

Kapitel 1

Systematische Darstellung der Rechtsnatur einer GmbH & Co KG

1.1 Grundlagen

Die GmbH & Co KG ist als Sonderfall einer KG eine Personengesellschaft¹, 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 sind².

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 Praxis³; als *Hybrid* zwischen Kapital- und Personengesellschaften wirft sie nicht nur zahlreiche Zweifelsfragen auf⁴, sie hat gerade auch in den letzten Jahren für zum Teil beträchtliche Aufregung in der Literatur gesorgt⁵.

Soweit der Gesetzgeber nicht Abweichendes regelt, sind daher auf die GmbH & Co KG als KG die für die *klassische* Kommanditgesellschaft geltenden Bestimmungen anwendbar⁶.

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, Tz 1.1.

³ Vielzitiierter *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, 90 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 Tz 3.2 ff zusammengefassten Sonderbestimmungen für jene (GmbH & Co) KGs geschaffen, die schlechthin als sog *verdeckte* Kapitalgesellschaften qualifiziert werden.

⁴ *Völkl* in Bergmann/Ratka (Hrsg), Handbuch Personengesellschaften (2011) 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.

1.2 Vor- und Nachteile der GmbH & Co KG

Gegenüber einer *normalen* Kommanditgesellschaft hat die GmbH & Co KG¹² vor allem folgende **Vorteile**:

- Keine am Unternehmen beteiligte physische Person haftet bei redlicher Geschäftsgebarung unbeschränkt¹³, da diese entweder Gesellschafter der GmbH und/oder Kommanditisten sind.
- Zulässigkeit einer *Drittorganschaft*¹⁴: Geschäftsführer der GmbH & Co KG kann ein Dritter sein, der nicht an den Gesellschaften beteiligt ist¹⁵.
- 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	•	
Aufstellung von zwei Jahresabschlüssen		•

¹² 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.

¹³ Vgl im Hinblick auf § 83 Abs 2 GmbHG jedoch das Beispiel 46.

¹⁴ Dem im Recht der Personengesellschaften geltenden Grundsatz der Selbstorganschaft (vgl Band 1, Tz 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.

¹⁵ 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.

1.5 Die Folgen der Rechtsformentscheidung pro GmbH & Co KG

1.5.1 Kapitalaufbringung anlässlich der Gesellschaftsgründung

Während bei einer *klassischen* KG kraft Gesetz anlässlich der Gründung kein Gesellschafter Bar- oder Sacheinlagen zu leisten hat, ist bei einer GmbH & Co KG zumindest das Mindeststammkapital für die Komplementärgesellschaft aufzubringen.

1.5.2 Das Stammkapital

Bedeutung. Das Stammkapital dient der Aufbringung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens. Nachdem in der GmbH die persönliche (Erfolgs-)Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaften ausgeschlossen ist, hat das Stammkapital eine Ersatzfunktion für eben diese persönliche Haftung.⁶² Das Stammkapital gewährleistet anlässlich der Gründung der Gesellschaft ein *Mindestanfangsvermögen*.

Das Stammkapital muss nicht von allen Gesellschaftern in gleicher Weise aufgebracht werden, einzelne Gesellschafter können die Stammeinlage in barem Geld (*Bareinlagen*), andere durch Einbringung von Vermögensgegenständen (*Sacheinlagen*) oder auch gemischt (*gemischte Einlage*) aufbringen. Der Betrag der Stammeinlage kann für die einzelnen Gesellschafter verschieden bestimmt werden. Kein Gesellschafter darf bei Errichtung der Gesellschaft mehrere Stammeinlagen übernehmen.

Mindestkapital. Das zwingend erforderliche – und auf einen in Eurowährung bestimmten Nennbetrag lautende – Stammkapital von mindestens € 35.000,-- (§ 6 Abs 1 GmbHG) kann nicht als Garantie für ein ausreichendes Eigenkapital verstanden werden; es ist im Ergebnis nur eine *Seriositätsschwelle* für die Rechtsform der GmbH. Die Vereinbarung eines *unrunden* Stammkapitalbetrages (zB € 39.847,36) ist zulässig⁶³.

