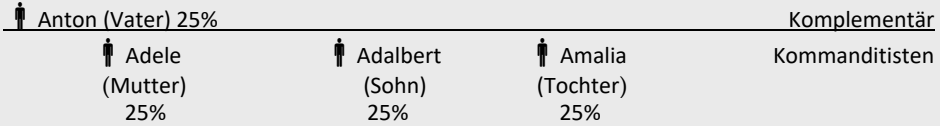


**BEISPIEL 1:**

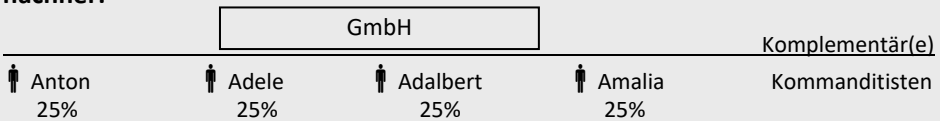
Ausgangslage ist eine Familien-KG, bei welcher der Vater („Anton“) als Familienoberhaupt einziger unbeschränkt haftender Gesellschafter ist.

**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.

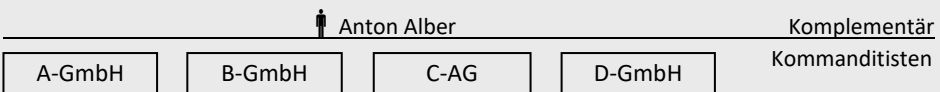
**nachher:**



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

**BEISPIEL 2:**

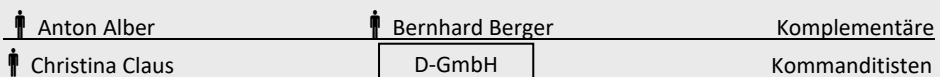
Der Komplementär ist eine physische Person, die vier Kommanditisten sind Kapitalgesellschaften.



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.

### 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 Fremdganschaft	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 <i>Jedermann</i>	Formfreier Gesellschaftsvertrag <sup>18</sup> ; 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 <sup>19</sup>	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.

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

<sup>19</sup> 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.

## Kapitel 2

# Errichtung einer GmbH & Co KG und Gestaltung des Gesellschafts- vertrages

## 2.1 Die verschiedenen Wege zur GmbH & Co KG – Übersicht

Die Gründung einer GmbH & Co KG kann erfolgen durch

- a) Neugründung einer GmbH und einer KG<sup>139</sup>;
- b) Neugründung einer KG unter Verwendung einer bestehenden GmbH;
- c) Eintritt einer GmbH in eine bestehende KG
  - als weiterer Komplementär (GmbH & Co KG iwS); oder
  - anstelle eines Komplementärs; oder
  - anstelle des bisher einzigen Komplementärs (GmbH & Co KG ieS); oder
  - anstelle aller Komplementäre
- d) Formwechsel von einer OG in eine KG, wenn sämtliche (bis auf einen) Gesellschafter ihre Rechtsstellung in jene eines Kommanditisten ändern und eine beteiligte GmbH (einzige) Komplementärin bleibt;
- e) eine errichtende Umwandlung, bei der eine GmbH & Co KG dadurch entsteht, dass die bisherigen Kapitalgesellschafter an der Nachfolge-KG als Kommanditisten beteiligt werden, während die zu diesem Zweck neu gegründete GmbH Komplementärin wird<sup>140</sup>.

Das Gründungsrecht der GmbH & Co KG resultiert aus der Kombination unternehmensrechtlicher Bestimmungen über die Einrichtung einer KG (§§ 161 ff UGB) mit solchen des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Zum Teil sind diese Regelungen dispositiv und durch den Gesellschaftsvertrag näher zu präzisieren. Die beiden Gesellschaftsverträge sind daher aufeinander abzustimmen.

---

<sup>139</sup> Üblicherweise wird – vor allem aus Haftungsgründen – in einem ersten Schritt die GmbH errichtet, die in weiterer Folge als Komplementärin mit mindestens einem Kommanditisten zeitgleich die KG gründet. In diesem Fall ist ein zeitversetzter Eingang der Firmenbuchanmeldungen beim Firmenbuchgericht erforderlich. Die KG kann gleichzeitig mit der GmbH angemeldet und eingetragen werden. Aber sogar vor der Eintragung der GmbH ist nach Ansicht von *Ulrich Torggler* die Eintragung der KG möglich. Allerdings sind Personen als Komplementäre einzutragen, die beim Abschluss des KG-Vertrages im Namen der GmbH gehandelt haben. Dies wird in der Regel nicht erwünscht sein. Vgl hierzu weiterführend *Torggler* in *GS Arnold*, Die GmbH & Co KG (2011) 65.

