

# Die GmbH & Co KG als optimale Immobilienprojektgesellschaft? - Ein Rechtsformvergleich mit der GmbH unter Berücksichtigung des Gesellschafts- und Grunderwerbsteuer- sowie ausgewählten Aspekten des Ertragsteuerrechts.

Masterthese zur Erlangung des akademischen Grades  
“Master of Science”

eingereicht bei  
Mag. Dr. Stefan Eder

Mag. Karim Mousa

00403155

Wien, 04.10.2022

## Eidesstattliche Erklärung

Ich, **MAG. KARIM MOUSA**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Masterthese, "DIE GMBH & CO KG ALS OPTIMALE IMMOBILIENPROJEKTGESELLSCHAFT? - EIN RECHTSFORMVERGLEICH MIT DER GMBH UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DES GESELLSCHAFTS- UND GRUNDERWERBSTEUER- SOWIE AUSGEWÄHLTEN ASPEKTEN DES ERTRAGSTEUERRECHTS.", 80 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich das Thema dieser Arbeit oder Teile davon bisher weder im In- noch Ausland zur Begutachtung in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 04.10.2022

---

Unterschrift

## Kurzfassung

Gewerbliche Immobilienprojekte werden beinahe ausschließlich unter Verwendung von juristischen Personen abgewickelt. Die gegenständliche Arbeit befasst sich mit der Frage, ob die GmbH & Co KG im Vergleich zur GmbH die geeignetere Rechtsform für deren Umsetzung ist. Unter Bezugnahme auf einschlägige Literatur und Judikatur erfolgt ein Rechtsformenvergleich unter Berücksichtigung des Gesellschafts- und Grunderwerbsteuer- sowie ausgewählten Aspekten des Ertragsteuerrechts. Zunächst werden die dogmatischen Unterschiede der beiden Gesellschaftsformen herausgearbeitet. In weiterer Folge findet eine Würdigung der bestehenden Unterschiede statt. Dabei wird auf die selbst definierten Phasen der Immobilienprojektentwicklung „Gründung und Verwaltung der Gesellschaft während der Projektentwicklung“, „Finanzierung des Immobilienprojektes“, „Entwicklung und Verwaltung des Immobilienprojektes“ sowie „Beendigung des Immobilienprojektes“ Bezug genommen. In den Schlussfolgerungen werden die Erkenntnisse in den Kontext von – aus der Sicht des Autors essentiellen, der Frage der Rechtsform voranzustellenden – Grundsatzentscheidungen vor dem Beginn der Projektabwicklung gestellt. Da Immobilienprojekte vielfältig sind und sich in der Struktur, Ablauf, Finanzierung und weiteren Faktoren unterscheiden, besteht keine binäre Lösung der Forschungsfrage. Wie der Rechtsformvergleich zeigt, sind teilweise nur im Detail Unterschiede festzustellen, welche letztlich jedoch nicht bei jedem Immobilienprojekt von Bedeutung sind. Andere bestehende Unterschiede sind grundsätzlicher Natur, haben aber für die Abwicklung von Immobilienprojekten keinerlei Bedeutung. Allerdings können wiederum weitere Charakteristika der untersuchten Rechtsformen zu einer Vereinfachung der Projektabwicklung führen, deren Finanzierung erleichtern und Gewinne optimieren. Aus der Perspektive des Grunderwerbsteuerrechts zeigt die gegenständliche Untersuchung keine eindeutigen Vorteile im Zusammenhang mit einer der beiden Rechtsformen. Aus gesellschaftsrechtlichen und ertragsteuerrechtlichen Überlegungen ist – sofern im jeweiligen Immobilienprojekt Potential für die Verwirklichung der Vorteile besteht – aufgrund der gegenständlichen Untersuchung der GmbH & Co KG der Vorzug zu gewähren. Insbesondere die gesellschaftsrechtliche Verwaltung der Liegenschaft, die Möglichkeit der rechtlich zulässigen Umgehung von Kapitalerhaltungsvorschriften sowie das ertragsteuerliche Durchgriffsprinzip sprechen für die GmbH & Co KG als Immobilienprojektgesellschaft. Da sich die Rechtslage und Judikatur stetig weiterentwickelt, stellt die gegenständliche Bewertung nur eine Momentaufnahme dar, welche anhand zukünftiger rechtlicher Grundlagen erneut durchzuführen ist.

## Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
AG	Aktiengesellschaft
bzw	beziehungsweise
EKEG	Eigenkapitalersatzgesetz
EStG	Einkommenssteuergesetz
EUR	Euro
GGG	Gerichtsgebührengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
IO	Insolvenzordnung
idgF	in der geltenden Fassung
iSd	im Sinne des
KG	Kommanditgesellschaft
KStG	Körperschaftsteuergesetz
lit	litera
mMn	meiner Meinung nach
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UmgrStG	Umgründungssteuergesetz
Z	Ziffer

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>Gesellschaftsrechtliche Grundlagen</b> .....	<b>3</b>
<b>2.1</b>	<b>Gesellschaftsrechtlicher Rahmen der GmbH</b> .....	<b>3</b>
2.1.1	Grundlagen .....	3
2.1.2	Gründung der Gesellschaft.....	4
2.1.3	Struktur der Gesellschafter .....	6
2.1.4	Einlagen in die Gesellschaft .....	6
2.1.5	Kapitalerhaltungsvorschriften .....	8
2.1.6	Eigenkapitalersatz .....	9
2.1.7	Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft .....	10
2.1.8	Geschäftsführung und Vertretung.....	11
2.1.9	Änderungen und laufende Organisation der Gesellschaft.....	13
2.1.10	Beendigung der Gesellschaft.....	15
<b>2.2</b>	<b>Gesellschaftsrechtlicher Rahmen der GmbH &amp; Co KG</b> .....	<b>16</b>
2.2.1	Grundlagen .....	16
2.2.2	Gründung der Gesellschaft.....	17
2.2.3	Struktur der Gesellschafter .....	18
2.2.4	Einlagen in die Gesellschaft .....	20
2.2.5	Kapitalerhaltungsvorschriften .....	21
2.2.6	Eigenkapitalersatz .....	23
2.2.7	Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft .....	23
2.2.8	Geschäftsführung und Vertretung.....	24
2.2.9	Änderungen und laufende Organisation der Gesellschaft.....	26
2.2.10	Beendigung der Gesellschaft.....	28
<b>2.3</b>	<b>Vergleichende Würdigung</b> .....	<b>30</b>
2.3.1	Gründung und Verwaltung der Gesellschaft während der Projektentwicklung .....	30
2.3.2	Finanzierung des Immobilienprojektes .....	33
2.3.3	Entwicklung und Verwaltung des Immobilienprojektes.....	36
2.3.4	Beendigung des Immobilienprojektes .....	36
<b>3</b>	<b>Grunderwerbsteuer bei GmbH und GmbH &amp; Co KG</b> .....	<b>38</b>
<b>3.1</b>	<b>Grunderwerbsteuer bei der GmbH</b> .....	<b>38</b>
3.1.1	Ankauf.....	38
3.1.2	Einbringung (außerhalb des UmgrStG) .....	39
3.1.3	Anteilsübertragung/-vereinigung .....	41

3.1.4	Sachausschüttung.....	44
3.1.5	Umgründungen iSd UmgrStG.....	45
3.1.6	Liquidation.....	45
<b>3.2</b>	<b>Grunderwerbsteuer bei der GmbH &amp; Co KG.....</b>	<b>45</b>
3.2.1	Ankauf.....	45
3.2.2	Einbringung (außerhalb des UmgrStG).....	45
3.2.3	Änderung des Gesellschafterbestandes.....	46
3.2.4	Sachausschüttung.....	49
3.2.5	Umgründungen iSd UmgrStG.....	50
3.2.6	Liquidation.....	50
3.2.7	Anwachsung.....	50
<b>3.3</b>	<b>Vergleichende Würdigung.....</b>	<b>51</b>
3.3.1	Gründung und Verwaltung der Gesellschaft während der Projektentwicklung.....	51
3.3.2	Finanzierung des Immobilienprojektes.....	52
3.3.3	Entwicklung und Verwaltung des Immobilienprojektes.....	52
3.3.4	Beendigung des Immobilienprojektes.....	52
<b>4</b>	<b>Ertragsteuern bei GmbH und GmbH &amp; Co KG – Ausgewählte Aspekte</b>	<b>54</b>
<b>4.1</b>	<b>Ertragsteuern bei der GmbH – Ausgewählte Aspekte.....</b>	<b>54</b>
4.1.1	Grundlagen.....	54
4.1.2	Ertragsteuerliche Auswirkungen von Immobilientransaktionen.....	56
<b>4.2</b>	<b>Ertragsteuern bei der GmbH &amp; Co KG – Ausgewählte Aspekte.....</b>	<b>58</b>
4.2.1	Grundlagen.....	58
4.2.2	Ertragsteuerliche Auswirkungen von Immobilientransaktionen.....	60
<b>4.3</b>	<b>Vergleichende Würdigung.....</b>	<b>61</b>
4.3.1	Gründung und Verwaltung der Gesellschaft während der Projektentwicklung.....	61
4.3.2	Finanzierung des Immobilienprojektes.....	61
4.3.3	Entwicklung und Verwaltung des Immobilienprojektes.....	61
4.3.4	Beendigung des Immobilienprojektes.....	62
<b>5</b>	<b>Schlussfolgerungen.....</b>	<b>63</b>
	<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>69</b>
	<b>Judikaturverzeichnis.....</b>	<b>72</b>
	<b>Rechtsquellenverzeichnis.....</b>	<b>73</b>
	<b>Abbildungsverzeichnis.....</b>	<b>74</b>

# 1 Einleitung

Ein Immobilienprojekt wird in der Regel unter Verwendung juristischer Personen, insbesondere Kapitalgesellschaften, umgesetzt. Dadurch soll die persönliche Haftung der handelnden Personen hintangehalten werden. In der Praxis gründen versierte Immobilienentwickler je Immobilienprojekt eine eigene Projektgesellschaft, um ein potentiell Klumpenrisiko zu minimieren. Die Rechtsform der Wahl ist in den meisten Fällen die GmbH. Praktisch nie als Projektgesellschaft wird die Rechtsform der Aktiengesellschaft genutzt. Sie dient einzelnen größeren Immobilienprojektentwicklern als Rechtsform ihrer Holdinggesellschaft. Die GmbH als Projektgesellschaft ist bekannt und weit verbreitet.

In der Vergangenheit hat sich jedoch auch die Rechtsform GmbH & Co KG am Markt etablieren können. Bei dieser oft unbeachtet gebliebenen Rechtsform können gleichzeitig die Vorteile einer GmbH sowie die einer Kommanditgesellschaft genutzt werden. Insbesondere bei Bauherrnprojekten ist die GmbH & Co KG eine beliebte und in der rechtlichen sowie steuerrechtlichen Beratung regelmäßig empfohlene Rechtsform. Abseits von Bauherrnmodellen besteht allerdings nach wie vor eine gewisse Zurückhaltung in der Nutzung dieser juristischen Person. Bei einer reinen Projektgesellschaft ist weiterhin die GmbH die bevorzugte Gesellschaftsform. Je nach Strukturierung des Immobilienprojekts bietet die GmbH & Co KG jedoch nutzbare Potenziale, welche in der Praxis oftmals übersehen werden.

Die gegenständliche Arbeit setzt sich mit der Forschungsfrage auseinander, **welche Vorteile oder Nachteile die GmbH & Co KG, im Vergleich zur GmbH als Projektgesellschaft, bei der Umsetzung von Immobilienprojekten mit sich bringt**. Durch einen Vergleich der beiden Rechtsformen unter Berücksichtigung der in der Praxis mMn relevanten Entscheidungsparameter soll die gewählte Forschungsfrage bearbeitet werden.

Dabei ist allerdings bereits vorweg festzuhalten: Es kann kein abschließendes Urteil über eine bestimmte Rechtsform getroffen werden. Denn so vielfältig Immobilienprojekte sind, so vielfältig sind auch die Gründe, um sich für eine Rechtsform zu entscheiden. Mancher Vorteil einer Rechtsform ist für die Umsetzung eines spezifischen Projektes schlichtweg nicht relevant, wodurch etwaige Nachteile schwerer wiegen. Die Wahl der Rechtsform sollte sohin nach einer Definition des Immobilienprojektes

an sich, der Klärung der Frage wie die Liegenschaft erworben werden kann/soll („asset deal“ oder „share deal“) sowie der notwendigen Finanzierung erfolgen.

Der gegenständlichen Arbeit liegt als Ausgangshypothese das klassische Szenario der Immobilienentwicklung in Österreich zu Grunde. Ein Immobilienentwickler gründet eine Projektgesellschaft, mit welcher eine Immobilie angekauft werden soll. Für die Finanzierung des Vorhabens wird neben Eigenkapital auch Kapital von dritter Seite benötigt. Der Ankauf erfolgt entweder als „asset deal“ (Erwerb der Liegenschaft an sich) oder als „share deal“ (Erwerb einer juristischen Person, welche Eigentümerin der Liegenschaft ist). In weiterer Folge soll die Liegenschaft entwickelt und verwertet oder werden.

Auf Basis der skizzierten Ausgangshypothese werden folgende, selbst definierte Phasen Phasen der Immobilienentwicklung beleuchtet:

- Gründung und Verwaltung der Gesellschaft während der Projektentwicklung
- Finanzierung des Immobilienprojektes
- Entwicklung und Verwaltung des Immobilienprojektes
- Beendigung des Immobilienprojektes

In diesem Zusammenhang erfolgt eine nähere Darstellung mit den mMn wesentlichen Unterschieden der beiden Rechtsformen. Die jeweiligen Vorteile und Nachteile werden je Kapitel benannt und aufgrund der persönlichen Erfahrung gewürdigt. In einer zusammenfassenden Darstellung sollen die wesentlichen Vorteile und Nachteile am Ende der Arbeit unter Berücksichtigung der gängigen Abwicklungsoptionen in einer persönlichen Einschätzung und Wertung münden.

## 2 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen

Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde zunächst in Deutschland entwickelt und besteht dort seit dem Jahr 1892. Anders als andere Gesellschaftsformen hat diese sich nicht historisch entfaltet, sondern wurde künstlich geschaffen.<sup>1</sup> In Österreich orientierte man sich am deutschen Vorbild und verfasste ebenfalls ein GmbH-Gesetz, welches erstmals 1906 in Kraft trat.<sup>2</sup>

Auch die GmbH & Co KG ist eine Entwicklung der „Wirtschaftspraxis“, um insbesondere steuerliche Vorteile zu generieren.<sup>3</sup> Die Literatur bezeichnet diese als eine noch nicht umfassend kodifizierte gänzlich „neue Gesellschaftsform“.<sup>4</sup> Der mMn zutreffenden hM nach ist die GmbH & Co KG eine besondere Ausformung der Kommanditgesellschaft, welche zum Kreis der Personengesellschaften zählt.

Beide Rechtsformen werden als juristische Personen bezeichnet, die zur Durchführung der unternehmerischen Tätigkeit genutzt werden. In der Immobilienprojektentwicklung ist die GmbH mit Abstand die am weitest verbreitetste Rechtsform. Allerdings wird vermehrt auf die GmbH & Co KG zurückgegriffen, weil diese weitere nutzbare Gestaltungsoptionen bietet.

### 2.1 Gesellschaftsrechtlicher Rahmen der GmbH

#### 2.1.1 Grundlagen

Die GmbH ist heute die bedeutendste Rechtsform Österreichs. Sie kann für verschiedenste unternehmerische, nicht-unternehmerische oder ideelle Tätigkeiten als Trägerin des Unternehmens bzw Handelnde herangezogen werden. Sofern in Sondergesetzen keine ausdrückliche Regelungen enthalten sind, ist das Tätigkeitsfeld der GmbH, mit Ausnahme von Versicherungsgeschäften und politischer Tätigkeit, uneingeschränkt. Der Zweck der GmbH darf lediglich nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen.<sup>5</sup>

Die Beliebtheit der GmbH besteht in der – dem Namen folgenden – beschränkten Haftung der Gesellschafter, welche nur in Einzelfällen durchbrochen wird (siehe unten

<sup>1</sup> *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, online Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Einführung (Stand 1.8.2020, rdb.at) Rz 22; *Harrer*, Personengesellschaft 27.

<sup>2</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar<sup>3</sup>, Allg. Einl Rz 1.

<sup>3</sup> *Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010) 428f.

<sup>4</sup> Ebd. 430.

<sup>5</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar<sup>3</sup>, Allg. Einl Rz 18ff.

Punkt 2.1.7). Die Gesellschafter haften für die Tätigkeiten der Gesellschaft lediglich mit den von ihnen geleisteten Stammeinlagen. Die Summe der einzelnen Stammeinlagen stellt das Stammkapital der Gesellschaft dar. Dieses ist, mit Ausnahmen einzelner Gründungsvarianten, bei der Gesellschaftsgründung zumindest zur Hälfte in Bar einzuzahlen (siehe unten Punkt 2.1.4). Mehrere Reformen haben in den letzten Jahren unterschiedliche Modifikationen im Bereich des bei der Gründung aufzubringenden Stammkapitals gebracht. Das Ziel war es stets, Unternehmensgründungen zu erleichtern sowie Unternehmertum zu fördern.

Die GmbH – als eine eigenständige juristische Person – ist rechts-, partei- und insolvenzfähig. Zudem ist die GmbH auch Trägerin des Gesellschaftsvermögens. Es muss jedoch scharf zwischen Vermögen der Gesellschaft sowie dem Vermögen der Gesellschafter unterscheiden werden (Trennungsprinzip).<sup>6</sup> Jede GmbH hat zwingend über zwei Organe zu verfügen, nämlich der Geschäftsführung (Vertretungsorgan) und der Generalversammlung (Willensbildungsorgan). In bestimmten Fällen sieht § 29 GmbHG die verpflichtende Bestellung eines Aufsichtsrats vor. Beispiele hierfür wären ein Stammkapital von über EUR 70.000,00 oder die Überschreitung der Anzahl der im Durchschnitt beschäftigten Arbeitnehmer von über 300.

## 2.1.2 Gründung der Gesellschaft

Die GmbH wird durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrages errichtet. Der Gesellschaftsvertrag ist gemäß § 4 Abs 3 GmbHG zwingend in Form eines Notariatsaktes oder, unter Nutzung „elektronischer Kommunikationsmöglichkeiten“ gemäß § 69b NO, als elektronischer Notariatsakt abgefasst zu werden. Jeder Gesellschaftsvertrag benötigt zwingenderweise den folgenden Mindestinhalt: 1. die Firma der Gesellschaft, 2. den Sitz der Gesellschaft, 3. den Gegenstand des Unternehmens, 4. die Höhe des Stammkapitals sowie 5. den Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage). Alle weiteren Inhalte sind fakultativ. Neben dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages ist auch die Bestellung der ersten Geschäftsführung erforderlich.

Gemäß § 2 Abs 1 GmbHG entsteht die GmbH erst, wenn diese auch im Firmenbuch eingetragen wird. Die Eintragung hat demnach konstitutive Wirkung. Allerdings kann die GmbH bereits vor der Eintragung geschäftlich tätig werden und verfügt bereits

---

<sup>6</sup> *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG, Einführung (Stand 1.8.2020, rdb.at) Rz 4.

über ein Vermögen (Ansprüche auf Leistung der Stammeinlage).<sup>7</sup> Nach hM haften die Gründer der Gesellschaft für Verbindlichkeiten der errichteten jedoch noch nicht eingetragenen GmbH unmittelbar und unbeschränkt.<sup>8</sup>

Zur Eintragung im Firmenbuch sind zusätzliche Formalitäten einzuhalten. Wie bereits ausgeführt, bedarf es einer zwingenden Bestellung der ersten Geschäftsführung. Wenn ein Gesellschafter zum Geschäftsführer bestellt wird, kann dies auch im Gesellschaftsvertrag selbst aufgenommen werden. Andernfalls bedarf es eines beglaubigten Beschlusses der Gesellschafter über die Bestellung der Geschäftsführung (§ 9 Abs 2 GmbHG). Der Anmeldung ist eine Musterzeichnung eines jeden bestellten Geschäftsführers anzuschließen (§ 9 Abs 3 GmbHG). In der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung im Firmenbuch hat die Geschäftsführung zu erklären, die Stammeinlage sei zur freien Verfügung überlassen oder stehe in der Verfügung eines Notars als Treuhänder sowie sei nicht, etwa durch Gegenforderungen, beschränkt (§ 10 Abs 3 erster und zweiter Satz GmbHG). Hierüber ist ein Nachweis eines Kreditinstitutes oder des Notars als Treuhänder zu erbringen (§ 10 Abs 3 erster und zweiter Satz GmbHG). Sofern die Einlagen nicht nur in Geld geleistet werden, bestehen darüber hinaus weitere einzuhaltende Formalia (siehe unten Punkt 2.1.4).

Die Gründung einer GmbH ist mit einigem Aufwand verbunden. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber in § 9a GmbHG die Möglichkeit einer vereinfachten Gründung geschaffen. Bei dieser Gründungsform übernimmt ein Kreditinstitut die ansonsten vom Notar geleisteten wesentlichen Aufgaben (ua Bestätigung der Identität, Errichtung der Errichtungserklärung – nicht als Notariatsakt, Abnahme der Musterzeichnung). Allerdings ist kein Kreditinstitut verpflichtet, dieses Service anzubieten, anders als ein Notar, welcher dies nur in Ausnahmefällen verweigern darf.<sup>9</sup> Die vereinfachte Gründung ist allerdings nur bei jenen GmbHs erlaubt, an welchen lediglich eine einzige natürliche Person als Gründer beteiligt ist.

Um den Aufwand einer Gründung zu umgehen, werden in der Praxis auch häufig Vorratsgesellschaften erworben. Dabei handelt es sich um Gesellschaften, die auf Reserve gegründet werden und im Bedarfsfall kurzfristig verkauft werden können. Der

---

<sup>7</sup> *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG, § 2 (Stand 1.8.2020, rdb.at) Rz 53.

<sup>8</sup> *Ebd.* Rz 69.

<sup>9</sup> *Potyka* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 9a (Stand 1.9.2021, rdb.at) Rz 10, 37.

Erwerb einer solchen Gesellschaft ist in der Regel mit einem finanziellen Mehraufwand verbunden, weil neben dem Stammkapital auch ein Aufpreis für die Serviceleistung zu bezahlen ist.

### 2.1.3 Struktur der Gesellschafter

An einer GmbH können sich unbeschränkt viele Gesellschafter beteiligen. Solche können sowohl natürliche wie auch juristische Personen sein. Das Gesetz geht von der grundsätzlichen Gleichbehandlung aller Gesellschafter aus. Im Gesellschaftsvertrag kann einzelnen oder einer Gruppe von Gesellschaftern Sonderrechte eingeräumt werden. Jegliche Ungleichbehandlung bedarf aber stets die Zustimmung der ungleichbehandelten Gesellschafter.

Der Fortbestand einer GmbH ist von den persönlichen Verhältnissen eines Gesellschafters unabhängig. Schulden oder gar eine Insolvenz eines Gesellschafters beeinträchtigen die GmbH nur insofern, als der Geschäftsanteil an ihr durch Gläubiger verwertet werden kann. Die Gesellschaft kann aber dadurch nicht aufgelöst oder (automatisch) gekündigt werden.

### 2.1.4 Einlagen in die Gesellschaft

Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, eine Stammeinlage in die Gesellschaft zu leisten. Die Höhe der Stammeinlage ist Gegenstand der Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern. Die Stammeinlage kann in Bar oder als Sacheinlage geleistet werden. Sacheinlagen müssen Vermögenswerte darstellen, welche bilanz- oder aktivierungsfähig sind.<sup>10</sup> Dienstleistungen der Gesellschafter sind „nicht sacheinlagefähig“<sup>11</sup>, weshalb die GmbH keine Arbeitsgesellschafter kennt.

Die Summe der Stammeinlagen bildet das Stammkapital der Gesellschaft. In § 6 Abs 1 GmbHG wird der Mindestbetrag von EUR 35.000,00 als Stammkapital festgesetzt. Um Gründungen zu erleichtern, ermöglichte es der Gesetzgeber in § 10b GmbHG, eine GmbH mit einem Stammkapital von lediglich EUR 10.000,00 zu gründen. Diese sogenannte „Gründungsprivilegierung“ muss gleich bei der Gründung in Anspruch genommen werden. Zehn Jahre nach der Eintragung der GmbH im Firmenbuch endet die Gründungsprivilegierung gemäß § 10b Abs 5 zweiter Satz

<sup>10</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar<sup>3</sup>, § 6 Rz 15.

<sup>11</sup> *van Husen/Krejci* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 6 (Stand 1.11.2008, rdb.at) Rz 175.

GmbHG ex lege. Die Gesellschafter sind dann zur Leistung des restlichen Stammkapitals verpflichtet.<sup>12</sup>

Ungeachtet der Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung muss gemäß § 6a Abs 1 GmbHG die Hälfte des Stammkapitals grundsätzlich in Bar voll aufgebracht werden. Ausnahmen bestehen gemäß § 6a Abs 2 und 3 GmbHG lediglich für die Gründung einer GmbH zum Zweck der Fortführung von Unternehmen durch bestimmte Familienmitglieder. Die Pflicht zur Hälfteinzahlung bedeutet allerdings nicht, dass alle Gesellschafter zumindest die Hälfte ihrer Stammeinlagen leisten müssen. Aufgrund von § 10 Abs 1 erster Satz GmbH können manche Gesellschafter auch bloß ein Viertel ihrer Stammeinlage leisten. Insgesamt müssen von den Gesellschaftern jedoch zumindest EUR 17.500,00 in Bar einbezahlt werden. Somit begünstigt die Gründungsprivilegierung nicht die Einlageleistung der Gesellschafter, sondern lediglich die Gründung selbst.