Unterkapitalisierung. Obgleich das GmbH-Gesetz keine Bestimmung enthält, wonach die Gesellschaft mit einem angemessenen Eigenkapital ausgestattet sein muss, ist es aus Gründen des Gläubigerinteresses geboten, die Gesellschaft mit einem angemessenen Eigenkapital auszustatten, sodass etwaige Ansprüche von Gläubigern erfüllt werden können. Als Unterkapitalisierung gilt, wenn die Gesellschafter ihre Gesellschaft nicht mit jenem Eigenkapital ausstatten, das dem Umfang und dem Zweck des Geschäftes entspricht. Den Gesellschaftern ist daher zu empfehlen, die Gesellschaft mit einem ausreichenden Eigenkapital auszustatten, damit dieser eine Teilnahme am Wirtschaftsleben unter ordnungsgemäßen Voraussetzungen ermöglicht wird⁶⁴.

⁶² Vgl in diesem Sinne OGH 13.7.1995, 6 Ob 570/94 = NZ 1996, 240 = JBl 1996, 528 = SZ 68/129 = eclex 1997, 99.

⁶³ Fritz, Die GmbH in der Praxis [SWK-Spezial] (2007) Rz 142.

⁶⁴ Vgl Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997) Rz 2/464 ff, 363 ff.

2.3 Firma

Die Komplementär-GmbH und die (GmbH & Co) KG führen voneinander **getrennte** Firmen¹⁷⁰. Für beide Firmen gelten die *üblichen* Firmengrundsätze¹⁷¹.

Die Firma der Kommanditgesellschaft hat ihre **Rechtsformbezeichnung** entweder ausgeschrieben oder in Form einer allgemein verständlichen Abkürzung zu enthalten (§ 19 Abs 1 Z 3 UGB). Haftet bei der GmbH & Co KG keine natürliche Person unbeschränkt, muss dieser Umstand aus der Firma erkennbar sein (§ 19 Abs 2 UGB).

Gebräuchliche **Abkürzungen** für den Rechtsformzusatz:

- GmbH & Co KG¹⁷²
- GmbH & Co. KG
- GmbH & Co
- GmbH & Cie KG
- GmbH & Cie. KG
- Verwendung des Wortes *und* statt &

Für den Rechtsformteil *GmbH* sind alle gängigen Abkürzungen zulässig (GesmbH, G.m.b.H., Gesellschaft mbH usw) nicht aber *GsmbH*.¹⁷³ Ein ausgeschriebener Rechtsformzusatz *Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Co Kommanditgesellschaft* ist zulässig, aber in der Praxis nicht gebräuchlich.

Der Rechtsformzusatz muss nicht unbedingt am Ende des Firmenwortlautes stehen.¹⁷⁴

Beispiel 23:

Bauer GmbH & Co Unternehmensberatung

Der Rechtsformzusatz muss auch nicht in ununterbrochener Reihenfolge geschrieben sein.

Beispiel 24:

Gesellschaft für Unternehmensberatung mbH & Co KG

¹⁷⁰ In § 161 UGB ist bestimmt, dass die KG eine eigene Firma führt. Aus dieser Verpflichtung ist augenscheinlich erkennbar, dass es sich bei einer GmbH & Co KG um zwei unterschiedliche Rechtspersonen handelt, die sich zur Führung eines (oder gelegentlich auch mehrerer) Unternehmen verbinden.

¹⁷¹ Dazu zählen die Firmenausschließlichkeit, -einheit, -öffentlichkeit, -wahrheit, -beständigkeit und -identität. Vgl hierzu Band 1, Tz 1.7.2.