<sup>140</sup> Die Zulässigkeit eines solchen Beitritts im Zuge der errichtenden Umwandlung ist seit dem Übernahmerechts-Änderungsgesetz 2006 (BGBl I 75/2006) gesetzlich klargestellt.

## 2.4 Firmenzeichnung

Die ordnungsgemäße Zeichnung der GmbH & Co KG erfolgt in der Form,

- dass die Geschäftsführer der Komplementärin
- unter die Firma der KG
- jene der GmbH setzen und
- diese nach den für die GmbH geltenden Vertretungsregeln unterfertigen<sup>188</sup>.

### BEISPIEL 25:

X-GmbH & Co KG	
X-GmbH	
Anton Maier (Geschäftsführer)	Albin Müller (Geschäftsführer)

Für die Zeichnung der GmbH & Co KG im Geschäftsverkehr sind die vorstehenden Grundsätze zwar nicht zwingend erforderlich<sup>189</sup>, doch zur Vermeidung einer persönlichen Haftung empfehlenswert<sup>190</sup>.

Jeder Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sowie eine allenfalls vorhandene natürliche Person als Komplementär sind zu einer **Musterzeichnung** zur Aufbewahrung bei Gericht verpflichtet (§ 107 UGB).

## 2.5 Unternehmensgegenstand

Da der Komplementär ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder im Geschäftszweig der KG Geschäfte machen noch an anderen gleichwertigen Gesellschaften als unbeschränkt haftender Gesellschafter teilnehmen darf (§ 161 Abs 2 UGB iVm § 112 Abs 1 UGB), sollte der GmbH gegebenenfalls eine Ausnahme vom Wettbewerbsverbot im KG-Vertrag ermöglicht werden.

Der Unternehmensgegenstand einer Komplementär-GmbH, die ausschließlich als Arbeitsgesellschafterin tätig ist, kann folgendermaßen vereinbart werden:

*„Unternehmensgegenstand ist die Beteiligung an anderen Unternehmen, insbesondere als persönlich haftende Gesellschafterin der [Firma] GmbH & Co KG, sowie die Übernahme der Geschäftsführung und Managementaufgaben für diese Unternehmen. Die Gesellschaft ist zu allen Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks notwendig oder nützlich erscheinen.“*

<sup>188</sup> OGH 9.3.1982, **1 Ob 792/82** = EvBl 1983/92.

<sup>189</sup> Angesichts der beispielhaft dargestellten *Komplexität* der Firmenzeichnung ist davon auszugehen, dass diese vielfach nicht den gesetzlichen Bestimmungen entspricht.

<sup>190</sup> Eine solche könnte insbesondere dann eintreten, wenn weder aus den Begleitumständen der Firmenzeichnung noch der Willenserklärung klar hervorgeht, dass das Geschäft nur namens der GmbH & Co KG und nicht als Eigengeschäft des Erklärenden geschlossen werden sollte (OGH HS 3063). Vgl hierzu auch *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 1144.

## 2.11 Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses

Im Gegensatz zur GmbH kann bei einer KG das Kündigungsrecht generell nicht ausgeschlossen werden (§ 161 Abs 2 iVm § 132 Abs 2 UGB); das Gleiche gilt, wenn die Kündigung durch eine nicht angemessene Kündigungsfrist oder nachteilige Kündigungsbedingungen erschwert wird.

## 2.12 Wettbewerbsverbot

Da der Komplementär ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder im Geschäftszweig der KG Geschäfte machen darf noch an anderen gleichwertigen Gesellschaften als unbeschränkt haftender Gesellschafter teilnehmen darf (§ 161 Abs 2 UGB iVm § 112 Abs 1 UGB), sollte der GmbH gegebenenfalls eine Ausnahme vom Wettbewerbsverbot im KG-Vertrag ermöglicht werden.

Die Komplementär-GmbH unterliegt dem Wettbewerbsverbot des § 112 UGB; das ist dann wichtig, wenn es sich um eine nicht beteiligungsidentische GmbH & Co KG handelt. Eine **Ausnahme vom Wettbewerbsverbot** zugunsten der Komplementär-GmbH kann im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden. Heikel ist auch, wenn eine GmbH Komplementärin mehrerer KGs mit dem gleichen Firmenwortlaut ist.