Aus § 6a Abs 1 GmbHG ergibt sich die Möglichkeit, mehr als die Hälfte des Stammkapitals durch Sacheinlagen aufzubringen. Sofern gemäß § 6a Abs 4 GmbHG die aktienrechtlichen Vorschriften über die Gründungsprüfung eingehalten werden, kann die GmbH auch nur mit Sacheinlagen gegründet werden. Zudem sieht das Gesetz eine weitere Ausnahme vor, wenn ein Unternehmen in die GmbH eingebracht wird, welches mehr als 5 Jahre besteht. Die Sacheinlagen und Sachübernahmen sind im Gesellschaftsvertrag festzuschreiben. Die Gesellschafter müssen einen schriftlichen Gründungsbericht über den Hergang der Gründung abfassen. Darin sind jene Umstände offenzulegen, welche die Angemessenheit für die Sacheinlage und Sachübernahme sowie die gewährten Leistungen bestimmen (beispielsweise Anschaffungs- und Herstellungskosten). Der Gründungsbericht ist an die Geschäftsführung und an das Firmenbuchgericht zu übermitteln. Die Geschäftsführung sowie ein externer Gründungsprüfer haben den Ablauf der Gründung, gleichzeitig auch den Wert der Sacheinlage und Sachübernahme zu prüfen.<sup>13</sup> In der Praxis macht sich im Regelfall der Mehraufwand, die erheblichen Kosten der Gründungsprüfung sowie die zeitliche Verzögerung nicht bezahlt, um eine Sachgründung durchzuführen.

---

<sup>12</sup> *van Husen/Krejci* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10b (Stand 1.10.2014, rdb.at) Rz 122.

<sup>13</sup> *Zollner* in *Gruber/Harrer (Hrsg)*, GmbHG<sup>2</sup> § 6a Rz 24ff.

### 2.1.5 Kapitalerhaltungsvorschriften

Jeder Gesellschafter hat Anspruch auf den Bezug etwaiger Gewinne der Gesellschaft. Gewinne der GmbH werden an die Gesellschafter im Verhältnis ihrer geleisteten Stammeinlagen ausgeschüttet. A lineare Gewinnausschüttungen sind, wenn sie gesellschaftsvertraglich vereinbart wurden, ebenfalls möglich. Allerdings bedürfen diese in der Regel einer wirtschaftlichen Begründung.

Abseits eines Gewinnbezuges sind die Gesellschafter nicht berechtigt, Entgelte ohne Gegenleistung von der Gesellschaft entgegenzunehmen. Auch die von den Gesellschaftern einmal geleisteten Einlagen haben gemäß § 82 Abs 1 GmbHG bei der Gesellschaft zu verbleiben und dürfen den Gesellschaftern nicht rückgewährt werden. In Österreich bestehen strenge Regelungen über die Kapitalerhaltung. Diese gehen über die bloße Erhaltung der einmal geleisteten Einlagen hinaus. Umfasst ist jeglicher Transfer von Vermögen aus der GmbH an den Gesellschafter, welcher nicht vom Gewinn umfasst ist oder keinem Drittvergleich<sup>14</sup> standhält. Auch eine allfällige Zustimmung der Gesellschafter berechtigt nicht zur Vornahme einlagenrückgewährender Maßnahmen.<sup>15</sup> Das Verbot der Einlagenrückgewähr beinhaltet nicht nur Leistungen von der Gesellschaft an die Gesellschafter, sondern auch an etwaige Schwestergesellschaften, weil dadurch die gemeinsame Muttergesellschaft wirtschaftlich bevorteilt wird. Auch Leistungen an die Gesellschafter der direkten Gesellschafter sind ob des Verbotes der Einlagenrückgewähr untersagt.<sup>16</sup>

Die Regelungen über die Einlagenrückgewähr gehen über die Zahlung von Geldbeträgen an oder für die Gesellschafter hinaus. Für die Immobilienprojektentwicklung sind hier insbesondere die Bestellung von Hypotheken oder Haftungsübernahmen für Schulden der Gesellschafter hervorzuheben. Aber auch die Übernahme von Schulden oder sonstigen Verpflichtungen sowie der vergünstigte Verkauf einer Liegenschaft an den Gesellschafter sind vom Verbot der Einlagenrückgewähr umfasst.<sup>17</sup>

Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr haben nach hM und Rsp die absolute Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge.<sup>18</sup> Leistungen können vom Gesellschafter jedenfalls zurückgefordert werden. Auch von Dritten können entspre-

---

<sup>14</sup> Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 82 (Stand 1.12.2017, rdb.at) Rz 2.

<sup>15</sup> Ebd. Rz 59f.

<sup>16</sup> Ebd. Rz 84f.

<sup>17</sup> Ebd. Rz 65ff.

<sup>18</sup> Ebd. Rz 72.

chende Leistungen rückgefordert werden, falls diese Kenntnis von der Einlagenrückgewähr hatten oder grob fahrlässig agierten.<sup>19</sup> Kreditinstitute unterliegen zwar nicht einer „umfassenden Prüfpflicht“, müssen sich jedoch erkundigen, wenn sich ein „Missbrauch geradezu aufdrängen musste“.<sup>20</sup> In der Praxis sind Banken jedoch sehr wohl bemüht, bei der Immobilienfinanzierung etwaige Verstöße gegen die Einlagenrückgewähr zu erkennen.

#### 2.1.6 Eigenkapitalersatz

Gewährt ein Gesellschafter der GmbH einen Kredit, hat er Anspruch auf Rückzahlung gemäß der vertraglichen Vereinbarungen. Diese allgemeine Feststellung ist in zweifacher Hinsicht einzuschränken: Einerseits müssen die Konditionen im Kreditvertrag fremdüblich sein. Insbesondere die vereinbarten Zinsen haben dem Marktniveau zu entsprechen. Andernfalls unterläge die Vereinbarung dem Verbot der Einlagenrückgewähr.

Andererseits sind Kredite der Gesellschafter iSd EKEG an die GmbH im Zeitpunkt einer Krise von der Rückzahlungssperre gemäß § 14 Abs 1 EKEG umfasst. Diese Kredite werden gemäß § 1 EKEG als eigenkapitalersetzend angesehen. Der Tatbestand der Krise wird in § 2 EKEG näher definiert. Darunter fallen im Wesentlichen die Zahlungsunfähigkeit der GmbH gemäß § 66 oder deren Überschuldung iSd § 67 IO. Zudem stellt auch ein Absinken der Eigenmittelquote der GmbH auf weniger als 8% bei einer fiktiven Schuldentilgungsdauer von mehr als 15 Jahren eine Krisensituation dar, es sei denn es bestehe kein Reorganisationsbedarf.

Nicht jede Kreditgewährung ist vom EKEG umfasst. Gemäß § 3 EKEG ist ein Kredit insbesondere in folgenden Fällen nicht eigenkapitalersetzend: Wenn ein Geldkredit für nicht mehr als 60 Tage und ein Warenkredit oder sonstiger Kredit für nicht mehr als sechs Monate gewährt oder wenn ein vor der Krise gewährter Kredit verlängert oder dessen Rückzahlung gestundet wird.

Die Rückzahlungssperre gilt zudem nur für Gesellschafter, welche einen bestimmten Einfluss auf die Gesellschaft ausüben können. In § 5 EKEG werden hierfür Kriterien definiert, wie beispielsweise eine Beteiligung von 25%, Mehrheit der Stimmrechte, Sonderrecht auf Geschäftsführung welches mit der Beteiligung verbunden ist oder

---

<sup>19</sup> *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 (Stand 1.12.2017, rdb.at) Rz 88.

<sup>20</sup> *Ebd.* Rz 83.

beherrschender Einfluss auch ohne Beteiligung. Auch Gesellschafter der Muttergesellschaft sind gemäß § 8 EKEG umfasst, wenn sie beispielsweise die GmbH mittelbar beherrschen oder mittelbar mit zumindest 33% an ihr beteiligt sind. Dies gilt ebenso für mittelbare oder unmittelbare Gesellschafter der Großmuttergesellschaft, wenn die Muttergesellschaft mit 25% an der kreditnehmenden Gesellschaft beteiligt ist.

Auch die Bestellung von bestimmten im Gesetz definierten Sicherheiten durch Gesellschafter ist dem EKEG unterworfen. Gemäß § 15 EKEG kann der Dritte, auch bei gesonderter Vereinbarung, bis zur Sanierung der GmbH auf die Sicherheit des Gesellschafters iSd EKEG greifen. Dabei muss er zuvor nicht gegen die schuldende GmbH an sich vorgehen. Der Regress des Gesellschafters iSd EKEG gegenüber der GmbH ist bis zu ihrer Sanierung ausgeschlossen.<sup>21</sup>

#### 2.1.7 Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft

Wie einleitend bereits ausgeführt (siehe oben Punkt 2.1.1) ist die GmbH eine juristische Person mit eigenem Vermögen. Sie alleine haftet als solche für ihre entstandenen Verbindlichkeiten. So wie die GmbH nicht für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter haftet<sup>22</sup>, müssen die Gesellschafter auch nicht für die Verbindlichkeiten der GmbH eintreten. Dies resultiert aus dem fundamentalen, dem Wesen der GmbH zugrundeliegenden, Trennungsprinzip.

Der Gesellschafter ist lediglich zur Leistung der gesellschaftsvertraglichen Einlage verpflichtet. Wird die Stammeinlage nicht zur Gänze geleistet oder ungerechtfertigterweise zurückgewährt, hat die GmbH einen Anspruch gegen den Gesellschafter auf Volleinzahlung bzw Rückzahlung. Dieser Anspruch stellt einen selbstständigen Vermögenswert dar und kann von Gläubigern der GmbH gepfändet sowie gegenüber dem Gesellschafter durchgesetzt werden.

Sind die Einlagen voll geleistet und nicht zurückgewährt worden, besteht keine gesetzliche Verpflichtung für den Gesellschafter weitere Zahlungen an die Gesellschaft zu leisten. Sofern nicht zwischen den Gesellschaftern vereinbart, müssen auch keine Nachschüsse in die GmbH geleistet werden. Sollte die GmbH ihre Verbindlichkeiten nicht befriedigen können, droht ihr die Insolvenz samt anschließender Abwicklung und Löschung aus dem Firmenbuch. In diesem Fall hätte der Gesellschafter lediglich

<sup>21</sup> Bauer/Zehetner in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 (Stand 1.12.2017, rdb.at) Rz 191.

<sup>22</sup> Aicher/Kraus in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 (Stand 1.11.2015, rdb.at) Rz 4.

seine einmal geleistete Einlage verloren. Darin liegt auch das Wesen der beschränkten Haftung. Diese bezieht sich auf die dem Gesellschafter drohende Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, welche jedoch auf die Höhe der geleisteten Einlage beschränkt ist.

Die Rsp hat bestimmte Ausnahmefälle entwickelt, in welchen ein Durchgriff auf die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der GmbH bestehen kann („Durchgriffshaftung“). Es handelt sich hierbei um Fälle der Vermögensvermischung (das Vermögen der Gesellschaft lässt sich wegen fehlender oder mangelhafter Buchführung oder einer anderen zur Verschleierung geeigneten Verhaltensweise nicht mehr hinreichend vom Privatvermögen der Gesellschafter trennen)<sup>23</sup>, der qualifizierten (materiellen) Unterkapitalisierung (eindeutige und für Insider klar erkennbar unzureichende Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft, die einen Misserfolg zulasten der Gläubiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt)<sup>24</sup>, der faktischen Geschäftsführung (der Gesellschafter tritt als faktischer Geschäftsführer auf und nimmt auf Leistungen der Gesellschaft maßgebenden Einfluss)<sup>25</sup>, des existenzvernichtenden Eingriffs in das Vermögen der Gesellschaft durch den Gesellschafter<sup>26</sup> oder des Missbrauches der Organisationsfreiheit (künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Unternehmens)<sup>27</sup>.

#### 2.1.8 Geschäftsführung und Vertretung

Jede GmbH hat zwingend über zumindest einen Geschäftsführer zu verfügen. Die erste Geschäftsführung ist, wie oben unter Punkt 2.1.2) bereits ausgeführt, noch vor Eintragung der Gesellschaft zwingend zu bestellen. Die GmbH hat sohin bereits eine Geschäftsführung noch bevor sie überhaupt entstanden ist. Gemäß § 15 Abs 1 zweiter Satz GmbHG kann nur eine physische Person (natürliche Person) als Geschäftsführer bestellt werden.

Die Gesellschafter können sich selbst (Selbstorganschaft) oder (zusätzlich) einen Dritten (Fremdorganschaft) zum Geschäftsführer bestellen. Die Bestellung des ersten Geschäftsführers kann bereits im Gesellschaftsvertrag erfolgen. Daneben kann im

<sup>23</sup> Aicher/Kraus in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 (Stand 1.11.2015, rdb.at) Rz 57.

<sup>24</sup> OGH 8 Ob 629/92.

<sup>25</sup> OGH 8 Ob A 98/00w.

<sup>26</sup> Aicher/Kraus in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 (Stand 1.11.2015, rdb.at) Rz 65ff.

<sup>27</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar<sup>3</sup>, § 61 Rz 37.

Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern auch das Recht auf Geschäftsführung eingeräumt werden.

Wenn es im Gesellschaftsvertrag grundsätzlich vorgesehen ist, können die Gesellschafter auch mehrere Personen in die Geschäftsführung bestellen. Je nach Willen der Gesellschafter sind mehrere Geschäftsführer selbständig oder kollektivvertretungsbefugt. Die Geschäftsführung ist den Gesellschaftern gegenüber weisungsgebunden. Dritten gegenüber haben etwaige Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis keine Wirkungen, wie § 20 Abs 2 erster Satz GmbHG ausdrücklich anordnet. Der Geschäftsführer vertritt die Gesellschaft nach außen sohin unbeschränkt und unbeschränkbar.<sup>28</sup> Ohne Zustimmung ist der Geschäftsführer allerdings nicht zum Abschluss von Insihgeschäften berechtigt. Die Zustimmung kann von einem weiteren Mitglied der Geschäftsführung, einem etwaigen Aufsichtsrat oder der Generalversammlung erteilt werden.

Der Geschäftsführer ist auch berechtigt, Personen eine gesetzliche Formvollmacht oder Prokura einzuräumen. Sind mehrere Geschäftsführer vorhanden, kann im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, dass ein Geschäftsführer nur mit einem Prokuristen gemeinsam vertretungsbefugt ist (§ 18 Abs 3 GmbHG).

Bei der Ausübung der Geschäftsführung hat der Geschäftsführer gemäß § 25 Abs 1 GmbHG die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden“. Dabei hat er sich gemäß § 25 Abs 1a GmbHG nicht von „sachfremden Interessen“ leiten zu lassen. Das Gesetz sieht primär eine Haftung gegenüber der Gesellschaft und nur in Ausnahmefällen auch eine Außenhaftung gegenüber Dritten vor.<sup>29</sup> Die Außenhaftung muss insbesondere im Recht der GmbH explizit angeordnet sein, aufgrund einer direkten vertraglichen Grundlage gegenüber den Gläubigern bestehen oder aufgrund einer Verletzung eines Schutzgesetzes. Jegliche Haftung gegenüber der Gesellschaft erfordert gemäß den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen neben der Rechtswidrigkeit des Verhaltens, der Adäquanz des Schadens und des Bestehens des Rechtswidrigkeitszusammenhangs auch des Verschuldens. Etwaige Ersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer verjähren gemäß § 25 Abs 6 GmbHG innerhalb von fünf Jahren

---

<sup>28</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar<sup>3</sup>, § 20 Rz 20.

<sup>29</sup> *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 (Stand 1.6.2015, rdb.at) Rz 3f.

### 2.1.9 Änderungen und laufende Organisation der Gesellschaft

Das Fundament der GmbH stellt der Gesellschaftsvertrag dar. Wie bereits dargestellt (siehe oben Punkt 2.1.2) hat der Gesellschaftsvertrag in Notariatsaktsform oder als elektronischer Notariatsakt errichtet zu werden. Wird ein einmal errichteter Gesellschaftsvertrag einer GmbH abgeändert, ist gemäß § 50 Abs 1 GmbHG ein Gesellschafterbeschluss mit einer Mehrheit von 75% darüber zu fassen. Allerdings kann das Konsensquorum im Gesellschaftsvertrag abgeändert werden. Der Gesellschafterbeschluss muss gemäß § 49 Abs 1 GmbHG notariell beurkundet werden. Die Abänderung des Gesellschaftsvertrages ist gemäß § 49 Abs 2 GmbHG erst wirksam, wenn diese im Firmenbuch eingetragen ist. Der Anmeldung zum Firmenbuch ist gemäß § 51 Abs 1 dritter Satz GmbHG zudem der gesamte Wortlaut des neugefassten Gesellschaftsvertrages anzufügen. Der Gesellschaftsvertrag ist in weiterer Folge in der Urkundensammlung des Firmenbuches jederzeit abrufbar. Eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages wird beispielsweise erforderlich, wenn der Firmenwortlaut geändert wird, der Sitz (nicht die Geschäftsanschrift) der Gesellschaft verlegt wird oder sonstige Bestimmungen, welche das Verhältnis der Gesellschafter untereinander regeln, modifiziert werden.

Sämtliche Beschlüsse der Gesellschafter werden in der Generalversammlung gefasst. Nur wenn vorab alle Gesellschafter damit einverstanden sind, kann gemäß § 34 Abs 2 GmbHG ein Beschluss auch im schriftlichen Wege gefasst werden. Das GmbHG sieht bestimmte Regelungen für die Einberufung und den Ablauf der Generalversammlung vor. Diese sehr formalistischen Bestimmungen können abermals im Gesellschaftsvertrag abgeändert werden. Allerdings sind die Einberufungsmodalitäten einzuhalten, um eine etwaige Beschlussanfechtung zu verhindern. Die gefassten Beschlüsse sind gemäß § 40 Abs 1 GmbHG in eine Niederschrift aufzunehmen.

Ebenfalls durch Gesellschafterbeschluss findet in der Regel die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung statt. Daneben besteht auch die Möglichkeit des Sonderrechts auf Geschäftsführung eines Gesellschafters oder der Bestellung eines Notgeschäftsführers durch das Gericht. Die Bestellung oder Abberufung ist zum Firmenbuch anzumelden. Die Anmeldung ist gemäß § 11 Abs 1 UGB in beglaubigter Form vorzunehmen. Dies bedeutet, der entsprechende Antrag an das Gericht ist von der bestehenden Geschäftsführung in vertretungsbefugter Zahl vor einem Notar zu unterfertigen. Zudem ist gemäß § 17 Abs 1 zweiter Satz GmbHG ein Nachweis in beglaubigter Form über die Bestellung oder Abberufung der Anmeldung anzuschließen.

In der Regel wird der entsprechende Umlaufbeschluss oder das Privatprotokoll über die Generalversammlung beglaubigt unterfertigt. Sollte ein notarielles Protokoll über die Generalversammlung angefertigt werden, wird die Unterfertigung durch den Vorsitzenden in der Praxis als ausreichend angesehen.<sup>30</sup> Weiters ist gemäß § 17 Abs 1 dritter Satz GmbHG der Anmeldung auch eine Musterzeichnung in beglaubigter Form des neu hinzukommenden Geschäftsführers anzuschließen.

Während ein Wechsel in der Geschäftsführung (in den meisten Fällen) durch einen beglaubigten Beschluss erfolgt, ist eine Änderung auf Ebene der Gesellschafter nur mittels Notariatsakt möglich. Gemäß § 76 Abs 2 GmbHG ist die Übertragung von Geschäftsanteilen durch einen Abtretungsvertrag in Form eines Notariatsaktes durchzuführen. Zu beachten sind allerdings etwaige Aufgriffsrechte von Mitgesellschaftern, welche im Gesellschaftsvertrag verankert sind. Die Abtretung ist von der Geschäftsführung in vertretungsbefugter Zahl beim Firmenbuchgericht anzumelden. Der Antrag kann gemäß § 11 FBG unbeglaubigt eingebracht werden.

Entschließen sich die Gesellschafter der GmbH eine Kapitalerhöhung durchzuführen, bedarf es für eine solche Durchführung ebenfalls eines Notars. Die Kapitalerhöhung ist ein Beschluss, welcher gemäß § 52 Abs 1 GmbHG den Gesellschaftsvertrag ändert und somit notariell zu beurkunden ist. Soll die Kapitalerhöhung ohne Generalversammlung durchgeführt werden, müssen sämtliche Gesellschafter vor einem Notar eine einstimmige Willenserklärung über die Kapitalerhöhung abgeben.<sup>31</sup> Zu unterscheiden ist zwischen einer effektiven sowie einer nominellen Kapitalerhöhung. Während bei einer effektiven Kapitalerhöhung der GmbH neue Mittel als Eigenkapital hinzugefügt werden, findet bei einer nominellen Kapitalerhöhung eine Umwandlung von bestehenden Kapital- oder Gewinnrücklagen in Stammkapital statt.<sup>32</sup> Eine Kapitalerhöhung kann auch durch Einbringung von Sachen durchgeführt werden. Allerdings sind in diesem Fall die Regelungen über die Sachgründung gemäß § 52 Abs 6 GmbHG einzuhalten. Dadurch wird insbesondere eine aufwendige Gründungsprüfung erforderlich (siehe oben Punkt 2.1.4). Für eine Kapitalerhöhung ist zudem ein Übernahmeerklärung durch die (Neu)Gesellschafter nötig. Die Übernahmeerklärung ist gemäß § 52 Abs 4 GmbHG ebenfalls in Form eines Notariatsakt zu erstellen/errichten. Auch die Anmeldung der Kapitalerhöhung ist abermals von sämtlichen Geschäftsführern beglaubigt zu unterfertigen und zum Firmenbuch anzumelden.

<sup>30</sup> N. Arnold in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG<sup>2</sup> § 17 Rz 29f.

<sup>31</sup> Billek/Ettmayer/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 52 (Stand 1.10.2016, rdb.at) Rz 20.

<sup>32</sup> Ebd. Rz 2.

## 2.1.10 Beendigung der Gesellschaft

Das GmbHG sieht in § 84 Abs 1 GmbHG gesetzliche Auflösungsgründe einer GmbH vor. Darunter fallen der befristete Abschluss eines Gesellschaftsvertrages (Z 1), der Beschluss der Gesellschafter über die Auflösung der Gesellschaft, welcher notariell zu beurkunden ist (Z 2), sowie der Beschluss der Gesellschafter auf Fusion mit einer AG oder einer anderen GmbH (Z 3). Neben den „gewillkürten“ Auflösungsgründen normiert das GmbHG auch weitere „von außen wirkende“ Auflösungstatbestände. Darunter fallen beispielsweise die Eröffnung eines Konkursverfahrens oder ein rechtswirksamer Beschluss des Gerichts, durch welchen ein Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet oder aufgehoben wird (Z 4). Zudem stellen auch die Verfügung einer Verwaltungsbehörde iSd § 86 GmbHG (Z 5) oder ein Beschluss des Handelsgerichts (Z 6) Auflösungsgründe dar. Daneben kann auch der Gesellschaftsvertrag gemäß § 84 Abs 2 GmbHG weitere Auflösungsgründe fixieren. Weiters können Gesellschafter die GmbH kündigen, worauf ebenfalls die Auflösung der GmbH folgen würde. In der Praxis werden in Gesellschaftsverträgen befristete Kündigungsverzichte abgegeben sowie im Auflösungsfall ein Aufgriffsrecht der Mitgesellschafter vorgesehen.

Eine Auflösung der GmbH durch Zeitablauf oder durch Beschluss ist von der Geschäftsführung zum Firmenbuch in beglaubigter Form anzumelden. Eine Auflösung durch die Verwaltungsbehörde ist dem Firmenbuch von der Behörde selbst mitzuteilen. Auch eine Auflösung durch das Gericht ist von diesem selbst an das Firmenbuch zu kommunizieren. Ist die Auflösung der GmbH bestimmt, hat die GmbH eine Firma zu tragen, welcher auf die Liquidation hinweist (beispielsweise „in Liqu.“). Im Stadium der Liquidation sind die Liquidatoren der Gesellschaft das vertretungsbefugte Organ. Die Geschäftsführer sind als „geborene Liquidatoren“<sup>33</sup> mit der Liquidation der Gesellschaft befasst, sofern durch Gesellschafterbeschluss oder Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart wurde. Die Liquidatoren sind zur Eintragung im Firmenbuch anzumelden (beglaubigte Unterschrift), wobei eine beglaubigte Musterzeichnung anzuschließen ist. Die Anmeldung der Auflösung (sofern diese nicht durch das Gericht oder Verwaltungsbehörden bestimmt wird) sowie die Anmeldung der Liquidatoren können in einem gemeinsamen Antrag vorgenommen werden.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> *Haberer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 89 (Stand 1.10.2016, rdb.at) Rz 14.*

<sup>34</sup> *Ebd. Rz 38.*

Während der Liquidation sind alle noch bestehenden Geschäfte der Gesellschaft gänzlich zu beenden. Forderungen sind einzutreiben, Vermögenswerte zu verkaufen und Schulden zu bezahlen. Das GmbHG verweist diesbezüglich auf die Bestimmungen über die Liquidation bei Personengesellschaften im UGB. Sollte das Vermögen der Gesellschaft in seiner Gesamtheit veräußert werden, so haben die Gesellschafter gemäß § 90 Abs 4 GmbHG einen qualifizierten Beschluss darüber zu fassen. Für die Abwicklung der Liquidation sieht das Gesetz allerdings weder eine Frist noch eine bestimmte Dauer vor.<sup>35</sup> Die Liquidatoren haben gemäß § 91 Abs 1 dritter Satz GmbHG die Auflösung der Gesellschaft in den Bekanntmachungsblättern zu veröffentlichen. Mit der Veröffentlichung ist ein Aufruf an die Gläubiger der Gesellschaft zu verbinden, sich an die Gesellschaft zu wenden. Sollten sich Gläubiger nicht innerhalb der Frist bei der Gesellschaft melden, haben diese dennoch das Recht auf Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Forderung.<sup>36</sup> Reicht das Vermögen der Gesellschaft nicht aus, um alle Verbindlichkeiten zu tilgen, so ist von den Liquidatoren ein Antrag auf Insolvenzeröffnung zu stellen. Nach Abzug aller Verbindlichkeiten ist das vorhandene Vermögen unter den Gläubigern quotenweise zu verteilen.

Mündet die Liquidation nicht in ein Insolvenzverfahren, ist die Beendigung der Liquidation durch die Liquidatoren dem Handelsgericht mitzuteilen. Gleichzeitig haben die Liquidatoren einen Nachweis darüber zu erbringen, dass sie von den Gesellschaftern entlastet wurden. Zudem ist die Löschung der Liquidationsfirma zu beantragen. Die Bücher der Gesellschaft sind für die gesamte Dauer von sieben Jahren bei den Gesellschaftern oder einem bestimmten Dritten zu verwahren.