¹⁷² ME sollte man insoweit nicht *experimentieren* und bei der bewährten, allgemein gebräuchlichen Schreibweise „GmbH & Co KG“ bleiben. Die *Besonderheit* eines Unternehmens und sein Wettbewerbsvorteil stützen sich mit Sicherheit nicht auf eine außergewöhnliche Schreibweise des Rechtsformzusatzes (die im Übrigen von den Firmenbuchgerichten erst anerkannt werden muss).

¹⁷³ OGH 26.3.2009, 6 Ob 46/09x.

¹⁷⁴ *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 1142.

2.10 Willensbildung der Gesellschafter

Die Gesellschafterversammlung ist das für die Willensbildung in der KG maßgebliche Organ, in der sämtliche Gesellschafter repräsentiert sind. Bei der GmbH & Co KG besteht die Gesellschafterversammlung daher grundsätzlich aus der Komplementär-GmbH und den Kommanditisten²⁵³. Es ist zulässig, die Beteiligung der Komplementär-GmbH an der Willensbildung zu beschränken.

Beispiel 29:

Der Komplementärin steht in der Gesellschafterversammlung ein Teilnahme-, Frage-, und Informationsrecht zu, das durch ihr Geschäftsleitungsorgan ausgeübt wird. Sofern es sich nicht um Änderungen des Gesellschaftsvertrages handelt, ist die KG von der Ausübung ihres Stimmrechtes ausgeschlossen.

Das oberste Willensbildungsorgan der GmbH ist die **Generalversammlung**, die (auch) für die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer zuständig ist, denen neben der Geschäftsführung und Vertretung der Komplementärin vor allem die Geschäftsführung und Vertretung der KG obliegt.

Beispiel 30:

Die Beteiligungsverhältnisse an einer personengleichen GmbH & Co KG stellen sich wie folgt dar:

Komplementär-GmbH				als Arbeitsgesellschafterin keine Beteiligung an der GmbH & Co KG
A 51%	B 13%	C 13%	D 13%	
				Komplementärin
				Kommanditisten
A 10%	B 30%	C 30%	D 30%	100% Kommanditkapital

In der Entscheidungsfindung der KG spielt der Kommanditist „A“ angesichts seiner Minderheitsbeteiligung keine große Rolle. Als Mehrheitsgesellschafter der Komplementär-GmbH kann er die Bestellung eines Geschäftsführers (auch seiner eigenen Person!) durchsetzen, dem seinerseits auch die Vertretung der KG obliegt. Diese Machtfülle von „A“ könnte nur insoweit neutralisiert werden, als die Geschäftsführung vor Abschluss bestimmter Geschäfte der KG einer Zustimmung der Kommanditisten bedarf.

²⁵³ Arnold in GS Arnold, Die GmbH & Co KG (2011) 144.

3.6 Rechnungslegung

Auf die (unternehmerisch tätige) GmbH & Co KG im engeren Sinne³²⁹ sind im Hinblick auf die Rechnungslegungspflicht (§ 189 Abs 1 Z 1 zweiter Halbsatz UGB) anzuwenden:

- die für Kapitalgesellschaften geltenden Bestimmungen;
- die *allgemeinen* Vorschriften für den Jahresabschluss und den Lagebericht (§§ 222 bis 267 UGB); sowie
- die Bestimmungen über die Prüfung, Offenlegung, Veröffentlichung und Zwangsstrafen (§§ 268 bis 283 UGB).³³⁰

Tritt in eine solche GmbH & Co KG eine natürliche Person als Komplementär ein oder ändert ein Kommanditist seine Rechtsstellung, so enden die Offenlegungsvorschriften (erst) im Jahr dieser Änderung.³³¹

Gehört einer GmbH & Co KG neben der Komplementär-GmbH keine physische Person als persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis an, kommen die Rechnungslegungsvorschriften der GmbH auch für das Unternehmen der KG vollinhaltlich zur Anwendung (§ 221 Abs 5 UGB).³³²

Beispiel 42:

