL 11:

Anton und Bernhard sind die einzigen Kommanditisten. Sie sind auch die einzigen Gesellschafter der als bloßer Arbeitsgesellschafterin beteiligten Alber & Berger GmbH. In weiterer Folge übertragen Anton und Bernhard ihre Geschäftsanteile an der Alber & Berger GmbH auf die Alber & Berger GmbH & Co KG; diese ist somit einzige Gesellschafterin der Alber & Berger GmbH.

Unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes spricht mE wenig gegen eine Einheits-GmbH & Co KG: Das Stammkapital der GmbH und die Haftsumme der Kommanditisten müssen – wie bei jeder GmbH & Co KG – nebeneinander bestehen und bilden zusammen das Haftkapital der Einheitsgesellschaft. Der Erwerb der Geschäftsanteile der GmbH durch die KG darf nur aus freiem Vermögen erfolgen, das die Haftsumme der Kommanditisten übersteigt. Umgekehrt können die Kommanditisten ihre Haftsumme nicht durch Einbringung von Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH leisten.[36]

1.3.4 Personen- und beteiligungsgleiche GmbH & Co KG

Begriff. Personen- und beteiligungsgleiche GmbH & Co KG ist der in der Unternehmenspraxis am häufigsten vertretene Fall. Kennzeichnend für diese Ausprägungsform der GmbH & Co KG ist, dass die Gesellschafter der GmbH und die Kommanditisten der KG ident sind und in beiden Gesellschaften im gleichen Ausmaß beteiligt sind. Bei der beteiligungsidentischen GmbH & Co KG sind die Stammeinlagen im Verhältnis der Kommanditeinlagen zu übernehmen[37].

Dadurch verfügen sie in beiden Gesellschaften über denselben Einfluss[38]. Bei dieser Personen- und beteiligungsgleichen GmbH & Co KG ist grundsätzlich ein einheitlicher unternehmerischer Auftritt gewünscht. Das Erfordernis von zwei gesellschaftsrechtlichen Organisationen zur Erreichung dieses Zieles wird als notwendige Konsequenz angesehen[39].

---

36 Dieser Grundsatz ergibt sich aus den Bestimmungen des § 172 Abs 6 UGB.

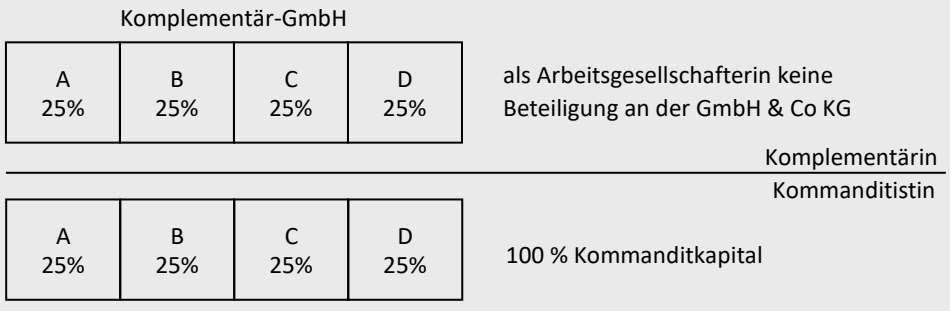
37 Vgl hierzu weiterführend *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/911; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 1136.

38 *Fritz,* Gesellschafts- und Unternehmensformen in Österreich³ (2007) Rz 3281.

39 Bei einer beteiligungsidentischen GmbH & Co KG (auch als GmbH & Co KG ieS bezeichnet) sind alle Gesellschafter im gleichen Verhältnis an beiden Gesellschaften beteiligt. In diesem Fall ist eine einheitliche Gestaltung beabsichtigt; die beiden Gesellschaften sind notwendiges *Übel*. Durch vertragliche Maßnahmen (*Verzahnung)* wird ein Gleichlauf beider Beteiligungen erreicht. Wichtigste Punkte sind dabei die Koppelung der Beteiligungen und die Angleichung der inneren Ordnungsstruktur.

Die **Struktur** einer personen- und beteiligungsgleichen GmbH & Co KG wird anhand der nachfolgenden Abbildung dargestellt:

BEISPIEL 12: ABBILDUNG



Primäres Ziel der Gesellschafter ist es üblicherweise, die gleichgelagerten Beteiligungen organisatorisch zu sichern, was angesichts der unterschiedlichen rechtlichen Strukturen beider Gesellschaften sorgfältig gestaltete Gesellschaftsverträge erfordert, die sich nicht widersprechen[40].