## **2.2 Gesellschaftsrechtlicher Rahmen der GmbH & Co KG**

### **2.2.1 Grundlagen**

Die Kommanditgesellschaft wird trotz ihrer historisch unterschiedlichen Entwicklung als eine Variante der Offenen Gesellschaft betrachtet.<sup>37</sup> Der wesentliche Unterschied zur Offenen Gesellschaft liegt lediglich in der beschränkten Haftung einer Gesell-

---

<sup>35</sup> *Haberer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 90 (Stand 1.10.2016, rdb.at) Rz 4.*

<sup>36</sup> *Ebd. Rz 58.*

<sup>37</sup> *Harrer, Personengesellschaft 31.*

schaftergruppe, der Kommanditisten, sowie der unbeschränkten Haftung der weiteren Gesellschaftergruppe, der Komplementären (oder auch unbeschränkt haftenden Gesellschaftern genannt).<sup>38</sup>

Die primären Rechtsgrundlagen der Kommanditgesellschaft finden sich im Unternehmensgesetzbuch. Sofern keine gesonderten Regelungen getroffen wurden, verweist der Gesetzgeber gemäß § 161 Abs 2 UGB auf die Regelungen zur Offene Gesellschaft. Explizit auf die GmbH & Co KG bezogen findet man neben den allgemeinen Regelungen des UGB auch fundamentale Regelungen in diversen anderen Gesetzen (GmbHG, ArbVG, EKEG und IO).

Gemäß § 106 UGB besteht hinsichtlich der Kommanditgesellschaft, sohin auch hinsichtlich der GmbH & Co KG, die Verpflichtung, diese zur Eintragung im Firmenbuch anzumelden. Als eingetragene Gesellschaft hat die Kommanditgesellschaft das Recht, eine eigene Firma zu führen, unter welcher sie ihre Geschäfte betreibt. Die Firma hat gemäß § 19 Abs 1 Z 3 UGB verpflichtend die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung, insbesondere „KG“ zu enthalten. Des Weiteren muss ebenfalls bei der GmbH & Co KG die fehlende unbeschränkte Haftung einer natürlichen Person aus dem Firmenwortlaut hervorgehen (§ 19 Abs 2 UGB). In der Praxis hat sich der Firmenzusatz GmbH & Co KG als gängige Abkürzung etabliert.<sup>39</sup>

Die Kommanditgesellschaft im Allgemeinen sowie die GmbH & Co KG im Speziellen ist rechtsfähig und als solche auch partei- und insolvenzfähig. Anders als eine Kapitalgesellschaft ist eine Kommanditgesellschaft nicht Unternehmerin kraft Rechtsform. Ihre Unternehmereigenschaft hängt davon ab, ob tatsächlich ein Unternehmen betrieben wird.<sup>40</sup>

## 2.2.2 Gründung der Gesellschaft

Für die Errichtung einer Kommanditgesellschaft ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages erforderlich. Der Gesellschaftsvertrag kann sowohl schriftlich als auch mündlich gefasst werden.<sup>41</sup> Ein Notariatsakt ist nicht erforderlich. Aus

<sup>38</sup> *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, online Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch I<sup>4</sup> § 161 (Stand 1.10.2020, rdb.at) Rz 1.

<sup>39</sup> *N. Arnold*, Allgemeines, Gründung und Gesellschaftsvertrag, in *GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup>* (2016) 7.

<sup>40</sup> *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I<sup>4</sup> § 161 (Stand 1.10.2020, rdb.at) Rz 3.

<sup>41</sup> *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 2/866.

§ 105 UGB ergibt sich, dass der Gesellschaftsvertrag den Wortlaut der Firma beinhalten muss. Zudem hat aus dem Gesellschaftsvertrag der Gesellschaftszweck sowie die Tatsache hervorzugehen, dass ein Gesellschafter unbeschränkt (Komplementär) und zumindest ein weiterer auf seine Haftsumme beschränkt (Kommanditist) haftet.<sup>42</sup> Eine Kommanditgesellschaft entsteht ebenfalls erst, wenn sie im Firmenbuch eingetragen ist.<sup>43</sup> Dem Antrag auf Eintragung im Firmenbuch ist gemäß § 107 Abs 2 UGB eine Musterzeichnung des vertretungsbefugten Geschäftsführers anzuschließen.

An einer GmbH & Co KG ist auch eine GmbH beteiligt. Daher bedarf es auch einer GmbH, um eine GmbH & Co KG zu gründen. Zu bedenken ist allerdings: Von der hM wird vertreten, der Kommanditvertrag könne nicht rechtswirksam abgeschlossen werden, bevor die GmbH durch ihre Eintragung im Firmenbuch rechtswirksam entstanden ist.<sup>44</sup> Bei doppelter Neugründung muss daher zuerst die GmbH sowie anschließend die GmbH & Co KG gegründet werden. Es ist allerdings nicht erforderlich, eigens eine GmbH im Zuge der Gründung der GmbH & Co KG neu zu gründen. Es kann auch eine bereits bestehende GmbH Gesellschafterin der GmbH & Co KG sein.

### 2.2.3 Struktur der Gesellschafter

Gesellschafter der Kommanditgesellschaft kann jedermann sein, welcher selbst rechtsfähig ist.<sup>45</sup> Wie einleitend bereits angemerkt (siehe oben Punkt 2.2.1), besteht eine Kommanditgesellschaft zwingend aus zwei Arten von Gesellschaftern. Einerseits die persönlich unbeschränkt haftenden Gesellschafter (Komplementäre) sowie andererseits die beschränkt haftenden Gesellschafter (Kommanditisten). Die Qualifikation als Kommanditist oder unbeschränkt haftender Gesellschafter muss stets klar determiniert sein, weil eine Bündelung beider Positionen in einer Person nicht in Betracht kommt.<sup>46</sup>

Die Kommanditgesellschaft ist als Personengesellschaft viel enger mit den persönlichen Verhältnissen der jeweiligen Gesellschafter verbunden. So können beispielsweise Gläubiger eines Gesellschafters gemäß § 135 UGB unter bestimmten Voraussetzungen die Gesellschaft kündigen und die Überweisung eines etwaigen Auseinandersetzungsguthaben fordern. Für solche Fälle ist gesellschaftsvertraglich Vorsorge

<sup>42</sup> *U. Torggler*, GmbH & Co KG in Gründung, in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016) 21.

<sup>43</sup> *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I<sup>4</sup> § 161 (Stand 1.10.2020, rdb.at) Rz 16.

<sup>44</sup> *U. Torggler* in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016) 21f.

<sup>45</sup> *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/866.

<sup>46</sup> *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I<sup>4</sup> § 161 (Stand 1.10.2020, rdb.at) Rz 8.

zu treffen (verpflichtendes Ausscheiden des jeweiligen Gesellschafters im Falle der Drittkündigung)<sup>47</sup>. Jedenfalls ist ein Abschichtungsguthaben zu leisten.

An einer Kommanditgesellschaft können sich unbeschränkt viele Gesellschafter beteiligen.<sup>48</sup> In der Praxis bestehen auch Publikums-KGs, an welchen eine Vielzahl an Kommanditisten sich als Kapitalgeber an der Kommanditgesellschaft beteiligen. Diese werden zumeist als Publikums-GmbH & Co KGs ausgestaltet.<sup>49</sup> Gepaart wird die Publikums-KG in der Regel mit einer Treuhand-KG, welche aber auch unabhängig von einer vielzähligen Kommanditistenstruktur gewählt werden kann. Bei der Treuhand-KG ist ein Treuhänder für den eigentlichen Kommanditisten an der Kommanditgesellschaft beteiligt.<sup>50</sup> Im Firmenbuch scheint bei der Treuhandkonstruktion nur der „Treuhandkommanditist“ auf.<sup>51</sup>

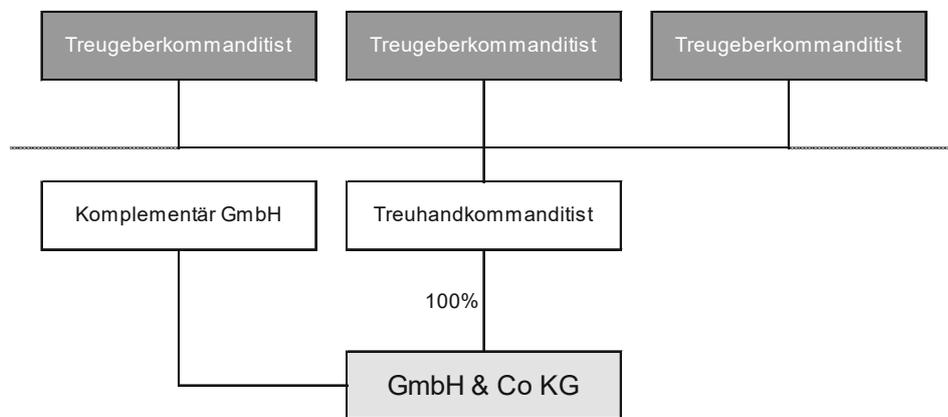


Abbildung 1: Treuhandkonstruktion GmbH Co KG (eigene Darstellung)

In Deutschland durchaus vorkommend, in Österreich jedoch umstritten, ist die Einheits-GmbH & Co KG. Bei dieser Gesellschaft stellt die Kommanditgesellschaft selbst die alleinige Gesellschafterin der unbeschränkt haftenden GmbH dar.<sup>52</sup>

Schließlich bestehen auch noch zweistufige, doppelstöckige oder mehrstufige GmbH & Co KGs. Als solche wird eine GmbH & Co KG bezeichnet, deren unbeschränkt haftender Gesellschafter wiederum die Rechtsform einer GmbH & Co KG trägt.<sup>53</sup> In der (Immobilien-)Praxis ist auch die personen- oder beteiligungsgleiche

<sup>47</sup> Koppensteiner/Auer in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I<sup>4</sup> § 135 (Stand 1.10.2020, rdb.at) Rz 12.

<sup>48</sup> Schörghofer in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/871.

<sup>49</sup> Ebd. Rz 2/1032f.

<sup>50</sup> Ebd. Rz 2/1029.

<sup>51</sup> Aumayr, *Das Bauherrenmodell im Ertragsteuer- und Verkehrssteuerrecht*<sup>2</sup> (2021) 140.

<sup>52</sup> Koppensteiner/Auer in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I<sup>4</sup> § 161 (Stand 1.10.2020, rdb.at) Rz 18.

<sup>53</sup> N. Arnold in *GS Arnold, GmbH & Co KG*<sup>2</sup> (2016) 4.

GmbH & Co KG üblich. Hierbei sind die Gesellschafter der GmbH gleichzeitig auch die Kommanditisten der KG.<sup>54</sup>

#### 2.2.4 Einlagen in die Gesellschaft

Die Kommanditgesellschaft wird mit Eigenkapital in Form von Einlagen der Gesellschafter ausgestattet. Anders als im Recht der GmbH sieht das Gesetz bei einer Kommanditgesellschaft keine Verpflichtung zur Leistung einer Einlage vor. Allerdings wird in der Regel der Gesellschaftsvertrag die Gesellschafter dazu verpflichten, eine Einlage zu leisten.<sup>55</sup>

Als Einlage kann alles dienen, was einen Vermögenswert aufweist. Demnach können auch Immobilien oder die Arbeitsleistung eines Gesellschafters als Einlage dienen.<sup>56</sup> Werden körperliche Gegenstände eingebracht, geht das Eigentum an diesen jedoch nicht zwingend auf die Kommanditgesellschaft über. Man unterscheidet zwischen der Einbringung „quoad dominium“ (das Eigentumsrecht am Gegenstand geht über)<sup>57</sup>, der Einbringung „quoad sortem“ (der Gesellschafter bleibt Eigentümer im sachenrechtlichen Sinn, schuldrechtlich wird die Sache im Verhältnis zur Gesellschaft behandelt, als stünde sie im Eigentum der Gesellschaft)<sup>58</sup> sowie der Einbringung „quoad usum“ (die Gesellschaft ist lediglich zur Benutzung berechtigt, der Gesellschafter bleibt jedoch Eigentümer)<sup>59</sup>.

Anders als bei der GmbH ordnet das Gesetz keine Gründungsprüfung bei Personengesellschaften an. Daher können Einlagen in eine GmbH & Co KG durch die Gesellschafter frei bewertet werden. Die Beiziehung eines Sachverständigen ist jedenfalls zulässig aber keinesfalls verpflichtend. Jedenfalls muss der Sachverständige nicht gerichtlich beeidet sein.<sup>60</sup> Es steht sohin den Gesellschaftern frei, wie hoch der gewährte Kapitalanteil an der Gesellschaft als Gegenleistung für die vereinbarte Einlage ist. Um eine Anfechtung zu vermeiden sollte eine drittvergleichsfähige Bewertung vorgenommen werden.<sup>61</sup> Unterliegt allerdings eine GmbH & Co KG der Rechnungslegungspflicht, sind die zwingenden Bewertungsgrundsätze des Rechts über die Rechnungslegung anzuwenden.<sup>62</sup> Da der Gesellschaftsvertrag formfrei abgeschlossen

<sup>54</sup> *Fritz/K. Schauer*, SWK-Sonderheft GmbH & Co KG 12.

<sup>55</sup> *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/928.

<sup>56</sup> *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/529.

<sup>57</sup> Ebd. Rz 13.

<sup>58</sup> Ebd. Rz 17.

<sup>59</sup> Ebd. Rz 20.

<sup>60</sup> *Schärf*, Die Sacheinlage bei Kommanditisten, AnwBl 11/2019, 675 (675).

<sup>61</sup> Ebd. 675 (675).

<sup>62</sup> *Schauer* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I<sup>4</sup> § 109 (Stand 1.7.2018, rdb.at) Rz 26.

werden kann, ist es auch nicht erforderlich, einen schriftlichen Vertrag über geleistete Einlagen abzuschließen.<sup>63</sup>

Leistet ein Gesellschafter lediglich seine Arbeitsleistung als Einlage, wird ein solcher als Arbeitsgesellschafter bezeichnet.<sup>64</sup> Dieser ist, verglichen zu den anderen Gesellschaftern, nicht am Vermögen der Gesellschaft beteiligt.<sup>65</sup> Soweit die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag keine anderslautende Regelung getroffen haben, bezieht sich das Ausmaß der Beteiligung an der Gesellschaft auf die Höhe der geleisteten Einlage.<sup>66</sup>

Von der Einlage ist die Haftsumme des Kommanditisten (siehe unten Punkt 2.2.7) zu unterscheiden. In der Regel sind Einlage sowie Haftsumme gleich hoch, können aber auch voneinander abweichen.<sup>67</sup>

Sofern der Gesellschaftsvertrag keine anderweitige Regelung enthält, werden die Gewinne der Gesellschaft in drei Schritten verteilt: Zu Beginn werden die Komplementäre für deren Übernahme der unbeschränkten Haftung entlohnt. Danach erhalten die Arbeitsgesellschafter eine Honorierung ihrer Arbeit, solange ihnen im Gesellschaftsvertrag nicht bereits ein Gewinnanteil zugewiesen wird. Erst danach wird ein etwaiger Gewinn unter den restlichen Gesellschaftern aufgeteilt, welche eine Einlage geleistet haben.<sup>68</sup> Demgegenüber werden Verluste all jenen Gesellschaftern zugewiesen, welche tatsächlich eine Einlage geleistet haben. Demnach müssen Arbeitsgesellschafter für keine Verluste der Gesellschafter eintreten.<sup>69</sup>

## 2.2.5 Kapitalerhaltungsvorschriften

Bei Personengesellschaften bestehen keine mit der GmbH vergleichbaren Regelungen. Der Grund dafür ist der sich defacto nicht verändernde Haftungsfond der Gläubiger im Falle von Leistungen an die Gesellschafter. Schließlich haften bei Personengesellschaften die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (siehe unten Punkt 2.2.7).

---

<sup>63</sup> OGH 26.04.2018, 6 Ob 5/18f.

<sup>64</sup> *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/536.

<sup>65</sup> *Harrer*, Personengesellschaft 108.

<sup>66</sup> *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/934.

<sup>67</sup> Ebd. Rz 2/931.

<sup>68</sup> Ebd. Rz 2/939.

<sup>69</sup> Ebd. Rz 2/944.

Die Judikatur dehnte die Bestimmungen über die Kapitalerhaltung bei der GmbH (siehe oben Punkt 2.1.5) auch auf jene GmbH & Co KGs aus, bei welchen keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist. Bei einer solchen „verdeckten Kapitalgesellschaften“<sup>70</sup> bestehe eine Regelungslücke, weshalb zum Schutz der Gläubiger die entsprechenden Bestimmungen der GmbH analog anzuwenden seien.<sup>71</sup> Aufgrund dessen darf auch nur der festgestellte Bilanzgewinn an die Kommanditisten bzw die am Gewinn beteiligten unbeschränkt haftenden Gesellschafter ausgeschüttet werden. Zudem müssen alle Geschäfte der GmbH & Co KG mit ihren Gesellschaftern einem Drittvergleich standhalten.<sup>72</sup>

Demgegenüber finden die Kapitalerhaltungsregelungen bei GmbH & Co KGs mit zumindest einer natürlichen Person als persönlich haftender Gesellschafter keine Anwendung. Weder in der zitierten Entscheidung noch in der folgenden Rsp wurde eine analoge Anwendung dieser Regelung ausgeweitet. Beteiligt sich sohin eine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter, bestehen derzeit keine mit der GmbH vergleichbaren Kapitalerhaltungsregelungen.

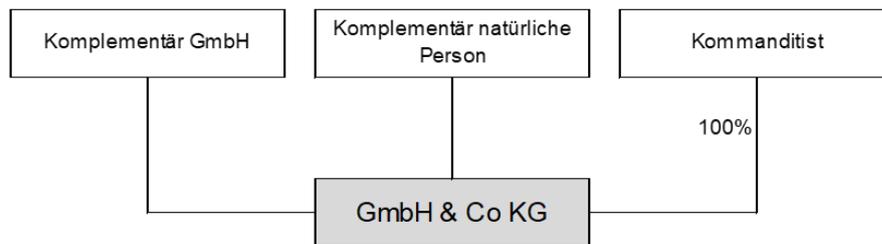


Abbildung 2: Beteiligung einer natürlichen Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter (eigene Darstellung)

Durch die Beteiligung einer natürlichen Person als weiterer unbeschränkt haftender Gesellschafter besteht allerdings kein gesellschaftsrechtliches Schutzschild für potentielle Haftungen. Damit geht ein wesentlicher Grund für die Verwendung von juristischen Personen bei der Immobilienprojektentwicklung verloren. In der Praxis stellen sich allerdings immer wieder Personen für die Übernahme entsprechend haftungsgeneigter Positionen zur Verfügung. Einerseits handelt es sich hierbei um Gesellschafter, welche von einem Immobilienprojekt überzeugt sind. Andererseits wird die unbeschränkte Haftung von Personen übernommen, welche entweder durch gesonderte

<sup>70</sup> Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 82 (Stand 1.12.2017, rdb.at) Rz 232.

<sup>71</sup> OGH 29.05.2008, 2 Ob 225/07p.

<sup>72</sup> Schörghofer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/1059.

Vereinbarungen schadlos gehalten werden (beispielsweise durch Zusage der Haftungsübernahme) oder schlichtweg kein Vermögen besitzen, auf welches Gläubiger greifen können.

#### 2.2.6 Eigenkapitalersatz

Das bereits in Grundsätzen dargestellte EKEG (siehe oben Punkt 2.1.6) ist gemäß § 4 Z 3 EKEG auch auf Personengesellschaften anwendbar, bei welchen keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist. Bei der GmbH & Co KG kann eine Krise iSd EKEG sowohl bei der Gesellschaft selbst, der unbeschränkt haftenden GmbH, bei beiden zuvor genannten oder den Kommanditisten vorliegen.<sup>73</sup> Die Anwendung des EKEG wird gemäß § 11 EKEG auch auf Kredite erweitert, welche vom Kommanditisten an die unbeschränkt haftende GmbH begeben werden, bei welchen keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist.

In Bezug auf die GmbH & Co KG besteht zwischen den analog anzuwendenden Kapitalerhaltungsregelungen sowie dem EKEG eine relevante Gemeinsamkeit: Beide sind nicht anzuwenden, wenn sich an der GmbH & Co KG eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt. Daher unterliegt ein gewährter Kredit an eine entsprechend ausgestaltete GmbH & Co KG auch in der Krise nicht der Rückzahlungssperre des EKEG.

#### 2.2.7 Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft

Der Kommanditist haftet gemäß § 171 UGB lediglich bis zur Höhe seiner Haftsumme. Die Haftsumme ist jener Betrag, in dessen Umfang der Kommanditist von Gläubigern der Gesellschaft direkt in Anspruch genommen werden kann. Aus § 174 UGB ergibt sich die Möglichkeit, die Haftsumme nachträglich auch herabsetzen zu können. Die Haftsumme ist im Firmenbuch einzutragen und zu veröffentlichen. Die Höhe kann frei nach eigenem Ermessen gewählt werden, weil diese keiner gesetzlichen Mindesthöhe<sup>74</sup> unterliegt.

Leistet ein Kommanditist eine Einlage in die Gesellschaft (siehe oben Punkt 2.2.4) ist seine Haftung gemäß § 171 Abs 1 zweiter HS UGB ausgeschlossen. Dies ist allerdings nur dann der Fall, wenn die Haftsumme nicht höher ist, als die zu leistende

---

<sup>73</sup> Schopper, Die GmbH & Co KG im Eigenkapitalersatzgesetz, in GS Arnold, GmbH & Co KG2 (2016) 116.

<sup>74</sup> Schörghofer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/978.

Einlage – wobei dies in der Praxis nicht vorkommt. Zudem darf die Einlage nicht unzulässiger Weise zurückgewährt worden sein (§ 172 Abs 3 erster Satz UGB). In der Literatur wird darüber hinaus die Meinung vertreten, es bestehe eine Durchgriffshaftung wegen Vermögensverschiebung.<sup>75</sup>

Dagegen haftet der unbeschränkt haftende Gesellschafter (seiner Bezeichnung entsprechend) betraglich unbeschränkt und unbeschränkbar (§ 128 UGB) mit seinem gegenwärtigen sowie zukünftigen Vermögen<sup>76</sup> für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Darüber hinaus ist die Haftung unmittelbar, primär (gegen die Gesellschaft muss nicht zuerst vorgegangen werden) sowie solidarisch (jeder unbeschränkt haftende Gesellschafter haftet für die gesamten Schulden).<sup>77</sup> Daher können Gläubiger der Kommanditgesellschaft aus dem sämtlichen Vermögen des unbeschränkt haftenden Gesellschafters Befriedigung erlangen.

Die Besonderheit der GmbH & Co KG besteht im Vorliegen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft. Im Gegensatz zu einer regulären Kommanditgesellschaft haftet bei der GmbH & Co KG keine natürliche Person für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Auch die GmbH als unbeschränkt haftende Gesellschafterin haftet unbeschränkt mit ihrem gesamten gegenwärtigen sowie zukünftigen Vermögen. Solange die GmbH über Vermögen verfügt, können sich Gläubiger daraus befriedigen. Ein Durchgriff auf die Gesellschafter der GmbH findet aufgrund des haftungsbeschränkenden Charakters der GmbH nicht statt. Der Haftungsfond eines Gläubigers der GmbH & Co KG kann sohin auf das Stammkapital der GmbH beschränkt sein – sofern dieses noch vorhanden ist (siehe oben Punkt 2.1.7).

## 2.2.8 Geschäftsführung und Vertretung

Gemäß § 164 UGB sind die Kommanditisten von der gewöhnlichen Geschäftsführung in der GmbH & Co KG ausgeschlossen und obliegt diese den unbeschränkt haftenden Gesellschaftern. Handelt es sich um eine GmbH & Co KG wird die Geschäftsführung der Gesellschaft von der Geschäftsführung der GmbH besorgt. Allerdings ist der Ausschluss von der Geschäftsführungsbefugnis lediglich eine dispositive Norm. Im Gesellschaftsvertrag kann daher sehr wohl auch die Geschäftsführungsbefugnis den

<sup>75</sup> *Schimka/Schörghofer*, Haftung der Gesellschafter einer GmbH & Co KG, in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016) 92ff.

<sup>76</sup> *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/970.

<sup>77</sup> *Fritz/K. Schauer*, SWK-Sonderheft GmbH & Co KG 61.

Kommanditisten eingeräumt werden, wobei dies nicht im Firmenbuch eingetragen werden muss.<sup>78</sup> Wird die Geschäftsführungsbefugnis ausschließlich den Kommanditisten übertragen, spricht man von einer kapitalistischen Kommanditgesellschaft.<sup>79</sup> Weiters kann im Gesellschaftsvertrag die die Geschäftsführungsbefugnis durch lediglich einen von mehreren unbeschränkt haftenden Gesellschaftern vorgesehen werden. Zudem ist es auch bei der GmbH & Co KG möglich, Prokuristen zu bestellen und diese an der Vertretung der Gesellschaft teilhaben zu lassen. Die Prokuristen aber auch der Umfang der Vertretungsbefugnis ist im Firmenbuch einzutragen sowie eine Musterzeichnungserklärung in beglaubigter Form beizulegen.

Auch außergewöhnliche Geschäfte werden von den unbeschränkt haftenden Gesellschaftern vorgenommen. Allerdings bedürfen diese der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter – sowohl der Kommanditisten als auch jene von der Geschäftsführung ausgeschlossene unbeschränkt haftende Gesellschafter.<sup>80</sup>

Die Kommanditgesellschaft folgt, wie es bei einer Personengesellschaft üblich ist, dem Prinzip der Selbstorganschaft. Bei der GmbH & Co KG ist die Selbstorganschaft jedoch eine indirekte, weil der Geschäftsführer der GmbH für die GmbH & Co KG handelt. Die Bestellung eines Fremdgeschäftsführers ist nur zulässig, wenn dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vereinbart wird.<sup>81</sup> Da die Kommanditgesellschaft im Firmenbuch eingetragen werden muss, ist auch bei dieser eine Einräumung von Prokuren möglich. Um die Stellung eines Kommanditisten zu stärken, kann dieser auch zum Prokuristen der GmbH & Co KG bestellt werden. Allenfalls ist es auch möglich, einen Kommanditisten zum Geschäftsführer der GmbH zu bestellen.<sup>82</sup> Dadurch übt dieser die Geschäftsführung der GmbH & Co KG aus.