An einer GmbH & Co KG sind Anton Alber und die xy-GmbH als unbeschränkt haftende Gesellschafter beteiligt. Am 28. Dezember ändert Anton Alber seine Rechtsstellung in die eines Kommanditisten. Wenn nach dem Ausscheiden einer natürlichen Person als vorletzter Komplementär am 28. Dezember eines dem Kalenderjahr entsprechenden Wirtschaftsjahres nur mehr eine Komplementär-GmbH überbleibt, so gelten – obwohl dieser Zustand nur zwei Tage dauert – für den Jahresabschluss zum 31.12. die für Kapitalgesellschaften maßgeblichen Bestimmungen.

Ist bei einer unternehmerisch tätigen eingetragenen Personengesellschaft kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so unterliegt die GmbH & Co KG hinsichtlich der in den §§ 244 bis 267 UGB geregelten Tatbestände den der Rechtsform ihres unbeschränkt haftenden Gesellschafters entsprechenden Rechtsvorschriften³³³ (§ 244 Abs 3 UGB).

³²⁹ Bei der GmbH & Co KG ieS ist kein Komplementär eine natürliche Person (vgl hierzu im Detail Tz 1.3.1).

³³⁰ *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duurma-Kepplinger/Roth M.*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 1191.

³³¹ Vgl hierzu auch OGH 29.1.2004, 6 Ob 303/03g = RdW 2004/313, 341 = EvBl 2004/119 = RWZ 2004, 102 (Wenger).

³³² Zum Jahresabschluss und zur Offenlegung im Detail vgl *Fritz*, GmbH-Praxis I Vertragsmuster und Eingaben (2004) 1795 ff.

³³³ Ist der unbeschränkt haftende Gesellschafter keine Kapitalgesellschaft (also etwa ein Verein), so gelten die Vorschriften für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

3.9 Geltung der Kapitalerhaltungsvorschriften

3.9.1 Einführung

Nach Auffassung des OGH sind die §§ 82 ff GmbHG analog auf die GmbH & Co KG (ohne natürliche Person als weiteren Komplementär) anzuwenden und zwar auch dann, wenn nicht die GmbH, sondern die KG leistet und Leistungsempfänger ein nicht auch an der GmbH beteiligter Kommanditist ist. Der Anspruch aus den §§ 82 und 83 GmbHG steht der Kommanditgesellschaft und nicht der Komplementär-GmbH zu. Unter der Annahme, die GmbH & Co KG sei im Hinblick auf die Kapitalbindung wie eine GmbH zu behandeln, ist diese Schlussfolgerung konsequent.

Die analoge Anwendung der §§ 82 ff GmbHG auf verdeckte Kapitalgesellschaften führt zu folgenden **Konsequenzen**:

- Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist auch auf Kommanditisten einer verdeckten Kapitalgesellschaft anwendbar und umfasst auch verdeckte Ausschüttungen.
- Rückersatzanspruch der KG; daneben besteht eine zusätzliche Haftung gemäß § 172 Abs 3 UGB.
- Haftung auch von Dritten, sofern
 - ▼ Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis, dass
 - ▼ Zahlung der KG an (oder für Rechnung des) Kommanditisten
 - ▼ ohne adäquate Gegenleistung bzw die Gegenleistung einem Fremdvergleich nicht standhält.
- Verstöße gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz sind im streitigen Verfahren von Amts wegen zu berücksichtigen.³⁶⁶

Abfindungszahlungen der KG (Abschichtung) an ausscheidenden Kommanditisten sind nur mittels Kapitalherabsetzungsverfahren gemäß §§ 55 ff GmbHG zulässig. Eine Alternative wäre die Übernahme des Kommanditanteils durch andere bzw neue Gesellschafter. Die maximale Ausschüttung erfolgt nur vom festgestellten Bilanzgewinn; der Auszahlungsanspruch entsteht mangels anderer gesellschaftsvertraglicher Regelung erst mit Feststellung des Jahresabschlusses.