1.3.5 Nichtpersonen- und beteiligungsgleiche GmbH & Co KG

Begriff. Bei dieser Ausprägungsform der GmbH & Co KG sind die Gesellschafter der Komplementär-GmbH und die Kommanditisten der KG entweder verschiedene Personen oder GmbH und KG haben unterschiedliche Beteiligungsverhältnisse. Diese Struktur einer GmbH & Co KG wird gewählt, wenn nicht alle Gesellschafter den gleichen Einfluss auf die Geschäftspolitik haben sollen[41]. Der Einfluss auf die Geschäftspolitik hängt von der Art und Höhe der Beteiligung ab. Zulässig ist es, die Mitwirkungsrechte jener Gesellschafter, die lediglich als Kommanditisten an der GmbH & Co KG beteiligt sind, auf ein Minimum zu reduzieren[42].

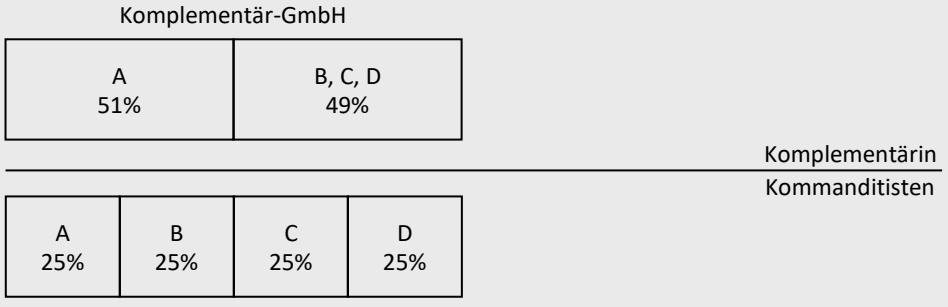
Die **Struktur** einer nicht beteiligungsgleichen GmbH & Co KG stellt sich üblicherweise wie folgt dar:

40 Die beabsichtigte Beteiligungsidentität ist auch bei der Auslegung der Gesellschaftsverträge zu beachten. Vgl hierzu OGH 9.4.1992, **8 Ob 631/90**.

41 *Fritz,* Gesellschafts- und Unternehmensformen in Österreich³ (2007) Rz 3283.

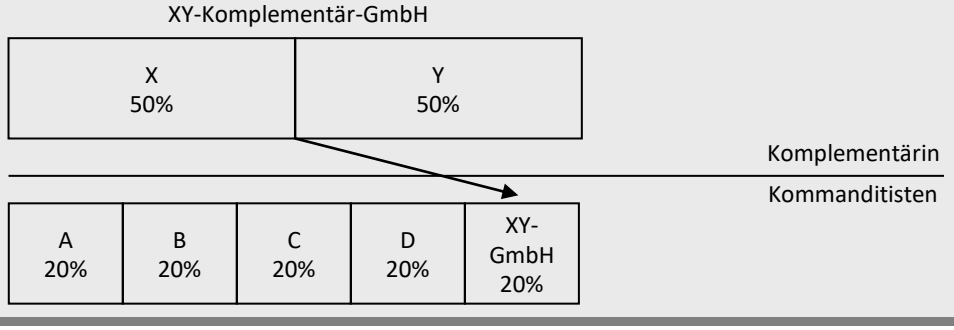
42 Eine solche zulässige Einschränkung der Mitverwaltungsrechte liegt vor, wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass die Komplementär-GmbH zur Vornahme ungewöhnlicher Geschäfte nicht die Zustimmung der Kommanditisten bedarf, oder dass für einen Zustimmungsbeschluss die einfache Mehrheit genügt.

BEISPIEL 13: ABBILDUNG



Demgegenüber zeichnet sich eine nichtpersonengleiche GmbH & Co KG dadurch aus, dass sich die an der Komplementärin beteiligten Personen von den Kommanditisten unterscheiden:

BEISPIEL 14: ABBILDUNG



Bei dieser Gestaltung ist zu überlegen, inwieweit den Kommanditisten (neben den personenverschiedenen GmbH-Gesellschaftern) auch ein Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung zukommen soll.