Der Geschäftsführer haftet der GmbH & Co KG für objektiv und subjektiv sorgfaltswidriges Verhalten. Die Haftung erfolgt nach den Grundsätzen des § 25 GmbHG analog unmittelbar der GmbH & Co KG gegenüber. Es ist auch nicht von Bedeutung, ob der Geschäftsführer an der GmbH & Co KG beteiligt oder ein Fremdgeschäftsführer ist. Neben der gesellschaftsrechtlichen Haftung besteht auch eine direkte deliktische

<sup>78</sup> Kammel in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I<sup>4</sup> § 164 (Stand 1.10.2020, rdb.at) Rz 12.

<sup>79</sup> Koppensteiner/Auer in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I<sup>4</sup> § 161 (Stand 1.10.2020, rdb.at) Rz 25.

<sup>80</sup> Schörghofer in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/908.

<sup>81</sup> Schauer in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/482.

<sup>82</sup> Koppensteiner/Auer in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I<sup>4</sup> § 170 (Stand 1.9.2021, rdb.at) Rz 7.

Haftung nach den Grundsätzen des Zivilrechts im Falle einer Schutzgesetzverletzung (beispielsweise Insolvenzdelikte oder Kridadelikte).<sup>83</sup>

### 2.2.9 Änderungen und laufende Organisation der Gesellschaft

Wie bei der GmbH ist auch bei der GmbH & Co KG der Gesellschaftsvertrag das grundlegende Band zwischen den Gesellschaftern. Wie bei der Gründung der Gesellschaft (siehe oben Punkt 2.2.2) ist auch die Abänderung des Gesellschaftsvertrages formfrei möglich.<sup>84</sup> Da es keine gesetzlichen Bestimmungen über die Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften im Allgemeinen und von GmbH & Co KGs im Speziellen gibt, sind die allgemeinen Regelungen des ABGB über mehrseitige Rechtsgeschäfte zur Anwendung zu bringen. Aus diesen folgt die Einstimmigkeit jeglicher Vertragsänderungen.<sup>85</sup> Dies kann im Gesellschaftsvertrag allerdings einvernehmlich abbedungen werden. Eine Anmeldung des Gesellschaftsvertrages oder dessen Vorlage beim Firmenbuchgericht ist, anders als bei der GmbH (siehe oben Punkt 2.1.9), nicht erforderlich. Aus diesem Grund ist in der Urkundensammlung des Firmenbuchgerichts in der Regel auch nicht der aktuelle Gesellschaftsvertrag einer GmbH & Co KG ersichtlich.

Die Gesellschafterversammlung einer GmbH & Co KG ist gesetzlich nicht geregelt. Es gibt daher keine strikten Regelungen über die Einberufung, den Ablauf der Gesellschafterversammlung an sich oder über Förmlichkeiten bei der Beschlussfassung. All dies ist Gegenstand des Gesellschaftsvertrages. Gemäß § 119 Abs 1 UGB besteht allerdings die Verpflichtung zur Einstimmigkeit bei der Beschlussfassung. Dies kann jedoch, aufgrund des dispositiven Charakters dieser Bestimmung, im Gesellschaftsvertrag anders geregelt werden. Aufgrund der weitgehenden Formfreiheit ist auch die Beiziehung eines Notars nicht erforderlich.

Ein Kommanditeil sowie der Anteil des unbeschränkt haftenden Gesellschafters können zwischen zwei Personen formfrei übergeben werden. Allerdings ist eine Zustimmung der übrigen Gesellschafter erforderlich<sup>86</sup>, sofern im Gesellschaftsvertrag die freie Übertragbarkeit nicht vereinbart ist. Bei Publikumsgesellschaften wird in der Praxis dem unbeschränkt haftenden Gesellschafter das Recht zur Zustimmung über

---

<sup>83</sup> *Edelmann*, GmbH & Co KG, in *Bergmann/Ratka (Hrsg)*, Handbuch Personengesellschaften<sup>2</sup> (2016) 324.

<sup>84</sup> *Schauer* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I<sup>4</sup> § 105 (Stand 1.9.2021, rdb.at) Rz 72.

<sup>85</sup> *Prchlik*, 2.1 Änderung des Gesellschaftsvertrages, in WEKA OnlineBuch Personengesellschaften Dokument-ID: 741672.

<sup>86</sup> *Harrer*, Ausscheiden aus der GmbH & Co KG, in *GS Arnold*, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016) 214f.

den Beitritt (meistens bloß geldgebender) Kommanditisten eingeräumt.<sup>87</sup> Zu beachten ist gemäß § 173 UGB die Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (wenn auch nur mit der Haftsumme), welche bereits vor dem Eintritt entstanden sind. Auch ein Wechsel oder ein Hinzutreten von unbeschränkt haftenden Gesellschaftern ist grundsätzlich möglich. Die Änderung auf Gesellschafterebene ist beim Firmenbuch anzumelden. An der Anmeldung haben der übertragende, der übernehmende sowie die übrigen Gesellschafter mitzuwirken.<sup>88</sup> Die Unterschriften aller Beteiligten müssen in beglaubigter Form erfolgen, die Vorlage eines Abtretungsvertrages ist nicht erforderlich.<sup>89</sup>

Ist an einer GmbH & Co KG kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person, gelangen die Kapitalerhaltungsvorschriften der GmbH zur Anwendung (siehe oben Punkt 2.2.5). Die analoge Anwendung hat auch Auswirkungen auf ein Ausscheiden eines Kommanditisten. Die Zahlung des Abfindungsbetrages an den Gesellschafter ist nunmehr nur noch durch die Einhaltung der Regelungen über die Kapitalherabsetzung der GmbH oder aus den ungebundenen Eigenkapital der Gesellschaft möglich.<sup>90</sup> Alternativ ist der Anteil von einem anderen Gesellschafter zu übernehmen und von diesem der Abfindungsbeitrag zu leisten.<sup>91</sup>

Die Geschäftsführung der GmbH & Co KG wird in der Regel ausschließlich durch die unbeschränkt haftenden Gesellschafter ausgeübt. Daher kann die Gesellschafterversammlung auch keine Geschäftsführer bestellen oder abberufen. Im Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co KG kann lediglich eine Regelung darüber getroffen werden, wann die Gesellschafter der GmbH angehalten sein sollen, einen neuen Geschäftsführer zu bestellen (beispielsweise bei einem Beschluss der Gesellschafterversammlung der GmbH & Co KG).<sup>92</sup> Eine Änderung findet auf Ebene der GmbH statt.

Eine vorgenommene Erhöhung oder Herabsetzung der Haftsumme eines Kommanditisten ist gemäß § 175 UGB im Firmenbuch einzutragen. Die Anmeldung bedarf ei-

---

<sup>87</sup> Prchlik, 2.1 Änderung des Gesellschaftsvertrages, in WEKA OnlineBuch Personengesellschaften Dokument-ID: 741672.

<sup>88</sup> Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, WK UGB I<sup>4</sup> § 143 (Stand 1.10.2020, rdb.at) Rz 4; Edelmann in Straube/Ratka/Rauter, WK UGB I<sup>4</sup> § 162 (Stand 1.4.2020, rdb.at) Rz 36.

<sup>89</sup> Edelmann in Straube/Ratka/Rauter, WK UGB I<sup>4</sup> § 162 (Stand 1.4.2020, rdb.at) Rz 38.

<sup>90</sup> Eckert in U. Torggler (Hrsg), UGB<sup>3</sup> § 161 (2019) Rz 27.

<sup>91</sup> Harrer in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016) 214f.

<sup>92</sup> Harrer, Personengesellschaft 433f.

ner Unterfertigung in beglaubigter Form durch alle Gesellschafter. Obwohl die Erhöhung oder Herabsetzung eine Änderung des Gesellschaftsvertrages bedeutet, ist eine solche auch in diesem Fall nicht vorzulegen.<sup>93</sup>

#### 2.2.10 Beendigung der Gesellschaft

Die Auflösung einer GmbH & Co KG erfolgt nach den allgemeinen Bestimmungen des UGB für die OG. Gemäß § 131 UGB wird eine GmbH & Co KG aufgelöst, wenn der Gesellschaftsvertrag befristet abgeschlossen wurde (Z 1) oder durch Beschluss eines Gesellschafters (Z 2). Zudem gilt sie aus bestimmten mit der Insolvenz der GmbH & Co KG oder eines Gesellschafters verbundenen Gründen, wie die rechtskräftige Eröffnung eines Konkursverfahrens, die Änderung des Insolvenzverfahrens von Sanierungsverfahren auf Konkursverfahren oder die Nichteröffnung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens (Z 3 und Z 5) als aufgelöst. Darüber hinaus stellen der Tod eines Gesellschafters, wenn im Gesellschaftsvertrag keine entsprechenden Regelungen getroffen wurden, (Z 4) oder durch Kündigung eines Gesellschafters oder durch gerichtliche Entscheidung (Z 6) zusätzliche Auflösungsgründe dar. Weiters zieht nach hM eine Auflösung der unbeschränkt haftenden Gesellschafterin, der GmbH, eine Auflösung der GmbH & Co KG nach sich.<sup>94</sup> Auch durch Ausscheiden des einzig unbeschränkt haftenden Gesellschafters gilt gemäß § 178 UGB die GmbH & Co KG als aufgelöst, sofern nicht einer der Kommanditisten in die Stellung eintritt und somit die unbeschränkte Haftung übernimmt.

Die Auflösungsgründe werden im UGB noch weiter im Detail geregelt. So darf gemäß § 132 Abs 1 UGB die Kündigung eines unbefristet abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages nur zum Schluss eines Geschäftsjahres, unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist, ausgesprochen werden. Allerdings steht es auch hier den Gesellschaftern frei, von den dispositiven Regelungen des UGB abzuweichen und somit im Gesellschaftsvertrag gesonderte Regelungen zu treffen. Lediglich der Ausschluss eines Kündigungsrechts oder die unangemessene Verlängerung sind gemäß § 132 Abs 2 UGB unzulässig. Mit Ausnahme der insolvenzrechtlichen Auflösungsgründe und eines etwaigen Gerichtsbeschlusses steht es den Gesellschaftern frei, einen Fortsetzungsbeschluss zu fassen.

<sup>93</sup> *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I<sup>4</sup> § 175 (Stand 1.4.2020, rdb.at) Rz 1.

<sup>94</sup> *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/1044.

Die Auflösung der GmbH & Co KG ist von sämtlichen Gesellschaftern beglaubigt beim Firmenbuch anzumelden. Der Auflösung folgt die Liquidation der GmbH & Co KG. Wie bereits bei der GmbH erläutert, ist auch hier der Firma der GmbH & Co KG ein Zusatz hinzuzufügen, welcher auf die Liquidation hinweist.<sup>95</sup> Die Bestimmungen zur Liquidation werden weitgehend als dispositiv betrachtet. Nach hM stellen die entsprechenden Bestimmungen in Hinblick auf die Rechtsformen OG und KG keine Gläubigerschutzbestimmungen dar und dienen somit lediglich den Interessen der Gesellschafter. Aus diesem Grund sollen diese auch abdingbar sein. Lediglich bei der GmbH & Co KG, an welcher keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist, sind die Liquidationsbestimmungen aus Gründen des Gläubigerschutzes zwingend.<sup>96</sup>

Die Abwicklung der Liquidation erfolgt mit Hilfe aller Gesellschafter. Auch die ansonsten nicht geschäftsführungsbefugten Kommanditisten der GmbH & Co KG werden als Liquidatoren tätig. Allerdings kann dies durch den Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss auch anders geregelt werden. Auch die Liquidatoren der GmbH & Co KG sind durch alle Gesellschafter mittels beglaubigter Anträge zur Eintragung beim Firmenbuch anzumelden.

Im Stadium der Liquidation ist bei der GmbH & Co KG das Vermögen der Gesellschaft zu veräußern, Forderungen einzutreiben und Schulden zu bezahlen. Die Entscheidung des OGH, die Kapitalerhaltungsregelungen der GmbH ebenso auf die GmbH & Co KG anzuwenden, bei welcher keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist (siehe oben Punkt 2.2.5), hat auch Auswirkungen auf die Liquidation einer solchen GmbH & Co KG. Die Bestimmungen über die Liquidation der GmbH (siehe oben Punkt 2.1.10) sind auch auf diese GmbH & Co KGs anzuwenden. Dementsprechend ist auch bei einer solchen GmbH & Co KG ein Gläubigeraufruf durchzuführen sowie die Sperrfrist von drei Monaten zu beachten.<sup>97</sup> Reicht das Vermögen der GmbH & Co KG nicht aus, um die Verbindlichkeiten zu tilgen, haben die unbeschränkt haftenden Gesellschafter und die Kommanditisten im Umfang der Haftsumme für den Verlust aufzukommen. Ist die Liquidation abgeschlossen, haben die Liquidatoren letztlich einen Antrag auf Löschung der Firma im Firmenbuch zu stellen.

<sup>95</sup> Wartsch in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I<sup>4</sup> § 145 (Stand 1.9.2019, rdb.at) Rz 103.

<sup>96</sup> Ebd. Rz 1, 14, 20.

<sup>97</sup> Eckert in *U. Torggler (Hrsg)*, UGB<sup>3</sup> § 161 (2019) Rz 26.

Scheidet der vorletzte Gesellschafter aus der GmbH & Co KG aus, findet keine Liquidation statt, sofern stattdessen der letzte Gesellschafter das Vermögen der GmbH & Co KG gemäß § 142 UGB übernimmt. Sowohl der einzig verbleibende unbeschränkt haftende Gesellschafter als auch ein einzeln verbleibender Kommanditist kann das Vermögen der GmbH & Co KG durch eine solche Anwachsung übernehmen. Die Anwachsung bewirkt die Gesamtrechtsnachfolge des übernehmenden Gesellschafters. In der Praxis wird die Anwachsung vor allem auch zu den Zwecken der Umgründung, bei Austritt sämtlicher Gesellschafter sowie bei Eintritt eines einzigen Erwerbers herangezogen.<sup>98</sup> Auch im Falle der Anwachsung ist abermals ein Antrag auf Löschung der Firma im Firmenbuch zu stellen. Zudem ist ein Rechtsnachfolgevermerk im Firmenbuch, sowohl bei der zu löschenden als auch bei der übernehmenden Gesellschaft, aufzunehmen.

## 2.3 Vergleichende Würdigung

### 2.3.1 Gründung und Verwaltung der Gesellschaft während der Projektentwicklung

Die Gründung einer einzelnen GmbH ist um ein Vielfaches aufwendiger, als die Gründung einer GmbH & Co KG. Bereits aufgrund der Pflicht zur Errichtung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH in Notariatsaktsform, sind mit der Gründung einer GmbH im Vergleich zu einer Kommanditgesellschaft demnach grundlegende zeitliche Verzögerungen und Mehrkosten verbunden. Demgegenüber bestehen bei einer Kommanditgesellschaft keine Formerfordernisse, weshalb die Errichtung des Gesellschaftsvertrages wesentlich günstiger, einfacher und schneller erfolgen kann. Auch bei der Ausgestaltung eines Gesellschaftsvertrages einer GmbH & Co KG genießen die Gründer bedeutsam mehr Freiheiten. Bei der GmbH hingegen ist die innere Verfassung der Gesellschaft wesentlich mehr an die gesetzlichen Bestimmungen gebunden.<sup>99</sup> Ferner ist die Änderung des Gesellschaftsvertrages bei der GmbH & Co KG wesentlich einfacher, weil dies formfrei und ohne Mitwirkung eines Notars erfolgen kann. Zumal ein Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co KG auch nicht im Firmenbuch hinterlegt werden muss, besteht mehr Diskretion hinsichtlich der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern.

<sup>98</sup> *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I<sup>4</sup> § 142 (Stand 1.10.2020, rdb.at) Rz 3.

<sup>99</sup> *Fritz/K. Schauer*, SWK-Sonderheft GmbH & Co KG (2001) 20.

Anders als bei einer GmbH muss bei einer GmbH & Co KG dem Firmenbuchgericht auch nicht die Einzahlung der Einlage am Konto der Gesellschaft nachgewiesen werden. Dies macht erforderlich, bereits vor dem Entstehen einer GmbH für diese ein Konto zu eröffnen. Kreditinstitute eröffnen Konten für Gesellschaften in der Regel nämlich erst nach Vorlage des Gesellschaftsvertrages. Da bei der GmbH der Gesellschaftsvertrag als Notariatsakt errichtet werden muss, dauert dies in der Regel eine gewisse Zeit, bis man über eine vollständige Abschrift verfügt. Vereinzelt begnügen sich Kreditinstitute vorab mit einer elektronischen Kopie des unterfertigten Gesellschaftsvertrages. Die Ausstellung der Einzahlungsbestätigung gemäß § 10 Abs 3 GmbHG dauert für gewöhnlich ebenfalls eine gewisse Zeit. Der Vorgang kann jedoch etwas beschleunigt werden, indem die Einzahlung bei einem Notar als Treuhänder erfolgt. In weiterer Folge wird allerdings jedenfalls ein Konto für die Gesellschaft zu eröffnen sein.

Der Gründungsaufwand soll, wie bereits dargestellt, durch die vereinfachte GmbH-Gründung gemäß § 9a GmbHG (unter Mitwirkung eines Kreditinstitutes) reduziert werden (siehe oben Punkt 2.1.2). Im Hinblick auf Immobilientransaktionen kommt diese Gründungsform in der Regel nicht in Betracht. Sie ist gesetzlich nur für Gesellschaften mit lediglich einer natürlichen Person als Gesellschafter vorgesehen. Bei einer Holding- oder Projektgesellschaft ist diese Gründungsform folglich nicht möglich. Aufgrund dessen kann eine GmbH & Co KG bei Immobilienprojekten im Vergleich zu einer GmbH wesentlich rascher gegründet werden. Dies setzt allerdings das Bestehen der GmbH aus einem vorangegangenen Projekt voraus.

Bei der Anmeldung zur Eintragung der Gründung im Firmenbuch besteht zwischen den beiden Gesellschaftsformen im Vergleich dazu kaum ein relevanter Mehraufwand, sofern die erforderlichen Beilagen vorliegen. Die Firmenbuchanmeldung der GmbH ist gemäß § 9 Abs 1 GmbHG von der gesamten Geschäftsführung zu unterfertigen. Die Firmenbuchanmeldung der Kommanditgesellschaft ist demgegenüber gemäß § 107 Abs 1 UGB von sämtlichen Gesellschaftern zu unterfertigen. In beiden Fällen haben die Unterschriften gemäß § 11 Abs 1 UGB beglaubigt zu erfolgen. Zudem müssen gemäß § 9 Abs 3 GmbHG bzw § 107 Abs 2 UGB die vertretungsbefugten Personen (Geschäftsführer bzw Gesellschafter) eine beglaubigte Musterzeichnung bei der Anmeldung überreichen. Diesbezüglich bestehen sohin keine Mehrkosten bei der GmbH im Vergleich zu einer Kommanditgesellschaft.

Bei der gänzlichen Neugründung einer GmbH & Co KG sind selbstverständlich die Gründungsvorschriften beider Gesellschaftsformen einzuhalten. Der Mehraufwand im Vergleich zur Gründung bloß einer GmbH ist in der Praxis allerdings vernachlässigbar. Da allerdings die GmbH vor Abschluss des Kommanditvertrages bereits entstanden (im Firmenbuch eingetragen) sein muss, ist bei doppelter Neugründung mit entsprechenden Verzögerungen zu rechnen. Wird eine GmbH & Co KG als Projektgesellschaft für eine bestehende GmbH gegründet, ist die Abwicklung deutlich rascher und günstiger, als bei Gründung einer Projekt-GmbH.

Während es bei einer GmbH nur einen Typus an Gesellschaftern gibt, weist eine GmbH & Co KG Kommanditisten und unbeschränkt haftende Gesellschafter auf. Das im Recht der GmbH bestehenden Gleichbehandlungsgebots gibt dadurch wesentliche Gestaltungsspielräume bei der GmbH & Co KG vor. Im Zusammenhang mit der Entwicklung von Immobilien besteht dadurch die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag bloßen kapitalgebenden Kommanditisten den Einfluss auf die Geschäftsführung zu reduzieren oder gar auszuschließen. Bei entsprechender gesellschaftsvertraglicher Gestaltung können diese Kommanditisten der Geschäftsführung, welche in der Regel von der Geschäftsführung der unbeschränkt haftenden GmbH ausgeübt wird, keine Weisungen erteilen. Hingegen kann bei einer GmbH die Möglichkeit der Erteilung von Weisungen (mittels Generalversammlungsbeschluss) durch Gesellschafter nicht abbedungen werden. Auch Auskunfts- und Einsichtsrechte bestehen für Kommanditisten einer GmbH & Co KG – bei entsprechender gesellschaftsvertraglicher Gestaltung – nicht wie für Gesellschafter einer GmbH.<sup>100</sup>

Während man sich an einer GmbH nur beteiligen kann, wenn man eine Bar- oder Sacheinlage leistet, ist dies bei einer GmbH & Co KG nicht der Fall. Bei letzterer kann man sich auch mit seiner bloßen Arbeitskraft beteiligen. Es ist sohin möglich, durch die Erbringung einer eigener Dienstleistung am Gewinn der Gesellschaft beteiligt zu werden. Dies erfordert zwar die Zuweisung eines Kapitalanteils durch die Gesellschafter der GmbH & Co KG, wäre aber bei einer GmbH gänzlich ausgeschlossen. Durch die Beteiligung des Arbeitsgesellschafters am Gewinn ist es bei der GmbH & Co KG sohin möglich, fehlendes Know-How durch eine Aufnahme eines entsprechenden Gesellschafters ohne der Einbringung von Bar- oder Sachmitteln zu gewinnen. Dadurch ergeben sich auch Möglichkeiten der Kooperationen bei Immobili-

---

<sup>100</sup> Fritz/K. Schauer, SWK-Sonderheft GmbH & Co KG 21.

enprojekten. So kann es gut zu folgender Konstellation kommen: Während ein Kommanditist die Liegenschaft einbringt, errichtet der andere Kommanditist das Gebäude auf der Liegenschaft. Weiters bestehen bei der GmbH & Co KG, bei welcher ein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist keine strengen Sachgründungsregelungen. Die Beteiligung durch Leistung einer Sacheinlage kann sohin wesentlich rascher und einfacher vorgenommen werden.

Im Gegensatz zu einer GmbH & Co KG kann eine GmbH allerdings nicht gekündigt werden, wenn gegen einen Gesellschafter eine Zwangsvollstreckung geführt wird oder er in Insolvenz gerät. Der Geschäftsanteil an einer GmbH könnte zwar gepfändet und verwertet werden, dennoch hat dies keine Auswirkungen auf den Bestand einer GmbH.<sup>101</sup> Bei einer GmbH & Co KG muss hier durch gesellschaftsvertragliche Regelungen die Auflösung verhindert werden. Allerdings steht dem Gläubiger des Gesellschafters jedenfalls ein (hypothetischer) Anteil an dem Auseinandersetzungsguthaben zu. Dies muss von der Gesellschaft aufgebracht werden und kann zur Belastung der Projektverwirklichung führen.

Änderungen in der Geschäftsführung sind bei der GmbH & Co KG in der Regel nur durch eine zu gleiche Änderung der Geschäftsführung bei der GmbH möglich. Dadurch ergibt sich bei einer etwaigen Änderung keine Verwaltungserleichterung gegenüber der GmbH. Demgegenüber sind Generalversammlungen bei der GmbH wesentlich formalistischer als bei einer GmbH & Co KG – sofern der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co KG nicht entsprechende Formalismen vorsieht. Da man allerdings auch bei der GmbH mit rasch durchzuführenden Umlaufbeschlüssen eine Generalversammlung „umgehen“ kann, besteht diesbezüglich kein nennenswerter Vorteil zur GmbH & Co KG.

### 2.3.2 Finanzierung des Immobilienprojektes

An beiden Gesellschaftsformen können sich eine Vielzahl an Gesellschaftern beteiligen. In der Praxis ist die Beteiligung mehrerer Gesellschafter (in der Regel als Investoren) und deren Administration an einer GmbH & Co KG einfacher abzuwickeln. Anders als bei einer GmbH bedarf es bei einer GmbH & Co KG keines Abtretungsvertrages in Form eines Notariatsaktes. Dies erleichtert insbesondere die Aufnahme weiterer kapitalgebender Gesellschafter. Dadurch ist die Finanzierung der

---

<sup>101</sup> Fritz/K. Schauer, SWK-Sonderheft GmbH & Co KG 40.

GmbH & Co KG bei Ausgestaltung als Publikums-GmbH & Co KG mit wesentlich weniger Formalismen verbunden.

Im Hinblick auf die Finanzierung von Immobilienprojekten sind in der Praxis – bei entsprechender Gestaltung – die unterschiedlichen Kapitalerhaltungsregelungen von entscheidender Bedeutung. Wenngleich für Kreditinstitute in Zusammenhang mit den Kapitalerhaltungsregelungen keine umfassenden Prüfpflichten bestehen, nehmen diese die Problematik der Einlagenrückgewähr zunehmend ernster. Besicherungen von Finanzierungen, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstießen, werden von den Kreditinstituten nicht akzeptiert.

