Zum fortschreitenden Attraktivitätsverlust verdeckter Kapitalgesellschaften

SEBASTIAN BERGMANN / PAUL SCHÖRGHOFER*

Die GmbH & Co KG und andere verdeckte Kapitalgesellschaften büßen in der Praxis zusehends an Attraktivität ein. Der nachfolgende Beitrag zeichnet die österreichische Geschichte verdeckter Kapitalgesellschaften schlaglichtartig nach und zeigt die Gründe deren Bedeutungsverlustes im Rahmen der Rechtsformwahl auf.

I. Entwicklung, Motive und Anerkennung

In Österreich haben sog „verdeckte Kapitalgesellschaften" (auch „kapitalistische Personengesellschaften" bzw „Kapitalgesellschaft & Co" genannt) erstmals zu Beginn des 20. Jahrhunderts in Gestalt der GmbH & Co KG das Licht der kautelarjuristischen Welt erblickt. Bereits im Jahr 1906, dem Jahr des Inkrafttretens des GmbHG,[1] wurde auch von der österreichischen Rspr[2] die Zulässigkeit der Beteiligung juristischer Personen an Personenhandelsgesellschaften (OHG und KG) anerkannt. Schließlich zog auch der österreichische Gesetzgeber nach und erteilte der GmbH & Co KG indirekt dadurch sein Plazet, dass er in § 9 GewO 1973[3] auch organschaftliche Vertreter der Komplementärgesellschaft als gewerberechtliche Geschäftsführer anerkannte.[4]

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht sprechen für die Gründung verdeckter Kapitalgesellschaften neben der Flexibilität des Personengesellschaftsrechts insb folgende Vorteile gegenüber gesetzestypischen Personengesellschaften:

- Es haftet keine natürliche Person unbeschränkt gegenüber Gesellschaftsgläubigern.[5]
- Weiters ist eine (mittelbare) Drittorganschaft möglich.[6]
- Der Tod von Gesellschaftern der Komplementär-Kapitalgesellschaft wirkt sich mangels gegenteiliger Vereinbarung nicht auf den Bestand der Personengesellschaft aus.

Die Gründung verdeckter Kapitalgesellschaften ist idR aber auch – bei durchdachter Rechtsformwahl jedoch keinesfalls ausschließlich[7] – steuerlich motiviert. Denn ertragsteuerrechtlich gelten verdeckte Kapitalgesellschaften ungeachtet ihrer Ähnlichkeit zu echten Kapitalgesellschaften als normale Personengesellschaften.[8] Sie sind daher selbst keine Steuersubjekte, sondern die Besteuerung erfolgt nach Maßgabe des sog Durchgriffs- bzw Transparenzprinzips auf Ebene der einzelnen Gesellschafter.[9] Die Gewinn- und Verlustanteile werden den Gesellschaftern ertragsteuerlich unabhängig von ihrem tatsächlichen Zufluss unmittelbar zugerechnet (§ 21 Abs 2 Z 2, § 22 Z 3 bzw § 23 Z 2 EStG). Dies kann gegenüber dem Besteuerungsregime von Kapitalgesellschaften ua folgende Vorteile mit sich bringen:

- Sofern als Gesellschafter natürliche Personen fungieren, können diese mit ihren Einkünften auch in Genuss der niedrigen Einkommensteuer-Tarifstufen[10] kommen, während Gewinne von Kapitalgesellschaften (selbst im Fall der Ausübung der Regelbesteuerungsoption des § 27a Abs 5 EStG durch einen Gesellschafter anlässlich der Ausschüttung und der damit zusammenhängenden KESt-Rückerstattung) zumindest auf Gesellschaftsebene der Körperschaftsteuer in Höhe von 25 % unterliegen.
- Im Rahmen der Einkommensermittlung der Gesellschafter sind über Personengesellschaften erwirtschaftete Verluste grundsätzlich unbeschränkt mit positiven Einkünften anderer Einkunftsquellen ausgleichsfähig (§ 2 Abs 2 EStG), während bei Kapitalgesellschaften allfällige Verluste aufgrund des dort herrschenden Trennungsprinzips grundsätzlich auf Gesellschaftsebene „hängen bleiben" (es gibt nur Gewinn-, nicht aber auch Verlustausschüttungen) und ein Verlustausgleich mit anderen positiven Einkünften des Gesellschafters – außerhalb des Gruppenbesteuerungsregimes des § 9 KStG – nicht möglich ist.