Die Miteinbeziehung der Kommanditisten in Geschäftsführungsfragen wird durch die nachfolgende Regelung im Gesellschaftsvertrag sichergestellt:

„(1)Zur Geschäftsführung ist die Komplementärin berechtigt und verpflichtet.

(2) Die Komplementärin hat einen Geschäftsführer zu bestellen; sollte dieser seinen Pflichten nicht mehr nachkommen können oder wollen, so hat die Generalversammlung der XY-GmbH den Geschäftsführer abzuberufen. Sämtliche Kommanditisten sind rechtzeitig über die wahrgenommenen Mängel und die beabsichtigte Abberufung zu informieren.

(3) Die Generalversammlung der XY-GmbH hat den Geschäftsführer jedenfalls abzuberufen, wenn die Gesellschafterversammlung der KG die Beendigung der Geschäftsführertätigkeit durch den betreffenden Gesellschafter beschlossen hat.

(4) Die Generalversammlung der XY-GmbH hat unverzüglich nach der Abberufung eines Geschäftsführers sowie dessen Ableben oder Amtsniederlegung einen geeigneten neuen Geschäftsführer zu bestellen. Die Generalversammlung der XY-GmbH wird jene Person zum Geschäftsführer bestellen, welche die Gesellschafterversammlung der KG namhaft gemacht hat. Diese Verpflichtung besteht nur dann nicht, wenn die Generalversammlung der XY-GmbH nach sorgfältiger Prüfung die mangelnde fachliche Eignung der nominierten Person festgestellt hat. Sollte die Gesellschafterversammlung der KG nach angemessener Frist ihr Vorschlagsrecht nicht neuerlich ausüben, so wird die Generalversammlung der Komplementärin eine geeignete Person ihrer Wahl zum Geschäftsführer bestellen."[43]

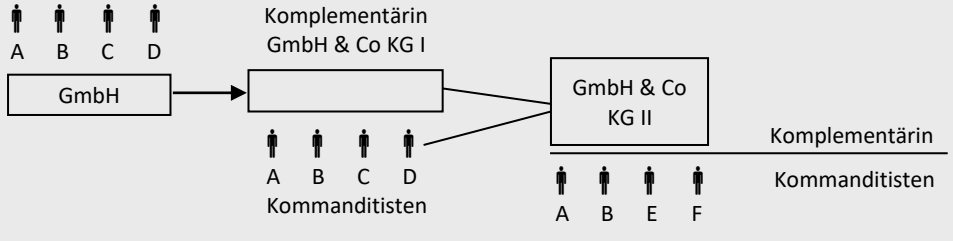
Eine praktische Bedeutung besitzt auch die GmbH & Co KG mit bewusst **abweichenden Beteiligungsverhältnissen.** Anlass zu dieser Gestaltung ist in erster Linie die *Sicherungsfunktion* der GmbH-Anteile: Die GmbH-Gesellschafter bestellen die Geschäftsführer der GmbH und damit indirekt diejenigen der KG.

1.3.6 Mehrstufige GmbH & Co KG

Begriff. Bei einer mehrstufigen GmbH & Co KG ist Komplementärin der GmbH & Co KG eine weitere GmbH & Co KG. Sie entsteht in der Regel dadurch, dass natürliche Personen zunächst eine GmbH gründen, mit der sie zusammen eine Kommanditgesellschaft (GmbH & Co KG I) errichten[44]. Die natürlichen Personen sind auch bei dieser zweiten Kommanditgesellschaft wiederum als Kommanditisten beteiligt.

Eine mehrstufige GmbH & Co KG lässt sich folgendermaßen darstellen:

BEISPIEL 15:



1.3.7 Publikumsgesellschaft

Begriff. Ein besonderer Fall einer nicht personen- und beteiligungsgleichen GmbH & Co KG ist die Publikumsgesellschaft. Charakteristisch für diese Ausprägungsform ist eine Vielzahl von Kommanditisten, deren Mitwirkung an der Gesellschaft sich auf

[43] Der Formulierungsvorschlag wurde entnommen und weiterentwickelt aus *Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2009) 433 f.

[44] *Fritz,* Gesellschafts- und Unternehmensformen in Österreich³ (2007) Rz 3285.