Beabsichtigt der Immobilienentwickler keine Gesellschaft zu gründen um eine Liegenschaft als „asset deal“ zu erwerben, sondern eine Gesellschaft im Wege eines „share deals“ zu erwerben, kommt es bei der Ankaufsfinanzierung von Immobilienprojekten in der Regel zu folgender Herausforderung: Bei einem „asset deal“ kann die erwerbende Immobilienprojektgesellschaft den Kredit mit einer Hypothek im Grundbuch der erworbenen Liegenschaft besichern. Dies ist bei einem „share deal“ (Ankauf einer grundstücksbesitzenden Gesellschaft) nicht möglich, insbesondere wenn der Geschäftsanteil an einer GmbH erworben wird. Die in der erworbenen Gesellschaft befindliche Liegenschaft kann aufgrund der Kapitalerhaltungsvorschriften nicht zur Besicherung des Kredites des Immobilienprojektentwicklers herangezogen werden. Eine dennoch gewährte Besicherung wäre absolut nichtig (siehe oben Punkt 2.1.5). Die Verpfändung der Geschäftsanteile der im Wege des „share deals“ erworbenen Gesellschaft ist für den Kreditgeber des Immobilienentwicklers in der Regel nicht ausreichend. Die Kapitalerhaltungsregelungen der GmbH finden auch auf eine GmbH & Co KG Anwendung, bei welcher keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist (siehe oben Punkt 2.2.5). Beteiligt sich allerdings eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter an der Gesellschaft, sind die Regelungen über das Verbot der Einlagenrückgewähr bei der GmbH & Co KG nicht einschlägig. Wird in Folge dessen eine entsprechend ausgestaltete GmbH & Co KG erworben, besteht die Möglichkeit, bei der Ankaufsfinanzierung das Eigentum der GmbH & Co KG als Besicherung heranzuziehen. Im Einzelfall ist es aus Sicht des erwerbenden Käufers durchaus von Vorteil, im Rahmen des Verkaufsprozesses die bestehende GmbH vor der Übernahme in eine GmbH & Co KG umzuwandeln oder von den Verkäufern umwandeln zu lassen. Die dadurch entstandenen Mehrkosten können sich bei einer Gesamtbetrachtung durchaus lohnen und demnach sogar empfehlenswert sein. Entsprechendes findet analog Anwendung,

wenn ein Kreditinstitut einer dafür eigens gegründeten Projektgesellschaft keinen Kredit gewähren möchte, diesen jedoch nur an die Gesellschafter vergebe. Wird das Immobilienprojekt mit einer entsprechend ausgestalteten GmbH & Co KG umgesetzt, so kann die Liegenschaft der Gesellschaft mit einer Hypothek belastet werden, um den Kredit der Gesellschafter zu besichern.

Aufgrund einer potenziellen zukünftigen Besicherung einer Ankaufsfinanzierung empfiehlt es sich auch, bestehende Liegenschaften in einer GmbH & Co KG selbst zu verwalten. Die Finanzierung neuer Projekte kann von den Gesellschaftern oder eigens errichteten Schwestergesellschaften durch das Vermögen der bestehenden GmbH & Co KG abgesichert werden, wenn an dieser eine natürliche Person als weiterer unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist. Bei einer dementsprechend organisierten GmbH & Co KG gelangen die Kapitalerhaltungsvorschriften nicht zur Anwendung. Daher ist es möglich, zur Besicherung von Krediten der Gesellschafter oder anderen Schwestergesellschaften bei Dritten Pfandrechte auf der Liegenschaft der GmbH & Co KG zu begründen. Es sind auch andere Sicherungsmittel denkbar, wie Haftungsübernahmen, Schuldbeitritte oder Garantien. Eine entsprechende Gestaltung mit einer (grundstücksbesitzenden) GmbH wäre aufgrund des Verbots der Einlagenrückgewähr nicht zulässig und würde von Banken auch nicht akzeptiert werden. Die Sicherungsmittel zugunsten der Schwestergesellschaften werden ebenfalls als unzulässige Einlagengewährung zugunsten der gemeinsamen Muttergesellschaft gewertet (siehe oben Punkt 2.1.5 und Punkt 2.2.5).

Die Organisation einer Projektgesellschaft oder einer grundstücksverwaltenden Gesellschaft in Form einer GmbH & Co KG hat auch in Krisenzeiten iSd EKEG Vorteile. Ist bei der GmbH & Co KG eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt, ist das EKEG nicht anzuwenden. Kredite an die GmbH & Co KG im Zeitpunkt einer Krise iSd EKEG unterliegen sohin nicht der Rückzahlungssperre. Zudem ist auch die Bestellung von Sicherheiten möglich, aus welchen sich die Gläubiger erst nach zu vorigen Befriedigungsversuch bei der GmbH & Co KG selbst befriedigen dürfen. Dies kann im Stadium der Krise ein Vorteil bei der Sanierung der Projektgesellschaft bestehen und ein Immobilienprojekt in Schieflage gesichert werden.

Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist bei der GmbH und der GmbH & Co KG grundlegend anders geregelt. Bei der GmbH haften die Gesellschafter grundsätzlich nicht, sofern sie ihre Einlagen vollständig geleistet haben. Gläubiger können sohin nur auf die zu leistenden Einlagen der Gesellschafter

greifen. Sind diese erbracht aber bereits aufgebraucht, besteht kein darüberhinausgehender Haftungsfond. Bei der GmbH & Co KG haften die Kommanditisten gemäß der übernommenen und ins Firmenbuch eingetragenen Haftsumme. Im Falle einer Pflichteinlage in Höhe der Haftsumme, welche an die Gesellschaft geleistet wurden, haften diese für keinerlei weiteren Verbindlichkeiten. Demgegenüber haften die unbeschränkt haftenden Gesellschafter (Komplementäre) für sämtliche Verbindlichkeiten der GmbH & Co KG. Durch die Rechtsform der GmbH & Co KG kann diese umfangliche Haftung von einer GmbH übernommen und dadurch final eine Haftungsbeschränkung erzielt werden. Als Haftungsfond stehen den Gläubigern einer GmbH & Co KG das Stammkapital der GmbH zur Verfügung. In der Praxis bestehen daher zwischen der GmbH und der GmbH & Co KG keine bedeutenden Unterschiede im Hinblick auf eine etwaige Haftungsunterschiede.

### 2.3.3 Entwicklung und Verwaltung des Immobilienprojektes

Während bei der GmbH die Geschäfte durch die Geschäftsführung besorgt werden, erfolgt dies bei der GmbH & Co KG durch die unbeschränkt haftenden Gesellschafter. Dies hat bei der GmbH & Co KG die Vertretung durch die Geschäftsführung der GmbH zur Folge. Dagegen wirken Kommanditisten bei der GmbH & Co KG in der Regel nur bei entsprechender gesellschaftsvertraglicher Genehmigung mit, wobei sie bei außergewöhnlichen Geschäften ein Zustimmungsrecht besitzen. Bei der GmbH können die Gesellschafter durch Weisungen (Gesellschafterbeschlüsse) direkt Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen. Dies ist, sofern eben nicht entsprechend gesellschaftsvertraglich vereinbart, bei der GmbH & Co KG nicht möglich. Daher ist die Geschäftsführung bei der GmbH & Co KG ohne gravierenden Einfluss etwaiger kapitalgebender Kommanditisten möglich. Dies ist bei Beteiligungsmodellen an Immobilien ein nicht zu unterschätzender Vorteil in der Abwicklung.

### 2.3.4 Beendigung des Immobilienprojektes

Ist ein Immobilienprojekt beendet, kann die Projektgesellschaft aufgelöst und liquidiert werden. Im Hinblick auf eine Liquidation besteht zwischen einer GmbH und einer GmbH & Co KG in der Regel nur wenig Unterschied. Bei beiden Gesellschaftsformen sind entsprechende Beschlüsse zu fassen und zu veröffentlichen. Allerdings besteht bei einer GmbH & Co KG mit einer natürlichen Person als weiteren unbeschränkt haftenden Gesellschafter die Möglichkeit den Gläubigeraufruf zu unterlassen. Zudem besteht bei einer entsprechend ausgestalteten GmbH & Co KG auch keine Sperrfrist

von drei Monaten. Ob dies in der Praxis ein lohnenswerter Vorteil ist, kommt auf die jeweilige Abwicklung an. MMn wird in der Praxis vom Firmenbuchgericht in den meisten Fällen dennoch die Einhaltung der Sperrfrist verlangt werden. Das Vermögen einer GmbH & Co KG kann allerdings auch auf einen Gesellschafter oder gar Erwerber anwachsen. Sollte das Projekt zu einem positiven Abschluss gebracht werden können, dann stellt dies eine Vereinfachung gegenüber einer Liquidation dar.

Bestehen am Ende eines Immobilienprojektes Haftungen der Projektgesellschaft, ist eine Liquidation nur möglich, wenn während der Liquidation sämtliche Verbindlichkeiten getilgt werden. Verfügt die Projektgesellschaft über kein Vermögen, so ist ein Insolvenzverfahren einzuleiten. Bei der GmbH haftet die Gesellschaft für bestehende Verbindlichkeiten, während die Gesellschafter gemäß den dargestellten Grundsätzen (siehe oben Punkt 2.1.7) lediglich ihre geleisteten Einlagen verlieren. Das Haftungsregime der GmbH & Co KG sieht demgegenüber die unbeschränkte Haftung der Komplementäre sowie die beschränkte Haftung der Kommanditisten vor. Letztere haften nur in der Höhe der jeweiligen Haftsumme (siehe oben Punkt 2.2.7). Eine etwaige vorab erfolgte Anwachsung hat die Gesamtrechtsnachfolge der übernehmenden Gesellschafter zur Folge. Daher werden etwaige Haftungen mitübertragen und sind vom übernehmenden Gesellschafter zu tragen.

### 3 Grunderwerbsteuer bei GmbH und GmbH & Co KG

Die Grunderwerbsteuer<sup>102</sup> stellt insbesondere bei großvolumigen Immobilientransaktionen eine in der Planungsphase berücksichtigungswürdige Determinante dar. Im Gegensatz zur gerichtlichen Eintragungsgebühr im Grundbuch gemäß GGG bestehen im Bereich der Grunderwerbsteuer bestimmte, nutzbare Unterschiede zwischen den beiden Rechtsformen.

Je nach Gestaltung der rechtlichen Grundkonzeption fällt diese bei Erwerb einer inländischen Liegenschaft als „asset deal“ an. Wird eine Liegenschaft im Wege eines „share deals“ (Erwerb der Anteile an einer grundstückshaltenden Gesellschaft) indirekt erworben oder ändert sich die Gesellschafterstruktur einer grundstücksbesitzenden Gesellschaft qualifiziert, stellt dies einen Erwerbsvorgang iSd GrEStG dar. Bei entsprechender rechtlicher Gestaltung kann auch im Rahmen eines „share deals“ ein Erwerbsvorgang im Sinne der Grunderwerbsteuer vermieden werden.

Im Rahmen der Immobilienentwicklung können weitere Maßnahmen notwendig sein, welche einen Tatbestand des GrEStG verwirklichen. Liegenschaften können in die Projektgesellschaft eingebracht oder am Ende der Projektentwicklung aus der Gesellschaft entnommen werden. Zudem können auch Umgründungen der Projektgesellschaft erforderlich werden. Schließlich ist nach Abschluss des Immobilienprojektes oder im Falle eines etwaigen Abbruchs der Projektentwicklung eine Projektgesellschaft unter Berücksichtigung grunderwerbsteuerrechtlichen Regelungen zu liquidieren.

#### 3.1 Grunderwerbsteuer bei der GmbH

##### 3.1.1 Ankauf

Der Ankauf einer Liegenschaft durch eine GmbH wird auch als „asset deal“ bezeichnet. Der Kauf einer Liegenschaft stellt ganz allgemein einen Erwerbsvorgang gemäß § 1 Abs 1 Z 1 GrEStG dar. Gemäß § 7 Abs 1 Z 3 GrEStG beträgt die Grunderwerbsteuer 3,5% der Bemessungsgrundlage. Die Bemessungsgrundlage ist die Gegenleistung, mindestens der Grundstückswert der Liegenschaft (§ 4 Abs 1 ers-

---

<sup>102</sup> Land- und forstwirtschaftliche Grundstücke sowie Erwerbe im Familienverband werden in der folgenden Darstellung bewusst außer Betracht gelassen.

ter Satz GrEStG). Drei verschiedene Modelle stehen zur Ermittlung des Grundstückswertes zur Verfügung. Der Steuerpflichtige ist aufgrund einer fehlenden Wertung im Gesetz berechtigt selbst zu entscheiden, welche Ermittlungsmethode er heranziehen möchte<sup>103</sup>:

Der Grundstückswert kann durch das Pauschalwertmodell ermittelt werden. Dieser ergibt sich aus der Hochrechnung des dreifachen Bodenwertes gemäß § 53 Abs 2 Bewertungsgesetz und des Gebäudewerts. Dabei wird der Wert des Grund und Bodens dadurch berechnet, indem die (anteilige) Grundfläche mit dem dreifachen Bodenwert (von der Finanzverwaltung ermittelt und ergibt sich aus dem Einheitswertbescheid) pro Quadratmeter multipliziert wird und der dadurch entstehende Produktwert mit einem Hochrechnungsfaktor (von der Grundstückswertverordnung vorgegeben) multipliziert wird. Das Ergebnis wird mit dem Gebäudewert addiert. Hierzu wird die Nutzfläche mal dem Baukostenfaktor (von der Grundstückswertverordnung vorgegeben), das Ergebnis mal der Bauweise-/Nutzungsminderung (Ansätze hierzu werden von der Grundstückswertverordnung vorgegeben) und der dadurch entstehende Produktwert mal der Altersminderung (Ansätze hierzu werden von der Grundstückswertverordnung vorgegeben) gerechnet.<sup>104</sup>

Alternativ zum Pauschalwertmodell kann der Grundstückswert durch Ableitung aus einem Immobilienpreisspiegel ermittelt werden. Die Bundesanstalt der Statistik Österreich veröffentlicht die anzusetzenden Immobiliendurchschnittspreise.<sup>105</sup>

Als dritte Möglichkeit steht es dem Steuerpflichtigen gemäß § 4 Abs 1 fünfter Satz GrEStG frei, einen geringeren gemeinen Wert mittels Schätzgutachten nachzuweisen. In der Regel wird allerdings der dadurch ermittelte gemeine Wert wesentlich höher sein, als der durch Pauschalwertmodell ermittelte oder aus dem Immobilienpreisspiegel abgeleitete Grundstückswert.

### 3.1.2 Einbringung (außerhalb des UmgrStG)

Die Einbringung einer Liegenschaft in eine GmbH stellt aufgrund des Wechsels des zivilrechtlichen Eigentums ebenfalls einen grunderwerbssteuerrechtlichen Erwerbs-

---

<sup>103</sup> Zorman, Die Neuregelungen im Grunderwerbsteuergesetz seit 2014, in *Kovar/Wahrlich/Zorman (Hrsg)*, Übertragung und Vermietung von Immobilien<sup>3</sup> (2019) 8f.

<sup>104</sup> Ebd. (2019) 9ff.

<sup>105</sup> Ebd. (2019) 15.

vorgang dar. Wird eine Liegenschaft in eine GmbH eingebracht, ist aus grunderwerbssteuerlicher Perspektive zu unterscheiden, ob die Einbringung im Zuge einer Kapitalerhöhung erfolgte oder nicht.

Bei Einlagen ohne Kapitalerhöhung mangelt es an einer Gegenleistung, weshalb als Bemessungsgrundlage gemäß § 4 Abs 1 erster Satz zweiter Fall GrEStG der Grundstückswert (siehe oben Punkt 3.1.1) heranzuziehen ist. Mangels Entgeltlichkeit des Vorgangs gelangt gemäß § 7 Abs 1 Z 2 lit a erster Satz GrEStG der Stufentarif zur Anwendung.<sup>106</sup> Dabei beträgt der Steuersatz für die ersten EUR 250.000,00 des Grundstückswertes 0,5%, der Steuersatz für die nächsten EUR 150.000,00 des Grundstückswertes 2%, und der darüberhinausgehende Grundstückswert wird mit einem Steuersatz von 3,5% besteuert.

Findet eine Kapitalerhöhung statt, stellt der Wert der Gesellschafterrechte, jedoch mindestens der Grundstückswert die Bemessungsgrundlage dar. Dies entspricht der allgemeinen Regelung gemäß § 4 Abs 1 erster Satz GrEStG. Welcher Tarif zur Anwendung gelangt hängt vom Wert der eingebrachten Liegenschaft ab. Gemäß § 7 Abs 1 Z 1 lit a GrEStG ist zu unterscheiden, ob ein unentgeltlicher, teilentgeltlicher oder entgeltlicher Erwerb vorliegt.

Als unentgeltlich gilt gemäß § 7 Abs 1 Z 1 lit a GrEStG ein Erwerb, „*wenn die Gegenleistung nicht mehr als 30%*“ des Grundstückswerts beträgt. Das Gesetz normiert den Erwerb als teilentgeltlich, „*wenn die Gegenleistung mehr als 30%, aber nicht mehr als 70%*“ des Grundstückswerts beträgt. Beläuft sich der Wert der Gegenleistung auf „*mehr als 70%*“ des Grundstückswertes liegt ein entgeltlicher Erwerb vor. Wird die Einbringung als unentgeltlich iSd GrEStG qualifiziert, gelangt der Stufentarif zur Anwendung. Bei einer teilentgeltlichen Einbringung ist gemäß § 7 Abs 1 Z 2 lit a zweiter Satz GrEStG auf den entgeltlichen Teil der allgemeine Tarif gemäß § 7 Abs 1 Z 3 GrEStG in Höhe von 3,5% und auf den unentgeltlichen Teil der Stufentarif anzuwenden. Übersteigt der Wert der Gesellschafterrechte den Grundstückswert oder beträgt er mehr als 70% des Grundstückswerts beträgt der Tarif gemäß § 7 Abs 1 Z 3 GrEStG 3,5%.<sup>107</sup>

<sup>106</sup> Kovar/Mairhuber/Pamperl, Umgründungen und Immobilien, in Kovar/Wahrlich/Zorman (Hrsg), Übertragung und Vermietung von Immobilien<sup>3</sup> (2019) 62f.

<sup>107</sup> Kovar/Mairhuber/Pamperl in Kovar/Wahrlich/Zorman (Hrsg), Übertragung und Vermietung von Immobilien<sup>3</sup> (2019) 63.

### 3.1.3 Anteilsübertragung/-vereinigung

#### Unmittelbare Anteilsübertragung/-vereinigung

Der Verkauf einer Liegenschaft stellt einen grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerbsvorgang gemäß § 1 Abs 1 Z 1 GrEStG dar. Allerdings ist auch die Übertragung eines Geschäftsanteils an einer grundstückshaltenden GmbH ein grunderwerbsteuerpflichtiger Erwerbsvorgang. Gemäß § 1 Abs 3 Z 1 GrEStG ist der Steuertatbestand verwirklicht, wenn „mindestens 95% aller Anteile am Gesellschaftsvermögen oder der Gesellschaft“ aufgrund eines Rechtsgeschäfts in einer Hand vereinigt werden.

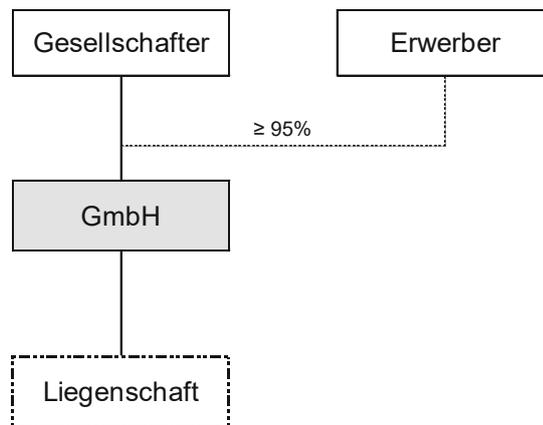


Abbildung 3: Direkte Anteilsübertragung/-vereinigung GmbH (eigene Darstellung)

Neben der Anteilsvereinigung „in einer Hand“ kann auch die Übertragung von mindestens 95% der GmbH-Geschäftsanteile an mehrere Erwerber zu einem Entstehen der Grunderwerbsteuerpflicht führen. Der Erwerb durch Mitglieder einer „Unternehmensgruppe gemäß § 9 des Körperschaftsteuergesetzes 1988“ ist gemäß § 1 Abs 3 Z 1 GrEStG ebenfalls grunderwerbsteuerpflichtig. Das Grunderwerbsteuergesetz möchte dadurch Umgehungskonstruktionen vermeiden, durch welche mindestens 95% der GmbH-Geschäftsanteile durch mehrere Gesellschaften einer „Unternehmensgruppe gemäß § 9 des Körperschaftsteuergesetzes 1988 vereinigt werden würden“. Gemäß § 9 Abs 4 KStG liegt eine Unternehmensgruppe insbesondere dann vor, wenn mehr als 50% der beteiligten Körperschaft unmittelbar gehalten werden.

Handelt es sich bei den Erwerben jedoch nicht um eine Unternehmensgruppe im körperschaftssteuerrechtlichen Sinn, stellt dies keinen Erwerbsvorgang iSd Grunderwerbsteuergesetzes dar. Die Entscheidung, ob eine Unternehmensgruppe gebildet wird, ist freiwillig und die Gruppenbildung an sich muss beantragt werden. Sollten die

weiteren Voraussetzungen gemäß KStG vorliegen, wird von der Finanzverwaltung ein Feststellungsbescheid erlassen. Daher kann der Erwerb durch Gesellschaften, welche konzernmäßig miteinander verbunden sind, einen grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerbsvorgang gemäß § 1 Abs 1 Z 1 GrEStG verhindern, solange sie nicht Teil einer entsprechenden Unternehmensgruppe sind. In der Praxis werden allerdings die Vorteile einer Gruppenbildung die Nachteile der Grunderwerbsteuerpflicht übersteigen.

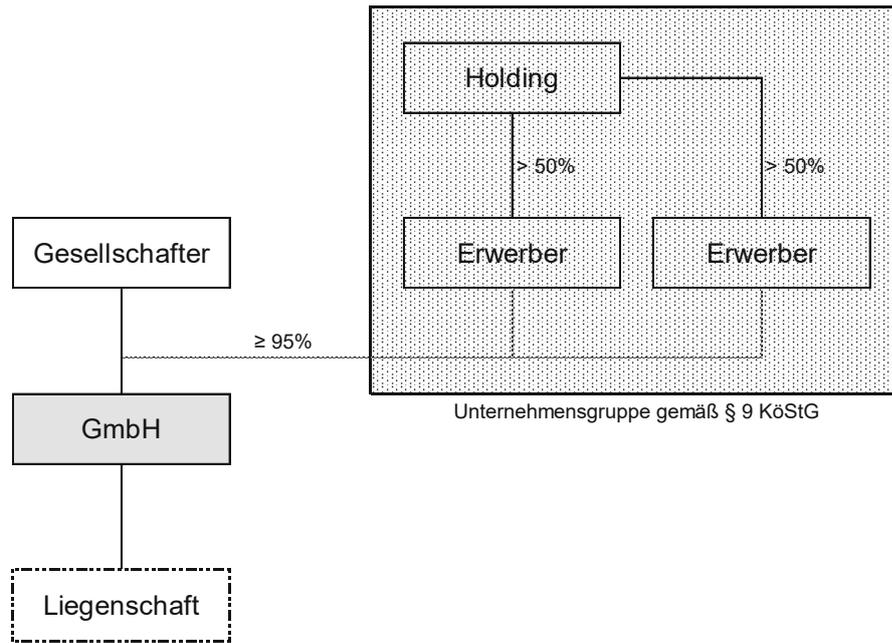


Abbildung 4: Anteilsübertragung/-vereinigung durch Unternehmensgruppe gemäß § 9 KStG (eigene Darstellung)

Neben der Anteilsvereinigung aufgrund eines Rechtsgeschäft gemäß § 1 Abs 3 Z 1 GrEStG, werden auch weitere Fälle der Anteilsvereinigung erfasst. Auch die Anteilsvereinigung ohne vorangegangenes Rechtsgeschäft stellt gemäß § 1 Abs 3 Z 2 GrEStG einen Erwerbsvorgang dar. Ebenso gemäß § 1 Abs 3 Z 3 GrEStG ein Rechtsgeschäft, welches lediglich den Anspruch auf Übertragung von mindestens 95% aller Anteile am Gesellschaftsvermögen oder der Gesellschaft begründet. Ergänzt wird dies durch § 1 Abs 3 Z 4 GrEStG, wenn es zu einer entsprechenden Übertragung ohne vorangegangenes Rechtsgeschäft kommt.

Um Umgehungskonstruktionen zurückzudrängen werden in § 1 Abs 3 GrEStG auch Treuhandschaften explizit berücksichtigt. Treuhändig gehaltene Anteile werden ex

lege nicht dem Treuhänder, sondern dem Treugeber zugeordnet. Es gilt sohin im Bereich der Anteilsübertragung/-vereinigung die wirtschaftliche und nicht zivilrechtliche Betrachtungsweise.<sup>108</sup>

Gemäß § 4 Abs 1 zweiter Satz iVm § 7 Abs 1 lit 2c GrEStG beträgt die Grunderwerbsteuer 0,5% vom Grundstückswert (siehe oben Punkt 3.1.1). Wer Schuldner der Grunderwerbsteuer ist, hängt vom jeweiligen verwirklichten Tatbestand ab. Im Fall der Anteilsübertragung/-vereinigung gemäß § 1 Abs 3 Z 1 oder Z 2 GrEStG ist gemäß § 9 Z 3 lit b GrEStG der Erwerber Steuerschuldner. Demgegenüber sind bei Verwirklichung der § 1 Abs 3 Z 3 oder Z 4 GrEStG die am Erwerbsvorgang beteiligten Personen § 9 Z 4 GrEStG zur Leistung der Grunderwerbsteuer verpflichtet.

#### Mittelbare Anteilsübertragung/-vereinigung

Neben dem unmittelbaren Erwerb einer grundstückshaltenden GmbH besteht auch die Möglichkeit eines mittelbaren Erwerbs. Hierbei wird nicht die GmbH selbst, sondern die Gesellschaft erworben, welche den Geschäftsanteil an der GmbH hält. Aus grunderwerbsteuerrechtlicher Sicht stellt der mittelbare Erwerb einer grundstückshaltenden GmbH keinen Erwerbsvorgang dar. Wird sohin bei einer doppelstöckigen Gestaltung die haltende Gesellschaft erworben, fällt keine Grunderwerbsteuer an, auch wenn dadurch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Immobilie übertragen wird. Während dies in Deutschland anders beurteilt wird, wurde diese Auslegung im JStG 2018 bestätigt.<sup>109</sup>

Allerdings ist dies in der Praxis nur dann eine tatsächliche Option, wenn die Gesellschaftsstruktur von Beginn an „doppelstöckig“ geplant wurde. Mit der Gestaltungsvariante geht jedoch ein zu berücksichtigender Mehraufwand einher. Es sind jedenfalls zwei Gesellschaften zu gründen. Handelt es sich dabei um zwei GmbHs sind diese mit entsprechenden Eigenkapital auszustatten. Das Stammkapital der grundstücksbesitzenden GmbH kann durch das Stammkapital der haltenden GmbH finanziert werden. Weiters besteht ein Mehraufwand hinsichtlich der Gründungskosten, welche jedoch geringgehalten werden können und keinesfalls doppelt so hoch sind. Beide Kostenfaktoren können zudem dadurch reduziert werden, indem die haltende Gesellschaft als Personengesellschaft errichtet wird. Dadurch würden auch die Kosten im

---

<sup>108</sup> Zorman in Kovar/Wahrlich/Zorman (Hrsg), Übertragung und Vermietung von Immobilien<sup>3</sup> (2019) 29.