Die Bestimmung des § 82 GmbHG verfolgt den Gläubigerschutz. Das Kapital der GmbH & Co KG ist gleich zu schützen wie das Stammkapital der GmbH. Das Stammkapital ist eine Art „Staumauer“; § 82 GmbHG stellt sicher, dass nur der die Staumauer überragende Vermögensteil ausgeschüttet wird.

³⁶⁶ OGH 19.11.2002, 4 Ob 252/02s.



Hinweis

Dem Gläubigerschutz dienen konkret folgende Kapitalerhaltungsmaßnahmen und insolvenzprophylaktische Handlungen der Geschäftsführung einer GmbH & Co KG:

- *Allgemeinverpflichtung der Geschäftsführung zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*
- *Verpflichtung zur Einberufung der Generalversammlung bei Verlust des halben Stammkapitals*
- *Ersatzpflicht bei Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG), unzulässiger Verteilung von Gesellschaftsvermögen, Zahlungen nach Eintritt der Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft*
- *Beachtung des Ausschüttungsverbotes (§ 82 Abs 5 GmbHG)*
- *Verpflichtung zur richtigen Darstellung wesentlicher Tatsachen im Jahresabschluss, Anhang und Lagebericht des Unternehmens*
- *Einhaltung der Fristen zur Aufstellung, Vorlage und Veröffentlichung des Jahresabschlusses*
- *Verpflichtung zur Angabe aller wesentlichen Umstände und Änderungen im Anhang (§ 236 UGB)*
- *Erläuterungspflicht im Anhang bei Ausweis eines negativen Eigenkapitals (§ 225 Abs 1 UGB)*
- *Berichtspflicht der Geschäftsführung an den Aufsichtsrat*
- *Einleitung eines Unternehmensreorganisationsverfahrens bei kumulativer Über- und Unterschreitung der URG-Kennziffern*
- *Verträge, mit welchen die Gesellschaft dauernd zu ihrem Geschäftsbetrieb bestimmte Anlagen oder Liegenschaften für eine 1/5 des Stammkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll*

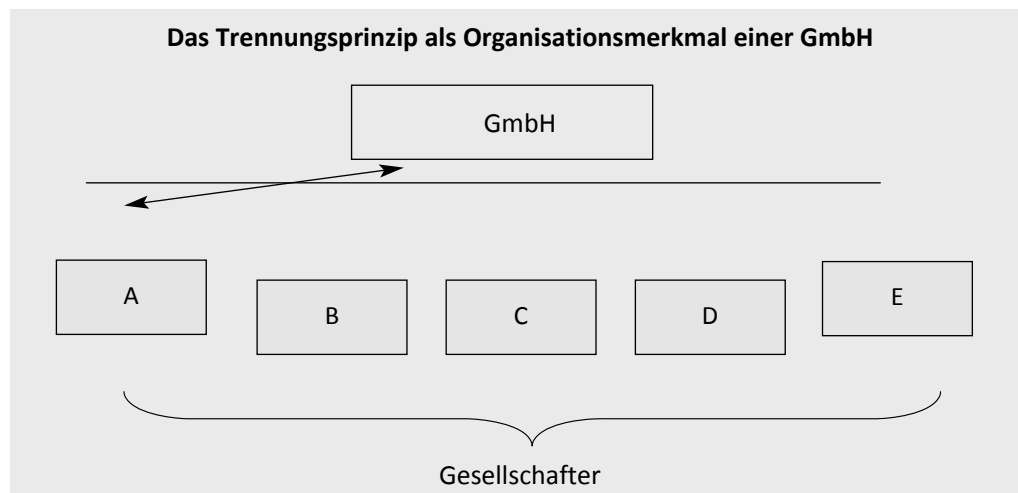
Zur Entscheidung vom 29.5.2008, 2 Ob 225/07p: Ist bei einer Kommanditgesellschaft kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so sind die Vorschriften über das Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 Abs 1 und § 83 Abs 1 GmbHG auf die Kommanditgesellschaft im Verhältnis zu ihren Kommanditisten analog anzuwenden. Auf die Beteiligung der Kommanditisten an der KG kommt es nicht an. Der Rückersatzanspruch gemäß § 83 Abs 1 GmbHG steht der Kommanditgesellschaft zu. § 172 Abs 3 UGB ist neben dem aus einer Analogie zu § 82 GmbHG gewonnenen Ausschüttungsverbot anzuwenden.