Für den Geschäftsführer der Komplementärin gilt das Wettbewerbsverbot des § 24 GmbHG nicht, jedoch jenes des § 112 UGB.

### BEISPIEL 31:

*„Über das Wettbewerbsverbot des § 24 GmbHG hinaus, ist es dem Geschäftsführer auch untersagt, sich im Umfang des § 112 Abs 1 UGB im Unternehmensgegenstand der GmbH & Co KG zu betätigen.“*

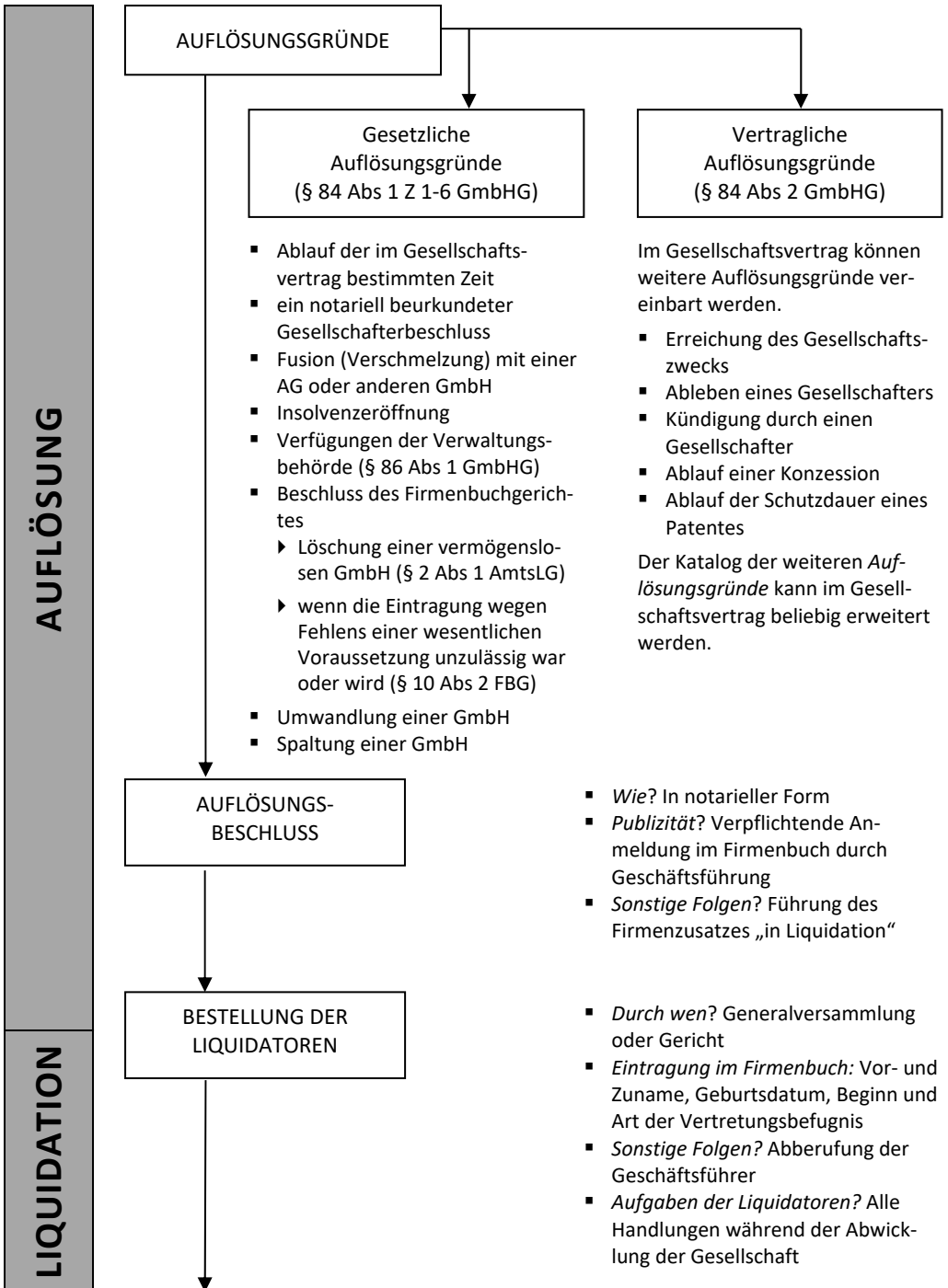
## 2.13 Informations- und Einsichtsrechte der Kommanditisten

In der GmbH & Co KG haben Kommanditisten, die zugleich Gesellschafter der Komplementär-GmbH sind, das Informationsrecht aus den Bestimmungen der §§ 45 bis 48 GmbHG auch hinsichtlich der Angelegenheiten der KG<sup>266</sup>. Umkehrt lautet die Kernfrage: Steht Nur-KG-Kommanditisten grundsätzlich auch das Einsichtsrecht gegenüber GmbH-Angelegenheiten offen? Unstrittig ist insoweit, dass den Kommanditisten ein über § 166 UGB hinausreichendes Informationsrecht zusteht, soweit dieses zur sachgerechten Wahrnehmung der Mitverwaltungsrechte oder zur Entscheidung über Änderungen des Gesellschaftsvertrages erforderlich ist<sup>267</sup>.