<sup>109</sup> Ebd. 31.

Falle der Übertragung der haltenden Gesellschaft reduziert werden, weil die Abtretung eines Gesellschaftsanteils an einer Personengesellschaft nicht notariatsakts-pflichtig und daher mit niedrigeren Kosten verbunden ist (siehe oben Punkt 2.1.9). Im laufenden Betrieb fallen jedoch jedenfalls die Kosten der Buchführung für zwei Ge-sellschaften an.

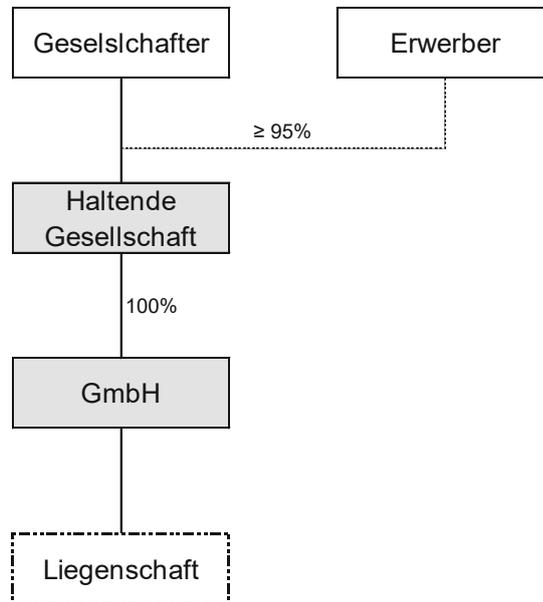


Abbildung 5: Mittelbare Anteilsübertragung/-vereinigung GmbH (eigene Darstellung)

### 3.1.4 Sachausschüttung

Eine Liegenschaft kann nicht nur in die GmbH eingebracht, sondern auch an Gesellschafter ausgeschüttet werden. Als Gesellschafter erhält man von der GmbH aufgrund der strengen Kapitalerhaltungsregelungen (siehe oben Punkt 2.1.5) nur Gewinne oder Liquidationserlöse. Die Leistungen der GmbH fußen auf einem Beschluss der Gesellschafter. Die Gesellschafter können allerdings anstatt der Ausschüttung eines Geldbetrages auch die Ausschüttung einer Liegenschaft beschließen. Laut verwaltungsgerichtlicher Judikatur handelt es sich hierbei um eine Leistung an Erfüllung statt. Die Grunderwerbsteuer lässt sich ganz allgemein gemäß § 4 Abs 1 erster Satz erster Fall GrEStG vom Wert der Gegenleistung zu bemessen. Die Gegenleistung stellt im Falle der Sachausschüttung gemäß § 5 Abs 1 Z 3 GrEStG den Wert des Zahlungsanspruches dar, anstatt dessen die Liegenschaft ausgeschüttet wird. Ist die Gegenleistung allerdings geringer als der Grundstückswert (siehe oben

Punkt 3.1.1), ist dieser gemäß § 4 Abs 1 erster Satz zweiter Fall GrEStG als Bemessungsgrundlage heranzuziehen.<sup>110</sup> Der Tarif entspricht demjenigen, welcher auch bei Sacheinlagen mit Kapitalerhöhung anzuwenden ist<sup>111</sup> (siehe oben Punkt 3.1.2).

### 3.1.5 Umgründungen iSd UmgrStG

Im Fall der Anwendbarkeit des UmgrStG ist die Grunderwerbsteuer gemäß § 4 Abs 1 zweiter Satz dritter Fall GrEStG zwingend vom Grundstückswert (siehe oben Punkt 3.1.1) zu bemessen. Der Steuersatz beträgt gemäß § 7 Abs 1 Z 2 lit c GrEStG 0,5%.

### 3.1.6 Liquidation

Im Fall der Liquidation ist das verbleibende Vermögen an die Gesellschafter zu verteilen (siehe oben Punkt 2.1.10). Befindet sich eine Liegenschaft in der Gesellschaft, welche nicht im Zuge der Liquidation veräußert wird, so ist diese an die Gesellschafter zu übertragen. Die Verteilung erfolgt entsprechend eines Gesellschafterbeschlusses. Aus diesem Grund sind mMn aus Grunderwerbsteuerrechtlicher Perspektive die Regelungen über die Sachausschüttung anzuwenden (siehe oben Punkt 3.1.4).

## 3.2 Grunderwerbsteuer bei der GmbH & Co KG

### 3.2.1 Ankauf

Kauft die GmbH & Co KG eine Liegenschaft an, handelt es sich um einen Erwerbsvorgang gemäß § 1 Abs 1 Z 1 GrEStG. Die Grunderwerbsteuer beträgt gemäß § 7 Abs 1 Z 3 GrEStG 3,5% der Bemessungsgrundlage. Die Bemessungsgrundlage stellt gemäß § 4 Abs 1 erster Satz GrEStG die Gegenleistung, mindestens der Grundstückswert der Liegenschaft dar. Hierbei besteht kein Unterschied zur GmbH (siehe oben Punkt 3.1.1).

### 3.2.2 Einbringung (außerhalb des UmgrStG)

Bei der Einbringung außerhalb des UmgrStG ist bei der GmbH Co KG zwischen den verschiedenen Formen der Sacheinlagenleistung zu unterscheiden (siehe oben Punkt 2.2.4). Bei der Einbringung „quoad dominium“ liegt ein Erwerbsvorgang iSd

---

<sup>110</sup> Kovar/Mairhuber/Pamperl in Kovar/Wahrlich/Zorman (Hrsg), Übertragung und Vermietung von Immobilien<sup>3</sup> (2019) 63.

<sup>111</sup> Ebd. 64.

§ 1 Abs 1 Z 1 GrEStG vor.<sup>112</sup> Die Grunderwerbsteuer ist gemäß § 4 Abs 1 erster Satz erster Fall GrEStG vom Wert der Gegenleistung zu berechnen. Bei der Sacheinlage findet ein Tausch zwischen Liegenschaft und Gesellschaftsanteil statt, weil der zukünftige Gesellschafter die Liegenschaft der Gesellschaft übergibt und dafür Gesellschaftsanteile erhält. Die Gegenleistung iSd GrEStG ist sohin gemäß § 5 Abs 1 Z 2 GrEStG der Gesellschaftsanteil, welcher gemäß den Bestimmungen des Bewertungsgesetzes zu bewerten ist. Liegt der Wert der Gesellschaftsanteile unter dem Grundstückswert (siehe oben Punkt 3.1.1), so ist dieser gemäß § 4 Abs 1 erster Satz zweiter Fall GrEStG heranzuziehen. Analog zu den Regelungen des GmbHG (siehe oben Punkt 3.1.2) ist ein Steuersatz von 3,5% oder der Stufentarif anzuwenden oder hat eine Aufteilung in entgeltlichen und unentgeltlichen Erwerb zu erfolgen.<sup>113</sup> Bei einer Einbringung „quoad sortem“ geht das zivilrechtliche Eigentum nicht auf die GmbH & Co KG über. Die Gesellschaft wird jedoch durch die getroffene Vereinbarung schuldrechtlich in die Lage gebracht, über die Liegenschaft zu verfügen. Dadurch wird ein Erwerbsvorgang iSd § 1 Abs 2 GrEStG verwirklicht.<sup>114</sup> Die Bemessungsgrundlage und der anzuwendende Tarif entspricht der Einbringung „quoad dominium.“ Demgegenüber hat eine Einbringung „quoad usum“ keine Grunderwerbsteuerlichen Folgen. Denn die reine Überlassung der Liegenschaft zur Nutzung durch die GmbH Co KG verwirklicht keinen Tatbestand des GrEStG.<sup>115</sup>

Neben der Einbringung einer Liegenschaft zur Gewährung von Gesellschaftsanteilen, besteht auch die Möglichkeit, eine Liegenschaft als (verdeckte) Sacheinlage einzubringen, bei welcher keine Gesellschaftsanteile begeben werden. In diesem Fall fehlt es an einer bewertbaren Gegenleistung. Es ist demnach von einem unentgeltlichen Erwerb durch die GmbH & Co KG auszugehen. Es ist daher die Grunderwerbsteuer auf Grundlage des Grundstückswertes oder eines allenfalls nachgewiesenen geringeren gemeinen Wertes zu bemessen. Gemäß § 7 Abs 1 Z 2 lit a GrEStG gelangt hierbei der Stufentarif (siehe oben Punkt 3.1.2) zur Anwendung.<sup>116</sup>

### 3.2.3 Änderung des Gesellschafterbestandes

#### Unmittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes

---

<sup>112</sup> *Taucher*, Die GmbH & Co KG und ihre Gesellschafter im Grunderwerbsteuerrecht, in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016) 348.

<sup>113</sup> *Kovar/Mairhuber/Pamperl* in *Kovar/Wahrlich/Zorman (Hrsg)*, Übertragung und Vermietung von Immobilien<sup>3</sup> (2019) 64f.

<sup>114</sup> *Taucher* in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016) 352f.

<sup>115</sup> Ebd. 353.

<sup>116</sup> *Taucher* in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016) 356.

Auch bei der GmbH & Co KG kann eine Änderung in der Gesellschafterstruktur einen Erwerbsvorgang iSd GrEStG darstellen. Verändert sich der Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft innerhalb von fünf Jahren indem „mindestens 95% der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen“, ist verpflichtend die Grunderwerbsteuer zu entrichten. Berücksichtigt werden lediglich die Beteiligungen an der Substanz, wodurch ausscheidende oder hinzutretende Arbeitsgesellschafter (siehe oben Punkt 2.2.4) nicht zu berücksichtigen sind. Als neue Gesellschafter gelten jene, welche im Zeitpunkt der Anteilsübertragung Arbeitsgesellschafter (somit nicht an der Substanz beteiligt) oder gar nicht an der Gesellschaft beteiligt waren.<sup>117</sup> Wie auch bei den Tatbeständen der Anteilsübertragung/-vereinigung der GmbH sind auch treuhändig gehaltenen Anteile aufgrund der gesetzlichen Anordnung in § 1 Abs 2a GrEStG den Treugebern zuzurechnen. Im Gegensatz zur Anteilsübertragung/-vereinigung bei der GmbH ist gemäß § 9 Z 3 lit a GrEStG die GmbH & Co KG selbst Steuerschuldnerin der Grunderwerbsteuer. Die Grunderwerbsteuer beträgt gemäß § 4 Abs 1 zweiter Satz GrEStG iVm § 7 Abs 1 lit 2c GrEStG 0,5% vom Grundstückswert (siehe oben Punkt 3.1.1).

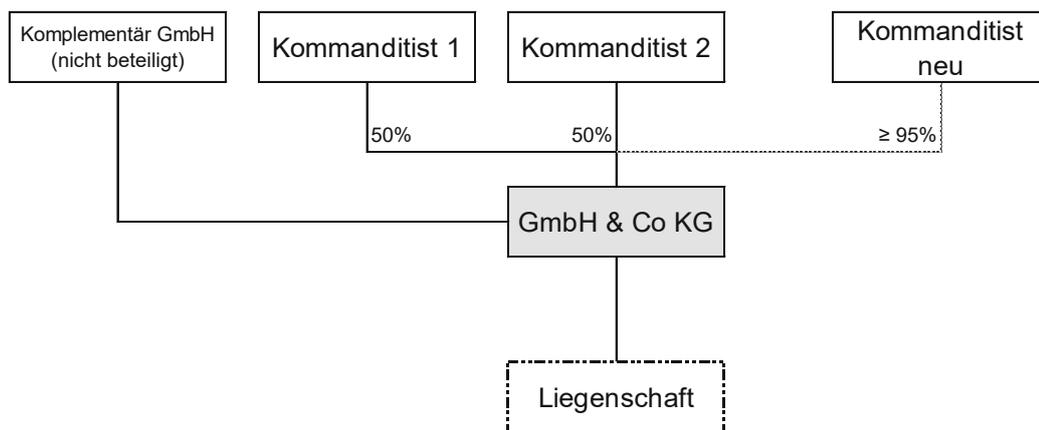
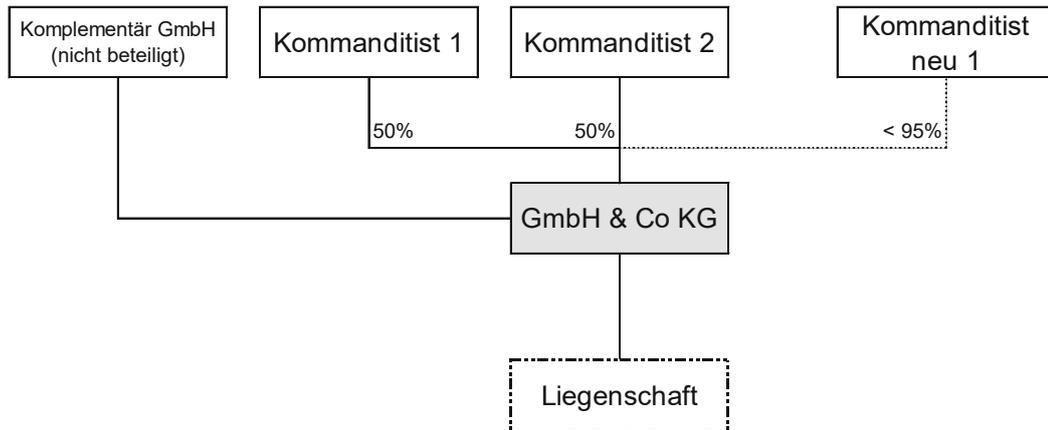


Abbildung 6: Unmittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes GmbH & Co KG (eigene Darstellung)

Eine Anteilsverschiebung, die selbst keinen tatbestandmäßigen Erwerbsvorgang darstellt, löst sehr wohl den fünfjährigen Betrachtungszeitraum aus. Demzufolge stellt es auch einen grunderwerbsteuerrechtlichen Erwerbsvorgang dar, insofern zwei nicht tatbestandmäßige Erwerbsvorgänge vorliegen, beide aber in Summe aber eine Änderung des Gesellschafterbestandes von mehr als 95% innerhalb von fünf Jahren ergeben.

<sup>117</sup> Zorman in Kovar/Wahrlich/Zorman (Hrsg), Übertragung und Vermietung von Immobilien<sup>3</sup> (2019) 32f.

## Jahr 1



## Jahr 5

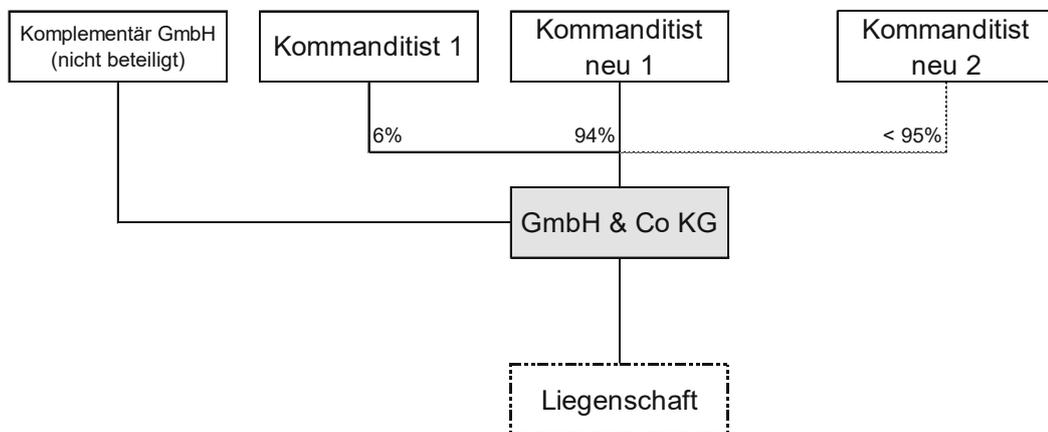


Abbildung 7: Unmittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes GmbH & Co KG innerhalb von fünf Jahren (eigene Darstellung)

Ein Ablauf des fünfjährigen Betrachtungszeitraumes führt jedoch nicht in jedem Fall zu einem Entfall der Grunderwerbsteuer. Die Grunderwerbsteuer kann nicht vermieden werden, indem die Kommanditanteile an der GmbH & Co KG gestaffelt, unter Einhaltung eines Zeitraumes von mehr als fünf Jahren, übertragen werden. Dies stellt eine Anteilsvereinigung iSd § 1 Abs 3 GrEStG dar, welcher, auch gemäß Auffassung des BFG<sup>118</sup>, auf Personengesellschaften anwendbar ist.

### Mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes

Wie bei der GmbH (siehe oben Punkt 3.1) stellt nur der unmittelbare Wechsel im Bestand der Gesellschafter einen Erwerbsvorgang gemäß § 1 Abs 2a GrEStG. Soin ist

<sup>118</sup> BFG 14.09.2021, RV/3100233/2021.

eine mittelbare Änderung auf Ebene einer zwischengeschalteten Gesellschaft auch im Fall einer GmbH & Co KG kein Grunderwerbsteuerrechtlich relevanter Vorgang.<sup>119</sup>

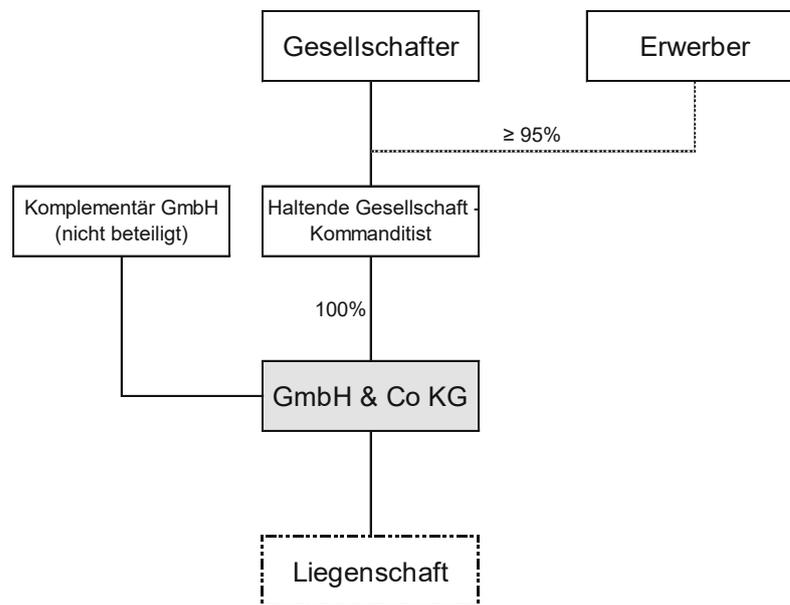


Abbildung 8: Mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes GmbH & Co KG (eigene Darstellung)

Eine Kombination aus unmittelbarer und mittelbarer Änderung, unter Vermeidung eines Grunderwerbssteuertatbestandes, ist durch folgende Lösung möglich: Wird die unbeschränkt haftende GmbH mit mehr als 5% an der GmbH & Co KG beteiligt, kann die unmittelbare Übertragung der restlichen weniger als 95% steuerfrei erfolgen. Wird zusätzlich die unbeschränkt haftende GmbH übertragen, stellt dies nur eine indirekte Übertragung der Gesellschaftsanteile dar, wodurch keine Grunderwerbsteuer ausgelöst wird.<sup>120</sup>

### 3.2.4 Sachausschüttung

Hinsichtlich einer Sachausschüttung ist bei Personengesellschaften allgemein zu unterscheiden, ob die Ausschüttung der Liegenschaft gegen Entgelt oder unentgeltlich erfolgt ist. Da auf die GmbH & Co KG die Kapitalerhaltungsregelungen der GmbH anzuwenden sind (siehe oben Punkt 2.2.5), ist mMn jede Sachausschüttung aus einer GmbH & Co KG jedenfalls als entgeltlich zu qualifizieren. Die Bemessungsgrundlage ist die entnahmebedingte Wertminderung der Gesellschaftsrechte, mindestens der

<sup>119</sup> *Perl*, Grunderwerbsteuer, in *Bergmann/Ratka (Hrsg)*, Handbuch Personengesellschaften<sup>2</sup> (2016) Rz 19/50.

<sup>120</sup> *Wehinger-Malang*, Asset Deal versus Share Deal bei der Übertragung von Liegenschaften aus steuerlicher Sicht, in *Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg)*, Immobilienbesteuerung<sup>5</sup> (2021) 227f.

Grundstückswert (siehe oben Punkt 3.1.1).<sup>121</sup> Hinsichtlich des Steuersatzes ist der allgemeine Steuersatz von 3,5%, der Stufentarif oder eine Aufteilung, entsprechend den Bestimmungen bei der GmbH in Anwendung zu bringen<sup>122</sup> (siehe oben Punkt 3.1.4).

### 3.2.5 Umgründungen iSd UmgrStG

Zwischen der GmbH und der GmbH & Co KG bestehen keine Unterschiede im Hinblick auf die Verwirklichung eines Erwerbsvorganges iSd GrEStG bei Anwendung des UmgrStG und finden demnach analog Anwendung. Die Steuer ist vom Grundstückswert (siehe oben Punkt 3.1.1) zu bemessen, wobei ein Steuersatz in Höhe von 0,5% zur Anwendung gelangt (siehe oben Punkt 3.1.5).

### 3.2.6 Liquidation

Im Falle der Liquidation einer GmbH & Co KG geht eine Liegenschaft, sofern sie nicht vorab verkauft wurde, wie jegliches Vermögen auf die substanzbeteiligten Gesellschafter über (siehe oben Punkt 2.2.10). Die Bemessungsgrundlage stellt hierbei der Wert der untergegangenen Gesellschafterrechte dar<sup>123</sup>, mindestens jedoch begrenzt durch den Grundstückswert (siehe oben Punkt 3.1.1). Der anzuwendende Tarif ist analog der Sachausschüttung zu ermitteln (siehe oben Punkt 3.2.4).

### 3.2.7 Anwachsung

Wie bereits zuvor dargestellt (siehe oben Punkt 2.2.10) geht die GmbH & Co KG ohne Liquidation dann unter, wenn in der Gesellschaft selbst nur noch ein Gesellschafter verbleibt. Die in der Gesellschaft bestehende Liegenschaft geht sohin auf das Vermögen des letzten Gesellschafters über. Durch diesen Vorgang wird der Tatbestand des §1 Abs 1 Z 2 GrEStG verwirklicht.

Sofern das UmgrStG nicht zur Anwendung gelangt, ist die Bemessungsgrundlage der Wert der Gesamtabfindung des ausscheidenden Gesellschafters, erhöht um den

---

<sup>121</sup> Kovar/Mairhuber/Pamperl in Kovar/Wahrlich/Zorman (Hrsg), Übertragung und Vermietung von Immobilien<sup>3</sup> (2019) 65.

<sup>122</sup> Kovar/Mairhuber/Pamperl in Kovar/Wahrlich/Zorman (Hrsg), Übertragung und Vermietung von Immobilien<sup>3</sup> (2019) 66.

<sup>123</sup> Taucher in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016) 361.

Wert der Gesellschaftsschulden sowie des Wertes des bisherigen Gesellschaftsanteils des nunmehr erwerbenden Gesellschafters.<sup>124</sup> Mindestens ist jedoch auch in diesem Fall der Grundstückswert (siehe oben Punkt 3.1.1) als Bemessungsgrundlage heranzuziehen. Der Tarif ist analog der Regelung über die Sachausschüttung zu bemessen<sup>125</sup> (siehe oben Punkt 3.2.4).

### 3.3 Vergleichende Würdigung

#### 3.3.1 Gründung und Verwaltung der Gesellschaft während der Projektentwicklung

Die Gründung unter gleichzeitiger Einbringung einer Liegenschaft in die Projektgesellschaft ist unabhängig von der gewählten Rechtsform ein Grunderwerbsteuertatbestand. Auch die Bemessungsgrundlage und der anzuwendende Tarif sind bei der GmbH und bei GmbH & Co KG ident. Außer Acht gelassen werden kann mMn die Einbringungsvariante „quoad usum“ bei der GmbH & Co KG, weil diese im Bereich der Immobilienprojektentwicklung keine praktische Anwendung findet (allenfalls bei der zur Verfügungstellung von Verwaltungsgebäuden). Im Ergebnis ist festzuhalten, dass ein Vergleich der beiden Rechtsformen bei Gründung keinen Unterschied aus Sicht der GrEStG aufzeigt.

Bei der Verwaltung der Gesellschaft an sich ist aus Sicht des GrEStG nur im Falle von qualifizierten Änderungen auf Ebene der Gesellschaft die Rechtsform von Bedeutung. Grundsätzlich löst eine Änderung auf Ebene der Gesellschafter keine Grunderwerbsteuer aus. Sollten allerdings mindestens 95% der Anteile an der Gesellschaft an einen Gesellschafter übertragen werden, stellt dies unabhängig der Rechtsform einen Erwerbsvorgang dar. Der Vorteil einer GmbH liegt darin, dass mehr als 95% der des Geschäftsanteils übertragen werden, ohne Grunderwerbsteuer auszulösen, wenn diese nicht an einen einzelnen Erwerber (oder eine Gruppe iSd KStG) übertragen werden. Bei der GmbH & Co KG ist dies nur nach einem fünfjährige Betrachtungszeitraum möglich. Es ist nicht ex ante zu beurteilen, ob eine GmbH oder eine GmbH & Co KG die steuerneutralere Alternative ist, es sei denn die Änderungen

---

<sup>124</sup> Ebd. 361f.

<sup>125</sup> Kovar/Mairhuber/Pamperl in Kovar/Wahrlich/Zorman (Hrsg), Übertragung und Vermietung von Immobilien<sup>3</sup> (2019) 68.

waren bereits von Anbeginn an geplant. Jegliche Grunderwerbsteuer kann unabhängig von der Rechtsform in solchen Fällen vermieden werden, wenn die gewählte Struktur von Anbeginn an „doppelstöckig“ ausgestaltet ist.