Um den Begriff **Verbotene Einlagenrückgewähr** in seiner Tragweite zu verstehen, sollte zunächst klar sein, dass die Gesellschafter einer GmbH & Co KG nur Anspruch auf Auszahlung des Bilanzgewinnes sowie des Kapitalherabsetzungsbetrages haben. Im Falle von Rechtsgeschäften mit GmbH-Gesellschaftern und/oder Kommanditisten gilt das Prinzip *at arm's length*. Gemeinnützige Leistungen an Dritte sind erlaubt; gegenüber Gesellschaftern ist wiederum Fremdüblichkeit erforderlich.

3.9.7 Verdeckte Ausschüttungen

3.9.7.1 Grundlagen

Aufgrund des **Trennungsprinzips** (Trennung zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern) sind Rechtsgeschäfte des Gesellschafters mit *seiner* Gesellschaft grundsätzlich zulässig.



Es ist daher auch erlaubt, wenn der Gesellschafter aus einem derartigen Rechtsgeschäft von der Gesellschaft eine Leistung erhält.⁴⁰¹ Die Grenze liegt aber dort, wo nur Geschäfte zu angemessenen (fremdüblichen) Konditionen zulässig sind; andernfalls liegt eine Begünstigung des Gesellschafters und damit eine verbotene Einlagenrückgewähr vor (*verdeckte Ausschüttung*).⁴⁰²

Der **Begriff** verdeckte Ausschüttung⁴⁰³ (oder auch verdeckte Vermögenszuwendung, verdeckte Vermögensverlagerung) soll ausdrücken, dass unter dem *Deckmantel* des Verkehrsgeschäftes eine Vermögenszuwendung an den Gesellschafter erfolgt, diese also hinter dem Verkehrsgeschäft *verdeckt* wird. Allerdings kommt es nur auf objektive Kriterien, nicht hingegen auf eine besondere Umgehungsabsicht an. Eine positivrechtliche Grundlage für diesen Ansatz findet sich § 82 Abs 4 GmbHG, die für satzungsmäßig verankerte Verpflichtungen zu wiederkehrenden Leistungen ebenfalls auf die Angemessenheit der Vergütung abstellen. Dieses Prinzip lässt sich auch auf sonstige, außerhalb der Satzung vereinbarte Rechtsgeschäfte übertragen.

⁴⁰¹ Fritz, Gesellschafts- und Unternehmensformen in Österreich³ (2007) Rz 520.

⁴⁰² Im Steuerrecht ist die korrekte Ermittlung des Gewinnes der Gesellschaft (Nichtanerkennung von Aufwendungen als Betriebsausgaben, die in Wahrheit eine Vermögenszuwendung an den Gesellschafter und damit eine Gewinnverwendung darstellen) vom Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung betroffen. Die Wertungskriterien sind in beiden Rechtsgebieten ähnlich, sodass sich auch die zahlreichen steuerrechtlichen Erkenntnisse als Anhaltspunkt für die gesellschaftsrechtliche Beurteilung heranziehen lassen. Aufgrund des unterschiedlichen Zwecks der beiden Rechtsgebiete bestehen im Detail Unterschiede.

⁴⁰³ Ebenfalls häufig verwendete Bezeichnungen sind verdeckte Gewinnausschüttung, verdeckte Vermögenszuwendung oder verdeckte Vermögensverlagerung.

AUFLÖSUNG UND LIQUIDATION EINER GMBH