<sup>266</sup> OGH 21.2.2008, 6 Ob 11/08y.

<sup>267</sup> Harrer, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010) 365 ff.

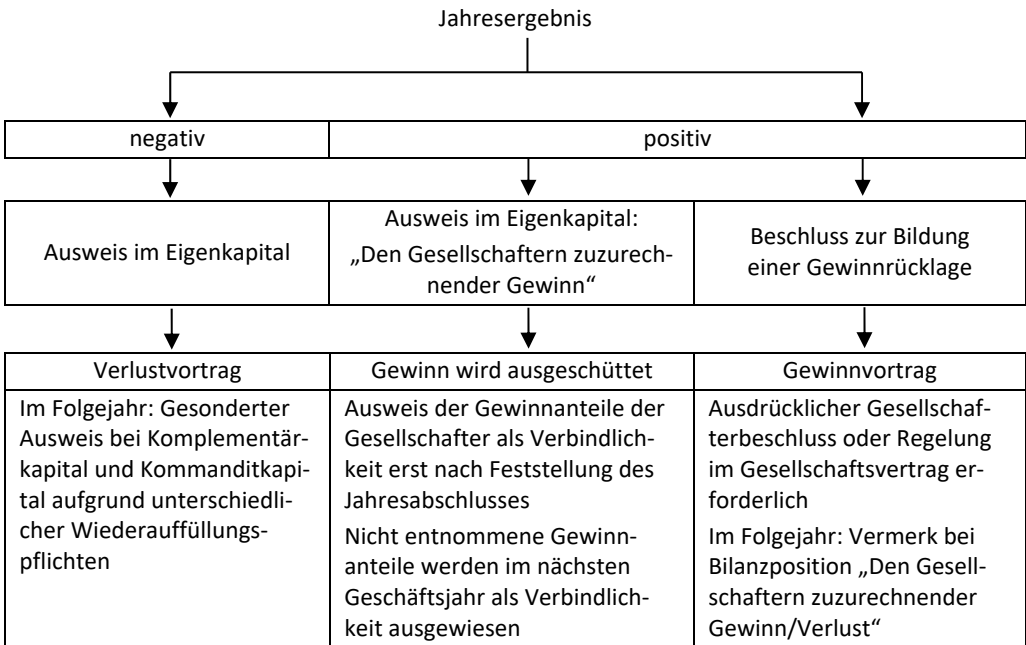
## AUFLÖSUNG UND LIQUIDATION EINER GMBH



## 4.6 Zurechnung von Gewinnen und Verlusten

Mit der Feststellung des Jahresabschlusses entsteht der Anspruch der Gesellschafter auf Ausschüttung ihres Gewinnanteiles. Nachdem der Beschluss zur Gewinnverwendung erst gefasst wird, wenn der Jahresabschluss aufgestellt wird, wird der Gewinn im Jahresabschluss ausgewiesen und nicht auf den Gesellschafterkonten erfasst. Erst nach erfolgtem Gewinnverwendungsbeschluss erfolgt die Zurechnung des Gewinnes zu den einzelnen Gesellschaftern. Ein allfälliger Verlust ist ebenfalls erst nach Feststellung des Jahresabschlusses den Komplementären und Kommanditisten zuzurechnen.

Die Auswirkungen des Jahresergebnisses auf Gewinn(vortrag) und Verlustvortrag stellen sich wie folgt dar:



Gewinne dürfen nur aufgrund eines festgestellten Jahresabschlusses ausgestellt werden. Die Ausschüttung bedarf überdies eines Gewinnverteilungsbeschlusses der Gesellschafter. Gewinne, welche unter Missachtung dieser Vorschriften ausbezahlt werden, sind von den Gesellschaftern zurückzuerstatten. Entnahmen sind jedenfalls unzulässig, wenn dadurch das Eigenkapital der Gesellschaften negativ wird.