Sollten Umgründungen iSd UmgrStG vorgenommen werden, besteht kein Unterschied zwischen den beiden Rechtsformen.

### 3.3.2 Finanzierung des Immobilienprojektes

Bei der Finanzierung des Immobilienprojektes kann die Grunderwerbsteuer nur dann von Bedeutung sein, wenn sich Investoren an der Projektgesellschaft beteiligen. Auch hier ist insbesondere auf die Unterschiede zwischen den Rechtsformen bei der Anteilsübertragung/-vereinigung zu verweisen, wenn mindestens 95% der Anteile übertragen werden.

### 3.3.3 Entwicklung und Verwaltung des Immobilienprojektes

Der Erwerb einer Liegenschaft, welcher in der Regel als „asset deal“ (Ankauf der Liegenschaft an sich) durchgeführt wird, löst wie einleitend bereits skizziert (siehe oben Punkt 3.1.1 und Punkt 3.2.1) Grunderwerbsteuer aus. Unbeachtlich ist hierbei, ob die Liegenschaft durch eine GmbH oder eine GmbH & Co KG angekauft wird.

### 3.3.4 Beendigung des Immobilienprojektes

Wird ein entwickeltes Projekt als „asset deal“ verkauft, besteht zwischen den Rechtsformen keinerlei Unterschied. Der Erwerber hat 3,5% Grunderwerbsteuer vom Kaufpreis, mindestens jedoch vom Grundstückswert zu bezahlen (§ 1 Abs 1 Z 1 iVm § 4 Abs 1 erster Satz iVm § 7 Abs 1 Z 3 GrEStG).

Erwirbt der Erwerber allerdings die grundstücksbesitzende GmbH im Wege eines „share deals“, kann die Grunderwerbsteuer deutlich reduziert werden. In diesem Fall beträgt diese 0,5% vom Grundstückswert (§ 4 Abs 1 zweiter Satz iVm § 7 Abs 1 lit 2c GrEStG). Die Ersparnis bei der Grunderwerbsteuer kann für den potentiellen Erwerber ein zusätzlicher Anreiz für den Erwerb der Liegenschaft darstellen oder vorab in den Verkaufspreis eingepreist werden. Dieser Effekt ist jedoch unabhängig von der gewählten Rechtsform.

Lediglich im Fall des sofortigen Verkaufes von GmbH Geschäftsanteilen an mindestens zwei nicht zu einer Gruppe iSd KStG gehörenden Käufern besteht die Möglichkeit der Steuervermeidung. In diesem Fall können die unterschiedlichen Regelungen über die unmittelbare Anteilsübertragung genutzt werden. Darin lässt sich ein Vorteil der Rechtsform der GmbH gegenüber der GmbH & Co KG veranschaulichen.

Im Falle einer „doppelstöckigen“ Konstruktion (siehe oben Punkt 3.1.3 und Punkt 3.2.3) kann jegliche Grunderwerbsteuer vermieden werden. Es besteht allerdings auch hier kein Unterschied dahingehend, ob die grundstücksbesitzende oder haltende Gesellschaft eine GmbH oder eine GmbH & Co KG ist.

Besitzt die Gesellschaft eine Liegenschaft und wird das Immobilienprojekt abgebrochen oder abgeschlossen, ohne die Liegenschaft zu verkaufen, besteht aus Grunderwerbsteuerrechtlicher Perspektive ebenfalls kein Unterschied zwischen den beiden Rechtsformen. Sollte die grundstücksbesitzende Gesellschaft umgegründet oder liquidiert werden, ist die Grunderwerbsteuer unabhängig von der Rechtsform ident.

## 4 Ertragsteuern bei GmbH und GmbH & Co KG – Ausgewählte Aspekte

Erlöse, die durch Immobilientransaktionen bzw der Verwaltung von Immobilien im Inland (sowie unter gewissen Voraussetzungen im Ausland) generiert werden, unterliegen der Besteuerung in Österreich. Zwischen Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften bestehen grundlegende Unterschiede im Regime der Besteuerung von Einkünften. Diese Unterschiede werden im Zuge unternehmerischer Tätigkeit einer Personengesellschaft nivelliert, wobei im Detail dennoch entscheidende Differenzen verbleiben. Aufgrund des Facettenreichtums der ertragsteuerlichen Bestimmungen werden in weiterer Folge lediglich die grundlegenden Divergenzen, welche zwischen den beiden hier untersuchten Rechtsformen bestehen, dargestellt. Bewusst werden – im Vergleich zu Immobilientransaktionen vernachlässigbare – Freibeträge oder Detailbestimmungen ungewürdigt belassen. Zudem wird keine umfassende Darstellung des Ertragsteuerrechts vorgenommen, weshalb beispielsweise auf die Details im Bereich der Absetzung für Abnutzung nicht näher eingegangen wird.

### 4.1 Ertragsteuern bei der GmbH – Ausgewählte Aspekte

#### 4.1.1 Grundlagen

Die GmbH ist ein eigenes Steuersubjekt und gilt als Körperschaft iSd § 1 Abs 1 KStG. Aufgrund des im Körperschaftssteuerrechts vorherrschenden Trennungsprinzips<sup>126</sup> werden Gewinne und Verluste auf Ebene der Gesellschaft festgestellt. Gemäß § 189 Abs 1 Z 1 UGB ist eine GmbH als Kapitalgesellschaft buchführungspflichtig, unabhängig von der Höhe der erzielten Umsätze. Die Einkünfte der GmbH sind im Rahmen der Jahresveranlagung zu erklären.<sup>127</sup> Die Ermittlung der Einkünfte bei der GmbH findet gemäß § 7 Abs 2 zweiter Satz KStG nach den Grundsätzen des EStG statt. Die GmbH ermittelt ihre Einkünfte stets gemäß § 5 EStG (Vergleich des Betriebsvermögens am Ende des Wirtschaftsjahres mit dem Betriebsvermögen des vo-

<sup>126</sup> Fritz, SWK-Spezial Die GmbH in der Praxis<sup>4</sup> (2019) 18.

<sup>127</sup> Wagner, Die Veräußerung von privaten und betrieblichen Immobilien seit dem 1.4.2012, in *Hau-nold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung*<sup>5</sup> (2021) 44.

rangegangenen Wirtschaftsjahrs). Die GmbH erzielt zwingend Einkünfte aus Gewerbebetrieb und dadurch betriebliche Einkünfte, auch wenn die Einkünfte aus der Vermietung einer Liegenschaft stammen.<sup>128</sup>

Gemäß § 22 KStG beträgt die Körperschaftssteuer 25% des Gewinns. Ab dem Jahr 2023 unterliegt der Gewinn einer Besteuerung von 24% und ab dem Jahr 2024 von 23%.<sup>129</sup> Werden in der GmbH keine Gewinne erwirtschaftet, so ist eine Mindeststeuer abzuführen. Gemäß § 24 Abs 4 Z 1 KStG beträgt diese „5% eines Viertels der gesetzlichen Mindesthöhe des Grund- oder Stammkapitals“.

Ausschüttungen der GmbH an ihre Gesellschafter unterliegen der Kapitalertragsteuer gemäß §§ 93ff EStG und sind gemäß § 27 a Abs 1 Z 2 EStG mit 27,5% zu besteuern. Nach Abzug der Kapitalertragsteuer gelten Ausschüttungen als „endbesteuert“ und müssen nicht mehr in der persönlichen Einkommenssteuererklärung der Gesellschafter berücksichtigt werden.<sup>130</sup> Unter Berücksichtigung der Körperschaftssteuer auf Ebene der Gesellschaft und der Kapitalertragsteuer beträgt die durchgerechnete Steuerlast 45,625% (im Jahr 2023 44,9% und ab dem Jahr 2024 44,175%)<sup>131</sup>.

Eine GmbH kann Teil einer Steuergruppe gemäß § 9 KStG sein. Dadurch wird der Gewinn oder Verlust eines einzelnen Gruppenmitgliedes dem Gruppenträger zugerechnet und beim Gruppenträger versteuert.<sup>132</sup> Gruppenmitglieder und Gruppenträger können gemäß § 9 Abs 2 KStG und § 9 Abs 3 KStG insbesondere (hier relevant) unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften und Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sein. Gruppenmitglieder und Gruppenträger müssen finanziell miteinander verbunden iSd § 9 Abs 4 KStG sein. Eine Steuergruppe muss gemäß § 9 Abs 10 KStG mindesten für drei Jahre bestehen, zumal ansonsten die Steuervorteile verwirkt werden.

---

<sup>128</sup> Kovar/Mairhuber/Pamperl, Steuern im Lebenszyklus einer Immobilie in Österreich – Grunderwerb-, Ertrag- und Umsatzsteuer sowie Gebühren und Sonstiges, in Eberhardt/Klaubetz (Hrsg), Handbuch Immobilienprojektentwicklung (2016) 200.

<sup>129</sup> Art 2 ÖkoStRefG 2022 Teil I.

<sup>130</sup> Fröstl/Fuhrmann/Hiesböck/Lankisch/Welser, Die organisatorischen Rahmenbedingungen, in Braunsch/Fuhrmann/Ledl (Hrsg), Handbuch Immobilienbewirtschaftung<sup>3</sup> (2021) 166.

<sup>131</sup> Eigene Berechnung.

<sup>132</sup> Knotzer/Pinetz in Kofler/Lang/Rust/Schuch/Spies/Staringer (Hrsg), KStG-Kommentar<sup>3</sup> (2022) § 9 Rz 196.

#### 4.1.2 Ertragsteuerliche Auswirkungen von Immobilientransaktionen

Erwirbt eine GmbH eine Liegenschaft in Form eines „asset deals“, sind der Kaufpreis samt Nebenkosten als Anschaffungskosten zu verbuchen. Wird die Liegenschaft bebaut oder umgebaut entstehen Herstellungskosten. Die Anschaffungskosten und Herstellungskosten sowie etwaige fiktive Anschaffungskosten und in besonderen Fällen auch der Teilwert sind als Bemessungsgrundlage für die Absetzung für Abnutzung (AfA) anzusetzen.<sup>133</sup> Allerdings können Grund und Boden keinesfalls abgeschrieben werden, weil sich diese nicht abnutzen können. Für Grund und Boden sind gemäß § 16 Abs 1 Z 8 lit d EStG 40% des Kaufpreises von den Anschaffungskosten auszuscheiden, sofern nicht ein anderes Aufteilungsverhältnis nachgewiesen werden kann. Zusätzlich bietet die GrundanteilsV 2016 die Möglichkeit, den Anteil auf 30% oder 20% zu verringern. Wird die Liegenschaft in weiterer Folge verkauft, unterliegt der Veräußerungserlös dem regulären Tarif des KStG.<sup>134</sup> Das Erhebungssystem der Immobilienertragsteuer gemäß §§ 30b f EStG gelangt bei der GmbH nicht zur Anwendung.<sup>135</sup> Etwaige stille Reserven, welche zwischen Erwerb und Veräußerung entstanden sind, werden aufgedeckt und besteuert.<sup>136</sup> Darunter fallen insbesondere Wertsteigerungen des Grund und Bodens.

Wird die Liegenschaft als „share deal“ durch Erwerb einer Kapitalgesellschaft erworben, stellt der Kaufpreis für die Beteiligung die Anschaffungskosten dar. Die GmbH verfügt sodann nicht über die Liegenschaft selbst, sondern lediglich über die Anteile an der grundstückshaltenden Gesellschaft. Daher findet auf Ebene der GmbH auch kein Ansatz der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der von der Tochtergesellschaft gehaltenen Liegenschaft statt (kein ertragsteuerrechtliches „step-up“<sup>137</sup>). Der Ankauf einer Beteiligung an einer grundstückshaltenden Personengesellschaft wird in weiterer Folge (siehe unten Punkt 4.2.2) näher dargestellt. Wird die Immobilie als „share deal“ gekauft und als solcher auch wieder verkauft, ist der Gewinn nach dem Tarifsatz des KStG zu versteuern.<sup>138</sup> Ein etwaiger Verlust aus dem Verkauf ist über sieben Jahre verteilt anzusetzen.<sup>139</sup>

<sup>133</sup> Kovar/Hildebrand, Die Absetzung für Abnutzung bei Gebäuden, in *Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung*<sup>5</sup> (2021) 180f.

<sup>134</sup> Ebd. 205.

<sup>135</sup> Wagner in *Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung*<sup>5</sup> (2021) 44.

<sup>136</sup> Wehinger-Malang in *Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung*<sup>5</sup> (2021) 221.

<sup>137</sup> Ebd. 223.

<sup>138</sup> Kovar/Mairhuber/Pamperl in *Eberhardt/Klaubetz (Hrsg), Handbuch Immobilienprojektentwicklung* (2016) 206.

<sup>139</sup> Wehinger-Malang in *Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung*<sup>5</sup> (2021) 224.

Findet auf Ebene der Tochtergesellschaft, welche selbst eine Kapitalgesellschaft ist, ein „asset deal“ statt, wirkt sich dieser nur indirekt auf die GmbH aus. Der Verkauf bewirkt auch bei der Tochtergesellschaft die Aufdeckung stiller Reserven. Dabei werden die damaligen Anschaffungskosten, welche die Tochtergesellschaft aufwenden musste, dem Verkaufspreis gegenübergestellt und der Erlös versteuert. Allerdings sind die damaligen Anschaffungskosten der Tochtergesellschaft in der Regel bedeutend niedriger als der Kaufpreis, welchen die GmbH für den Erwerb der Anteile an der Tochtergesellschaft aufwenden musste. Aus Sicht der GmbH kann dieser Unterschiedsbetrag (mangels ertragsteuerrechtlichen „step-ups“<sup>140</sup>) steuerlich nicht geltend gemacht werden. In einer Gesamtbetrachtung werden durch eine solche Gestaltung wesentlich mehr Steuern bezahlt als hätte die GmbH die Liegenschaft als „asset deal“ erworben. Entsprechendes gilt, wenn der Immobilienentwickler eine GmbH gründet, mit dieser eine Liegenschaft im Wege eines „asset deals“ erwirbt und dann die haltende Gesellschaft als „share deal“ veräußert. In diesem Fall unterliegt der gesamte Veräußerungserlös der Besteuerung.

Der Veräußerungsgewinn der GmbH selbst unterliegt der Körperschaftsteuer. Wird der Gewinn in weiterer Folge an eine natürliche Person ausgeschüttet, unterliegt der Gewinn bei der natürlichen Person der KESt. Wird der Gewinn an eine Kapitalgesellschaft ausgeschüttet, erfolgt dies steuerfrei gemäß § 10 Abs 1 Z 1 KStG. Ist die Immobilienprojektgesellschaft Teil einer Steuergruppe gemäß § 9 KStG, wird der Gewinn dem Gruppenträger zugerechnet.

Allerdings ist die ehemals grundstücksbesitzende GmbH nach einem „asset deal“ bedeutend weniger wert. Die ursprünglichen Anschaffungskosten der haltenden Kapitalgesellschaft für die GmbH sind auf den nunmehrigen Wert zu berichtigen. Im Vermögen der haltenden Kapitalgesellschaft ist die Beteiligung an der GmbH auf den niedrigeren Teilwert abzuschreiben. Die Abschreibung darf allerdings steuerlich nicht geltend gemacht werden.<sup>141</sup> Andernfalls könnten die Gewinne aus der grundstückshaltenden GmbH entnommen und zusätzlich die Anschaffungskosten steuerlich verwertet werden. Dadurch würde es zu einer doppelten Steuererleichterung kommen.

---

<sup>140</sup> Wehinger-Malang in Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung<sup>5</sup> (2021) 223.

<sup>141</sup> Zeiler, Teilwertabschreibungen von Beteiligungen, in Bergmann/Wurm (Hrsg), Praxisbeispiele zur Körperschaftsteuer<sup>2</sup> (2021) 272f.

## 4.2 Ertragsteuern bei der GmbH & Co KG – Ausgewählte Aspekte

### 4.2.1 Grundlagen

Die GmbH & Co KG ist, obwohl es sich um eine juristische Person handelt, im ertragsteuerrechtlichen Sinn kein eigenes Steuersubjekt. Gewinne der GmbH & Co KG unterliegen, auf Ebene der Gesellschaft selbst, weder der Einkommenssteuer noch der Körperschaftsteuer.<sup>142</sup> Wie bei anderen Personengesellschaften auch, gilt bei der GmbH & Co KG das Transparenzprinzip.<sup>143</sup> Zwar werden die Gewinne bei der GmbH & Co KG ermittelt, die (anteilige) Besteuerung findet jedoch bei den jeweiligen Gesellschaftern statt, welche am Gewinn beteiligt sind.<sup>144</sup>

Steuerrechtlich wird zwischen einer Mitunternehmerschaft und der bloßen vermögensverwaltenden Personengesellschaft unterschieden. Eine Mitunternehmerschaft erzielt betriebliche Einkünfte (hier relevant insbesondere aus Gewerbebetrieb).<sup>145</sup> Eine bloß vermögensverwaltende GmbH & Co KG erzielt keine betrieblichen Einkünfte und gilt somit nicht als Mitunternehmerschaft.<sup>146</sup> Zudem unterscheidet das EStG auch noch in Mitunternehmer und kapitalistischen Mitunternehmer. Bei Letzteren handelt es sich um beschränkt haftende Gesellschafter, hier Kommanditisten, welche zusätzlich keine ausgeprägte Mitunternehmerinitiative (beispielsweise fehlende aktive Mitarbeit) zeigen. Zu kapitalistischen Mitunternehmern zählen Kommanditisten, welche sich als reine Investoren an der GmbH & Co KG beteiligen. Sie sind in der Regel von der Mitwirkung an der Umsetzung des Immobilienprojektes durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen (siehe oben Punkt 2.2.8). § 23a EStG sieht bei kapitalistischen Mitunternehmern eine Beschränkung der Verlustverrechnungsmöglichkeiten vor. Verluste sind nicht ausgleichsfähig oder vortragsfähig, wenn dadurch das steuerliche Kapitalkonto ein negatives Ergebnis ausweisen oder ein solches erhöht werden würde – außer sie betreffen Sonderbetriebsvermögen. Sie sind nur mehr mit künftigen Gewinnen aus derselben Mitunternehmerschaft verrechenbar. Alternativ kann das negative Kapitalkonto durch weitere Einlagen erhöht werden, wodurch die Verluste verwertbar sind.<sup>147</sup>

<sup>142</sup> *Novosel/Rindler*, Die GmbH & Co KG und ihre Gesellschafter im Ertragsteuerrecht, in *GS Arnold*, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016) 267.

<sup>143</sup> *Fröstl/Fuhrmann/Hiesböck/Lankisch/Welser* in *Braunisch/Fuhrmann/Ledl* (Hrsg), Handbuch Immobilienbewirtschaftung<sup>3</sup> (2021) 160.

<sup>144</sup> *Peyerl*, Rechnungswesen und Steuerrecht<sup>4</sup> (2020) 127.

<sup>145</sup> *Novosel/Rindler* in *GS Arnold*, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016) 272.

<sup>146</sup> *Wiedermann/Wilplinger*, Steueroptimierung bei Personengesellschaften, *ecolex* 1/2018, (74) 75.

<sup>147</sup> *Wehinger-Malang* in *Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich* (Hrsg), Immobilienbesteuerung<sup>5</sup> (2021) 219.

Ob eine GmbH & Co KG rechnungslegungspflichtig ist, hängt von mehreren Faktoren ab. Gemäß § 189 Abs 1 Z 2 lit b UGB besteht bei Personengesellschaften dann eine Rechnungslegungspflicht, wenn keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist und die Personengesellschaften unternehmerisch tätig sind. Sollte neben der GmbH eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt sein, ist die GmbH & Co KG buchführungspflichtig, wenn die Schwellenwerte des § 189 Abs 1 Z 3 iVm Abs 2 UGB überschritten werden.<sup>148</sup> Bei Bestehen einer Buchführungspflicht ist sohin bei der unbeschränkt haftenden GmbH sowie bei der GmbH & Co KG jeweils ein Jahresabschluss zu erstellen.

Erzielt eine rechnungslegungspflichtige GmbH & Co KG gewerbliche Einkünfte iSd § 23 EStG ist eine Gewinnermittlung gemäß § 5 EStG vorzunehmen. Der planerische Erwerb einer Liegenschaft, deren Entwicklung sowie deren Abverkauf ist jedenfalls als gewerbliche Tätigkeit einzustufen.<sup>149</sup> Ungeachtet einer etwaigen Rechnungslegungspflicht werden bei bloßer Vermögensverwaltung außerbetriebliche Einkünfte erzielt. In diesem Fall ist eine Überschussermittlung vorzunehmen.<sup>150</sup> Wird allerdings die geringste gewerbliche Tätigkeit ebenfalls ausgeführt, gelten sämtliche Einkünfte aufgrund der Abfärbetheorie als gewerblich.<sup>151</sup>

Da die Einkünfte der GmbH & Co KG bei den Gesellschaftern selbst versteuert werden, hängt der anzuwendende Tarif von den persönlichen Verhältnissen der Gesellschafter ab. Ist eine Kapitalgesellschaft als Kommanditist oder als unbeschränkt haftende Gesellschaft am Gewinn beteiligt, unterliegen die Einkünfte der Körperschaftsteuer (siehe oben Punkt 4.1.1). Gewinnzuweisungen an natürliche Personen werden aufgrund der Ausnahmebestimmung in § 30a Abs 3 Z 2 EStG im Falle der Immobilienprojektentwicklung nicht durch den begünstigten Steuersatz der Immobilienertragsteuer gemäß §§ 30ff EStG besteuert. Folglich gelangt der Stufentarif gemäß § 33 Abs 1 EStG zur Anwendung. Wird allerdings eine Liegenschaft durch eine vermögensverwaltende GmbH & Co KG verkauft, so gelangt – mangels betrieblicher Tätigkeit – sehr wohl der begünstigte Steuersatz in Höhe von 30% zur Anwendung.<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> *Haselsteiner*, Die vermögensverwaltende Personengesellschaft (2017) 3.

<sup>149</sup> EStR 2000 Rz 5440.

<sup>150</sup> *Novosel/Rindler* in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016) 281.

<sup>151</sup> *Fritz-Schmied/Urnik/Bergmann*, Handbuch Mitunternehmerschaften (2019) 45f.

<sup>152</sup> *Wehinger-Malang* in *Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg)*, Immobilienbesteuerung<sup>5</sup> (2021) 230f.

#### 4.2.2 Ertragsteuerliche Auswirkungen von Immobilientransaktionen

Erwirbt eine GmbH & Co KG eine Liegenschaft als „asset deal“ sind die Anschaffungskosten wie bei der GmbH anzusetzen. Gleiches gilt auch für Herstellungskosten, welche für die Entwicklung der Liegenschaft aufgewendet werden. Die während der Entwicklung des Projektes generierten Verluste können im Entstehungsjahr aufgrund des ertragsteuerrechtlichen Transparenzprinzips durch andere Einkünfte des Kommanditisten ausgeglichen werden. Allerdings besteht diese Möglichkeit nur für Kommanditisten, welche selbst eine Körperschaft (insbesondere GmbH) oder eine natürliche Person mit ausgeprägter Mitunternehmerinitiative sind. Bei bloß kapitalistischen Mitunternehmern sind diese Verluste nur eingeschränkt ausgleichsfähig (siehe oben Punkt 4.2.1).<sup>153</sup>

Erwirbt eine GmbH & Co KG eine Liegenschaft im Wege eines „share deals“ durch Ankauf einer grundstückshaltenden GmbH bestehen ebenfalls keine Unterschiede gegenüber der GmbH (siehe oben Punkt 4.1.2). Verkauft eine GmbH & Co KG einen Anteil an einer GmbH, beträgt der Steuersatz für natürliche Personen als Gesellschafter 27,5%.<sup>154</sup> Gewinn tangente der am Kapital der GmbH & Co KG beteiligten Kapitalgesellschaften unterliegen dem Tarif des Körperschaftssteuergesetzes (siehe oben Punkt 4.1.1).

Erwirbt eine GmbH & Co KG (oder eine GmbH) eine grundstückshaltende GmbH & Co KG (oder eine andere Personengesellschaft) im Wege eines „share deals“, profitiert sie vom ertragsteuerrechtlichen Transparenzprinzip. Aufgrund des „step-ups“ kann die Abschreibungsbemessungsgrundlage für die im Eigentum der GmbH & Co KG befindliche Liegenschaft neu bemessen werden. Die Buchwerte der damaligen Anschaffung der Immobilie sind nicht fortzuführen.<sup>155</sup> Der Verkauf einer grundstückshaltenden Tochtergesellschaft, welche selbst eine GmbH & Co KG (oder eine andere Personengesellschaft) ist, hat aufgrund des Durchgriffsprinzips dieselben Auswirkungen, wie ein „asset deal“ der Immobilie.<sup>156</sup> Durch Ansetzung der tatsächlich aufgewendeten Anschaffungskosten und nicht lediglich der Buchwerte, findet eine dem tatsächlichen Gewinn entsprechende Besteuerung der Einkünfte statt.<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> Wehinger-Malang in Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung<sup>5</sup> (2021) 228f.

<sup>154</sup> Ebd. 224.

<sup>155</sup> Ebd. 231.

<sup>156</sup> Ebd. 229f.

<sup>157</sup> Fritsch/Grün, Die GmbH & Co KG als Rechtsformvorschlag für Immobiliengesellschaften, DJA 4/2018 (113) 115.

## 4.3 Vergleichende Würdigung

### 4.3.1 Gründung und Verwaltung der Gesellschaft während der Projektentwicklung

Ertragsteuerlich spielen die Kosten der Gründung keine besondere Rolle. Sowohl bei der GmbH als auch bei der GmbH & Co KG sind diese Kosten als Ausgaben absetzbar. Gleiches gilt für die Kosten der laufenden Verwaltung. Jedoch sind aufgrund der Rechnungslegungspflicht der GmbH & Co KG zwei Buchhaltungen und zwei Jahresabschlüsse zu erstellen. Hier besteht ein gewisser, wenn auch nicht überbordender, Mehraufwand in der Verwaltung sowie in den Kosten der steuerlichen Vertretung.

### 4.3.2 Finanzierung des Immobilienprojektes

Bei der Finanzierung des Ankaufes bestehen zwischen den beiden Rechtsformen ebenfalls nur im – hier nicht zu behandelnden – Detail Unterschiede. Fremdkapitalkosten bei einem „share deal“ oder bei einem „asset deal“ können sowohl bei der GmbH als auch bei der GmbH & Co KG abgezogen werden – wenn auch auf unterschiedlichen rechtlichen Grundlagen.

### 4.3.3 Entwicklung und Verwaltung des Immobilienprojektes

Herstellungskosten sind geradezu typische Kosten, welche ertragsteuerlich zu berücksichtigen sind. Verluste im Zeitraum der Entwicklung der Immobilie verbleiben in der GmbH und sind lediglich vortragsfähig. Demgegenüber können entsprechende Verluste aufgrund des Transparenzprinzips bei der GmbH & Co KG von den Kommanditisten sofort mit sonstigen Einkünften verrechnet werden. Davon ausgenommen sind jedoch kapitalistische Mitunternehmer, welche die Verluste erst mit späteren Gewinnen aus der GmbH & Co KG verrechnen können.

Die GmbH & Co KG unterliegt nicht dem KStG. Daher besteht auch keine Verpflichtung, zur Zahlung der Mindestkörperschaftssteuer. In Zeiten, in welchen keine Gewinne erzielt werden, bestehe hier ein gewisser, wenn auch nur geringer, steuerlicher Vorteil der GmbH & Co KG gegenüber der GmbH.

#### 4.3.4 Beendigung des Immobilienprojektes

Wird die Immobilie als „asset deal“ verwertet, ist der Erlös zu besteuern. Der Vorteil der GmbH besteht prima facie in einem niedrigeren Steuersatz unter Berücksichtigung der Körperschaftssteuer und der Kapitalertragsteuer. Davon ausgenommen sind lediglich Veräußerungen durch eine vermögensverwaltende GmbH & Co KG, bei welchen der begünstigte Steuersatz bei natürlichen Personen als Kommanditist zur Anwendung gelangt. Bei einer immobilienprojektentwickelnden GmbH & Co KG ist aufgrund der gewerblichen Tätigkeit der Projektgesellschaft bei der Besteuerung von natürlichen Personen als Kommanditisten der Stufentarif anzuwenden. Bei einer Veräußerung der Immobilie als „share deal“ unterliegt der Veräußerungserlös dem Tarif des KStG, wenn es sich bei dem Gesellschafter um eine Kapitalgesellschaft handelt. Sind die Gesellschafter natürliche Personen, findet der begünstigte Steuersatz von 27,5% Anwendung, zumal es sich um Einkünfte aus Kapitalvermögen handelt.

Aus Erwerbersicht ist im Falle eines „share deals“ der Ankauf einer GmbH & Co KG steuerlich vorteilhafter. Aufgrund des Durchgriffsprinzips ist der von den Erwerbern bezahlte Kaufpreis als neue Grundlage der Abschreibung heranzuziehen. Im Fall des (Raus-)Verkaufes der Immobilie als „asset deal“ (beispielsweise an Endkunden) führt dies zu einer wesentlich geringeren Steuerlast. Denn bei einem Erwerb einer grundstücksbesitzenden GmbH wäre der Kaufpreis für den „share deal“ als Anschaffungskosten anzusetzen. Bei einem Verkauf der Liegenschaft würden für die Besteuerung des Erlöses allerdings die in der grundstückshaltenden GmbH angesetzten Anschaffungs- und Herstellungskosten berücksichtigt werden, welche in der Regel deutlich niedriger sind als der Kaufpreis selbst.

Weiters sind sämtliche Steuern nicht auf Ebene der GmbH & Co KG, sondern auf Ebene der Gesellschafter zu entrichten. Sollten von der Finanzverwaltung Steuernachzahlungen begehrt werden, sind diese von den ehemaligen Gesellschaftern und nicht von den Erwerbern der GmbH & Co KG zu tragen, welche auch direkt bei diesen eingehoben werden. Auch wenn man sich in einem Anteilskaufvertrag bei der GmbH mit entsprechenden Gewährleistungsregelungen behelfen kann, besteht bei der GmbH & Co KG keine direkte Haftung gegenüber der Finanzverwaltung.

## 5 Schlussfolgerungen

Die vorherige Gegenüberstellung der beiden Rechtsformen zeigt Unterschiede auf, welche für den Anwender in der Praxis nutzbare Gestaltungsmöglichkeiten bieten. Die Wahl der Rechtsform sollte jedoch – wie bereits einleitend festgehalten – erst als vierter Schritt erfolgen. Zu Beginn sind grundlegende Überlegungen über die Art des Immobilienprojektes. Wird eine Liegenschaft gekauft, um Wohnungen zu errichten und diese anschließend einzeln abzuverkaufen? Soll auf der Liegenschaft ein Vermietungsobjekt entstehen, welches von der Projektgesellschaft in Bestand gehalten wird? Wer ist mein Endkunde – ein Fond, welcher das gesamte Projekt erwirbt, einzelne Wohnungskäufer oder eine Betreibergesellschaft, welche das entwickelte Projekt im Bestand hält? Auf Basis dieses Fundaments ist in einem zweiten Schritt zu klären, ob die zu entwickelnde Liegenschaft als „share deal“ oder als „asset deal“ angeschafft werden kann oder soll. Dabei ist bereits zu berücksichtigen, ob im Falle eines „share deals“ der Geschäftsanteil an einer GmbH oder die Gesellschaftsanteile an einer GmbH & Co KG erworben werden. Daran anknüpfend sollte der Rechtsformwahl auch die Frage der Immobilienprojektfinanzierung vorangestellt werden. Welche Eigenmittel stehen zur Verfügung? Welche Besicherungen bestehen für die Projektfinanzierung? Sind Investoren an der Gesellschaft zu beteiligen? Besteht ein klares Bild über die Art des Immobilienprojektes, den Erwerb der Liegenschaft sowie die Strukturierung der Finanzierung? Kann die passende Rechtsform für das Immobilienprojekt gefunden werden?

Aus dem gesellschaftsrechtlichen Blickwinkel ist die Vermeidung der persönlichen Haftung oder der Haftung von vermögensverwaltenden Gesellschaften stets der vorranglichste Grund eine Projektgesellschaft zu nutzen. Bei der Realisierung eines Immobilienprojektes kann es zu einer Vielzahl von Baumängeln und dadurch zu möglichen Haftungsfällen kommen. Beide Gesellschaftsformen bieten hier Abhilfe. Bei der GmbH haften die Gesellschafter gar nicht – mit Ausnahme von Sonderfällen (siehe oben Punkt 2.1.7). In der GmbH & Co KG kann sämtliche Haftung auf die vollhaftende GmbH überwälzt werden, während Kommanditisten lediglich die Hafteinlage zu leisten haben (siehe oben Punkt 2.2.7). Ungeachtet des gewählten Immobilienprojektes besteht aus Gründen der Haftung kein Unterschied zwischen den beiden Rechtsformen.

Die Zielgruppe des Immobilienprojektes ist für die Wahl der Rechtsform von Relevanz. Soll die Liegenschaft bebaut und parifizierte Wohnungen abverkauft werden,

besteht nach Beendigung des Immobilienprojektes keine weitere Verwendung für das Immobilienprojekt. Bei einer Liquidation der GmbH und der GmbH & Co KG bestehen keine Unterschiede. Allerdings bietet die GmbH & Co KG die Möglichkeit einer Anwachsung auf die unbeschränkt haftende Gesellschafterin, welche wesentlich rascher abzuwickeln ist (siehe oben Punkt 2.3.4). Soll die entwickelte Liegenschaft allerdings an einen Investor verkauft werden, bietet sich ein „share deal“ der Betriebsgesellschaft jedenfalls an. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht erfolgt die Anteilsübertragung einer GmbH & Co KG einfacher – formfrei und günstiger – im Vergleich zu einer GmbH (siehe oben Punkt 2.3.2). Zudem kann der Erwerber die Fremdfinanzierung des Kaufpreises mit dem Vermögen der GmbH & Co KG besichern. Hierfür ist lediglich der Beitritt einer natürlichen Person als weiterer unbeschränkt haftender Gesellschafter erforderlich, weil dadurch die Kapitalerhaltungsregelungen nicht zur Anwendung gelangen (siehe oben Punkt 2.2.5). Dies kann für den Verkauf eines Projektes im Wege eines „share deals“ von entscheidender Bedeutung sein. Erfolgt die Übertragung im Wege eines „asset deals“ besteht zwischen den beiden Gesellschaftsformen keinerlei Unterschied.

Wird die Liegenschaft im Bestand des Immobilienentwicklers gehalten, ist bei der GmbH & Co KG insofern ein Mehraufwand vorhanden, weil man sowohl die GmbH als auch die GmbH & Co KG einzeln verwalten muss. Auch bei einer etwaigen Beschlussfassung auf Ebene der Gesellschafter bestehen von der Praktikabilität her keine Unterschiede (siehe oben Punkt 2.3.1). Demgegenüber kann der Unterschied in Bezug auf die Kapitalerhaltungsregelungen und die Bestimmungen über den Eigenkapitalersatz maßgebend sein. Durch Beitritt einer natürlichen Person als weiterer unbeschränkt haftender Gesellschafter der GmbH & Co KG sind nicht nur die Kapitalerhaltungsregelungen nicht anzuwenden, sondern auch die Regelungen über die Einlagenrückgewähr. Dadurch kann einerseits die Besicherung weiterer Immobilienprojekte durch die GmbH & Co KG gesichert sowie andererseits die Bereitschaft von Gesellschaftern in einer möglichen Schieflage der Gesellschaft Kredite zu begeben gesteigert werden (siehe oben Punkt 2.2.5 und Punkt 2.2.6).

Bei einem Erwerb einer Liegenschaft als „share deal“ oder als „asset deal“ bestehen zwischen den beiden Rechtsformen keine wesentlichen Unterschiede. Vielmehr stellt sich die Frage, ob es im Falle eines „share deals“ überhaupt einer Projektgesellschaft bedarf. Im Falle des „share deals“ erwirbt man jedoch neben der Liegenschaft an sich auch die Haftungen der übernommenen Gesellschaft. Bei einem „asset deal“ ist in

der Praxis die Frage, ob eine Gesellschaft bereits gegründet ist, aufgrund der Schnelllebigkeit des Immobilienmarktes oft von besonderer Bedeutung. Für gewöhnlich soll die Gründung rasch und unkompliziert erfolgen. Der Aufwand sowie die Kosten der GmbH Gründung sind, im Vergleich zu einer Personengesellschaft, höher. Verfügt man allerdings nicht bereits über eine Komplementär GmbH ist der Aufwand bei der GmbH & Co KG entsprechend höher (siehe oben Punkt 2.3.1). Soll die Liegenschaft von einem Mitgesellschafter in die Gesellschaft eingebracht werden, so ist die Abwicklung als GmbH & Co KG mangels Sachgründungsprüfung wesentlich einfacher (siehe oben Punkt 2.3.1).

Bei der Frage der Finanzierung sind folgende gesellschaftsrechtliche Aspekte relevant: Wenn eine GmbH erworben wird, besteht – anders als bei der GmbH & Co KG – keine Möglichkeit der Besicherung des Kredites durch das Vermögen (in der Regel eine Liegenschaft) der GmbH. Weiters ist im Falle der Beteiligung von Investoren als Gesellschafter die Rechtsform von Bedeutung. Die Übertragung des Gesellschaftsanteils an die Investoren ist bei der GmbH & Co KG aufgrund der fehlenden Notariatsaktspflicht wesentlich einfacher, als bei der GmbH. Die weitere Abstimmung mit sowie eine etwaige Zurückdrängung der Mitsprache von Investoren ist bei der GmbH & Co KG wesentlich einfacher umsetzbar (siehe oben Punkt 2.3.1 und Punkt 2.3.2).

Die Grunderwerbsteuer wird durch Immobilienentwickler stets zu vermeiden versucht. Dabei liegt in der Regel der Fokus stets auf die im Anschaffungszeitpunkt entstehende Grunderwerbsteuer und selten auf jene im Zeitpunkt des Verkaufes sowie der Berücksichtigung der Kunden. Beim Abverkauf von einzelnen Wohnungen haben die Endkunden immer Grunderwerbsteuer in Höhe von 3,5% des Liegenschaftswertes zu leisten. Erwirbt ein Investor die gesamte Liegenschaft im Zuge eines „asset deals“ löst dies ebenso Grunderwerbsteuer aus. Erfolgt der Verkauf hingegen als „share deal“ ist bei direkter Übertragung der gesamten Projektgesellschaft ebenfalls Grunderwerbsteuer zu leisten, wobei der Tarif in der Höhe von 0,5% deutlich niedriger als bei einem „asset deal“ ausfällt. Wird die Projektgesellschaft nur mittelbar übertragen, kann die Grunderwerbsteuer vermieden werden. Allerdings besteht hier kein Unterschied zwischen den Gesellschaften. Der Vorteil der GmbH besteht dann, wenn die Projektgesellschaft an zwei nicht miteinander in einer Gruppe gemäß § 9 KStG verbundenen Gesellschaften erfolgt. Wenn nicht ein Erwerber mindestens 95% des Geschäftsanteils übernimmt, ist die Übertragung steuerfrei. Bei der GmbH & Co KG be-

steht dieser Vorteil nicht, weil bereits die Übertragung von mindestens 95% der Gesellschaftsanteile zur Verwirklichung der Steuerpflicht ausreicht (siehe oben Punkt 3.1.3 und Punkt 3.2.3). Der Erwerb der Liegenschaft als „asset deal“ oder als „share deal“ löst nach den gleichen Grundsätzen Grunderwerbsteuer aus – unabhängig von der Rechtsform. In Hinblick auf die Finanzierung der Liegenschaft besteht zwischen den beiden Rechtsformen ebenfalls nur ein Unterschied im Zusammenhang mit der Anteilsfinanzierung. Der Grunderwerbsteuertatbestand wird dann verwirklicht, wenn sich Investoren im Ausmaß von mindestens 95% an der Gesellschaft beteiligen. Bei der GmbH ist die Beteiligung von mehreren Investoren in diesem Ausmaß noch steuerfrei, zumal hier erst die Vereinigung des entsprechenden Anteils in einer Hand zu einer Steuerlast führt. Dagegen verwirklicht bei der GmbH & Co KG auch die Übertragung von Gesellschaftsanteilen in diesem Ausmaß an mehrere Investoren einen Tatbestand der Grunderwerbsteuer. Die Beteiligung von mindestens 95% unterschiedlicher Fremdkapitalgeber wird in der Regel nicht oft vorkommen. Ist dies allerdings geplant, ist die GmbH aus Sicht der Grunderwerbsteuer die geeignetere Rechtsform. Allerdings kann dies durch eine „doppelstöckige“ Konstruktion ebenfalls ausgeglichen werden (siehe oben Punkt 3.3.4).

Die ertragsteuerlichen Unterschiede der beiden dargestellten Rechtsformen gelten unabhängig von der Definition des Immobilienprojektes. Ein Vorteil der GmbH & Co KG ist die Verlustzuweisung im Zeitraum der Herstellung der Liegenschaft. Diese Verluste können, sofern es sich nicht um bloß kapitalistische Mitunternehmer handelt, sofort mit anderen Gewinnen ausgeglichen werden (siehe oben Punkt 4.2.1). Ein weiterer, wenn auch nicht gewichtiger Unterschied, stellt die Mindestkörperschaftssteuer dar. Unabhängig davon, ob Wohnungen oder andere Projekte entwickelt werden, kommen bei den jeweiligen Rechtsformen die entsprechenden steuerlichen Grundsätze zum Tragen.

Soll allerdings ein Immobilienprojekt entwickelt werden, welches in weiterer Folge im Bestand gehalten wird, kommt es auf die jeweilige Eigentümerstruktur an. Sind an einer vermietenden GmbH & Co KG lediglich Kapitalgesellschaften als Kommanditisten beteiligt, besteht kein Unterschied zwischen den beiden Rechtsformen. Beteiligen sich allerdings auch natürliche Personen am Gewinn und Verlust, erzielen diese Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, welche dem progressiven Stufensatz unterliegen. Je nach Höhe des sonstigen Einkommens kann hier ein GmbH steuerlich attraktiver sein, zumal die durchgerechnete Steuerlast des Gesellschafters (Körper-

schaftssteuer und Kapitalertragssteuer) niedriger als eine Hinzurechnung dieser Einkünfte zu dem Gesamteinkommen sein kann (siehe oben Punkt 4.1.1). Zu bedenken ist allerdings der Steuervorteil auf Seite des Endkunden. Einzelne Wohnungen werden stets als „asset deal“ verkauft. Hier bestehen auf Seiten des Endkunden keinerlei Unterschiede je gewählter Rechtsform. Allerdings ist der Verkauf eines gesamten Vermietungsobjekts an einen Fonds durchaus auch als „share deal“ möglich. In diesem Fall ist für den kaufenden Fonds aus ertragsteuerlicher Sicht der Erwerb von Kommanditanteilen an einer GmbH & Co KG günstiger als ein Geschäftsanteil an einer GmbH. Der Kaufpreis für die Gesellschaftsanteile stellt in Folge des steuerlichen „step ups“ die neue Abschreibungsbemessungsgrundlage dar (siehe oben Punkt 4.2.2). Dieser steuerliche Vorteil des Endkunden kann auch zu einem höheren Verkaufspreis führen, ist aber jedenfalls ein gewichtiges Verkaufsargument.

Das Transparenzprinzip der Personengesellschaften ist nicht nur für den Verkauf, sondern auch für den Erwerb einer Liegenschaft als „share deal“ von Bedeutung. Für die Entscheidung über die eigene Rechtswahl kann allerdings die Zugehörigkeit zu einer Gruppe gemäß § 9 KStG spielen. Eine GmbH & Co KG kann nicht Mitglied einer entsprechenden Gruppe sein. Falls die Aufnahme der Projektgesellschaft in eine Steuergruppe von Bedeutung sein sollte, ist die GmbH die einzig mögliche Rechtsform. Allerdings fließen die Gewinne der Kommanditisten, welche ebenfalls eine GmbH sind, aufgrund des Transparenzprinzips in die Steuergruppe, wodurch der steuersparende Effekt ebenfalls gegeben ist.

Im Fall der Finanzierung durch am Kapital beteiligte Investoren ist die GmbH & Co KG aus dem Blickwinkel des Ertragsteuerrechts mMn ebenfalls die geeignetere Gesellschaftsform. Aufgrund des Transparenzprinzips profitieren die Investoren vom Verlustausgleich. Zwar müssen rein kapitalistische Investoren aufgrund der Verlustausgleichsbeschränkung auf entsprechende Einkünfte aus der Gesellschaft warten, jedoch profitieren tatsächliche Mitunternehmer vom sofortigen Verlustausgleich.

Die Frage, ob die GmbH & Co KG die optimale Immobilienprojektgesellschaft ist, kann, wie einleitend bereits festgehalten, nicht abschließend beurteilt werden. Wie die gegenständliche Arbeit zeigt, kommt es stets auf das jeweilige Immobilienprojekt sowie die gegebenen Rahmenbedingungen an. Aus der persönlichen Praxiserfahrung zeigt sich mMn jedoch ein Vorteil für die GmbH & Co KG. Aufgrund der rascheren Gründungsmöglichkeit, der leichteren Verwaltung aber insbesondere aufgrund

des ertragsteuerrechtlichen Transparenzprinzips ist die GmbH & Co KG mMn die geeignetere Rechtsform für eine Immobilienprojektgesellschaft.

## Literaturverzeichnis

*N. Arnold*, Allgemeines, Gründung und Gesellschaftsvertrag, in *GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup>* (2016).

*Aumayr*, Das Bauherrenmodell im Ertragsteuer- und Verkehrssteuerrecht<sup>2</sup> (2021).

*Edelmann*, GmbH & Co KG, in *Bergmann/Ratka (Hrsg)*, Handbuch Personengesellschaften<sup>2</sup> (2016).

*Fritsch/Grün*, Die GmbH & Co KG als Rechtsformvorschlag für Immobiliengesellschaften, *DJA* 4/2018, 113-116.

*Fritz*, SWK-Spezial Die GmbH in der Praxis<sup>4</sup> (2019).

*Fritz/K. Schauer*, SWK-Sonderheft GmbH & Co KG (2001).

*Fritz-Schmied/Urnik/Bergmann*, Handbuch Mitunternehmerschaften (2019).

*Fröstl/Fuhrmann/Hiesböck/Lankisch/Welser*, Die organisatorischen Rahmenbedingungen, in *Braunisch/Fuhrmann/Ledl (Hrsg)*, Handbuch Immobilienbewirtschaftung<sup>3</sup> (2021).

*Gruber/Harrer*, Kommentar zum GmbHG<sup>2</sup> (2018).

*Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010).

*Harrer*, Ausscheiden aus der GmbH & Co KG, in *GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup>* (2016).

*Haselsteiner*, Die vermögensverwaltende Personengesellschaft (2017).

*Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017).

*Kofler/Lang/Rust/Schuch/Spies/Staringer (Hrsg)*, KStG-Kommentar<sup>3</sup> (2022).

*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar<sup>3</sup> (2007).

*Kovar/Hildebrand*, Die Abesetzung für Abnutzung bei Gebäuden, in , in *Hau-nold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg)*, Immobilienbesteuerung<sup>5</sup> (2021).

*Kovar/Mairhuber/Pamperl*, Steuern im Lebenszyklus einer Immobilie in Österreich Grunderwerb-, Ertrag- und Umsatzsteuer sowie Gebühren und Sonstiges, in *Eberhardt/Klaubetz (Hrsg)*, Handbuch Immobilienprojektentwicklung (2016).

*Kovar/Mairhuber/Pamperl*, Umgründungen und Immobilien, in *Kovar/Wahrlich/Zorman (Hrsg)*, Übertragung und Vermietung von Immobilien<sup>3</sup> (2019).

*Novosel/Rindler*, Die GmbH & Co KG und ihre Gesellschafter im Ertragsteuerrecht, in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016).

*Perl*, Grunderwerbsteuer, in *Bergmann/Ratka (Hrsg)*, Handbuch Personengesellschaften<sup>2</sup> (2016).

*Peyerl*, Rechnungswesen und Steuerrecht<sup>4</sup> (2020).

*Schärf*, Die Sacheinlage bei Kommanditisten, AnwBl 11/2019, 675-676.

*Schimka/Schörghofer*, Haftung der Gesellschafter einer GmbH & Co KG in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016).

*Schopper*, Die GmbH & Co KG im Eigenkapitalersatzgesetz, in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016).

*Straube/Ratka/Rauter*, online Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, (rdb.at).

*Straube/Ratka/Rauter*, online Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Einführung (Stand 1.8.2020, rdb.at)

*Taucher*, Die GmbH & Co KG und ihre Gesellschafter im Grunderwerbsteuerrecht, in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016).

*U. Torggler*, GmbH & Co KG in Gründung, in GS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> (2016).

*U. Torggler (Hrsg)*, UGB<sup>3</sup> (2019).

*Wagner*, Die Veräußerung von privaten und betrieblichen Immobilien seit dem 1.4.2012, in *Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg)*, Immobilienbesteuerung<sup>5</sup> (2021).

*Wehinger-Malang*, Asset Deal versus Share Deal bei der Übertragung von Liegenschaften aus steuerlicher Sicht, in *Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg)*, Immobilienbesteuerung<sup>5</sup> (2021).

*Wiedermann/Wilplinger*, Steueroptimierung bei Personengesellschaften, *ecolex* 1/2018, 74-76.

*Zeiler*, Teilwertabschreibungen von Beteiligungen, in *Bergmann/Wurm (Hrsg)*, Praxisbeispiele zur Körperschaftsteuer<sup>2</sup> (2021).

*Zorman*, Die Neuregelungen im Grunderwerbsteuergesetz seit 2014, in *Kovar/Wahrlich/Zorman (Hrsg)*, Übertragung und Vermietung von Immobilien<sup>3</sup> (2019).

## Judikaturverzeichnis

BFG 14.09.2021, RV/3100233/2021

OGH 15.12.1994, 8 Ob 629/92.

OGH 12.04.2001, 8 Ob A 98/00w

OGH 29.05.2008, 2 Ob 225/07p

OGH 26.04.2018, 6 Ob 5/18f

## Rechtsquellenverzeichnis

### Bundesgesetze

ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl. Nr. 22/1974 idgF
EKEG	Eigenkapitalersatzgesetz, BGBl. I Nr. 92/2003 idgF
EStG	Einkommensteuergesetz, BGBl. Nr. 400/1988 idgF
GGG	Gerichtsgebührengesetz, BGBl. Nr. 501/1984 idgF
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBL. Nr. 58/1906 idgF
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz, BGBl. Nr. 309/1987 idgF
IO	Insolvenzordnung, RGBL. Nr. 337/1914 idgF
JStG	Jahressteuergesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz, BGBl. Nr. 401/1988 idgF
ÖkoStRefG 2022 Teil I	Ökosoziiales Steuerreformgesetz 2022 Teil I, BGBl. I Nr. 10/2022
NO	Notariatsordnung, RGBL. Nr. 75/1871 idgF
UGB	Unternehmensgesetzbuch, dRGBL. S 219/1897 idgF
UmgrStG	Umgründungssteuergesetz, BGBl. Nr. 699/1991 idgF

### Verordnungen

GrundanteilsV 2016	Verordnung des Bundesministers für Finanzen über die Festlegung des Grundanteils bei vermieteten Gebäuden im Sinne des § 16 Abs. 1 Z 8 lit. d EStG 1988, BGBl. II Nr. 99/2016.
--------------------	--

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Treuhandkonstruktion GmbH Co KG (eigene Darstellung).....	19
Abbildung 2: Beteiligung einer natürlichen Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter (eigene Darstellung).....	22
Abbildung 3: Direkte Anteilsübertragung/-vereinigung GmbH (eigene Darstellung).	41
Abbildung 4: Anteilsübertragung/-vereinigung durch Unternehmensgruppe gemäß § 9 KStG (eigene Darstellung) .....	42
Abbildung 5: Mittelbare Anteilsübertragung/-vereinigung GmbH (eigene Darstellung) .....	44
Abbildung 6: Unmittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes GmbH & Co KG (eigene Darstellung) .....	47
Abbildung 7: Unmittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes GmbH & Co KG innerhalb von fünf Jahren (eigene Darstellung).....	48
Abbildung 8: Mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes GmbH & Co KG (eigene Darstellung) .....	49