* Ass.-Prof. Dr. *Sebastian Bergmann*, LL.M., MBA ist Mitarbeiter des Instituts für Finanzrecht, Steuerrecht und Steuerpolitik der Johannes Kepler Universität Linz. Dr. *Paul Schörghofer*, LL.M. (Harvard) ist Rechtsanwalt in Wien.

1 RGBl 1906/58; zur Entstehung des österreichischen GmbHG vgl *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 54.

2 OGH 20.6.1906, AC 2583; vgl für weitere Nachweise *N. Arnold*, Allgemeines, Gründung und Gesellschaftsvertrag, in GedS W.-D. Arnold (2011) 37 (39); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 381.

3 BGBl 1974/50.

4 Näher zur Anerkennung der GmbH & Co KG im Gewerberecht und mwN *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen, 383.

5 Vgl näher und mit zahlreichen Nachweisen nur *Schimka/Schörghofer*, Haftung der Gesellschafter einer GmbH & Co KG, in GedS W.-D. Arnold (2011) 113.

6 Vgl nur *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/928 mwN.

7 Wer eine verdeckte Kapitalgesellschaft ausschließlich aus steuerlichen Gründen und nicht etwa auch aufgrund gesellschaftsrechtlicher Motive gründen würde, wäre mit der einfacheren und günstigen Gründung einer normalen Personengesellschaft besser beraten.

8 Vgl VwGH 18.4.1979, 3272/78, VwSlg 5370 F/1979; 7.11.1989, 86/14/0203, VwSlg 6448 F/1989; 19.10.1993, 93/14/0129; 19.11.1998, 98/15/0150; 27.8.2002, 96/14/0144; *Bruckner*, Die GmbH & Co KG und ihre Gesellschafter im Ertragsteuerrecht, in GedS W.-D. Arnold (2011) 263 (267); *Beiser*, Die GmbH & Co KG im Spannungsfeld von Trennungs- und Durchgriffsprinzip, ÖStZ 2011, 13; *Bergmann* in *Bergmann/Ratka*, Handbuch Personengesellschaften (2011) Rz 12/245; *ders*, Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht (2009) 164; *Kauba* in *W. Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG, § 23 Rz 224; *Quantschnigg/Schuch*, Einkommensteuer-Handbuch (1993) § 23 EStG Rz 17.

9 Vgl *Bergmann*, Die steuerliche Gewinnermittlung von Personengesellschaften, in *Bertl* ua, Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht (2013) 151 (154); *ders*, Personengesellschaften, 19; *ders* in *Bergmann/Ratka*, Personengesellschaften, Rz 12/1.

10 Vgl § 33 Abs 1 EStG idF BGBl I 2015/118 ab Veranlagung für das Kalenderjahr 2016 (§ 124b Z 275 EStG): 0 % für die ersten 11.000 €, 25 % für Einkommensteile über 11.000 € bis 18.000 €, 35 % für Einkommensteile über 18.000 € bis 31.000 € bzw 42 % für Einkommensteile über 31.000 € bis 60.000 €.

II. Schaffung eines Sonderrechts durch Gesetzgeber und Rechtsprechung

1. Allgemeines

Auf verdeckte Kapitalgesellschaften findet grundsätzlich das allgemeine Personengesellschaftsrecht Anwendung.[11] Der Gesetzgeber sowie die Rspr haben jedoch zunehmend ein Sonderrecht für verdeckte Kapitalgesellschaften geschaffen,[12] indem sie diese – beginnend mit dem IRÄG 1982[13] – echten Kapitalgesellschaften gleichgestellt bzw sonstige Spezialregelungen gegenüber dem normalen Personengesellschaftsrecht vorgesehen haben. Die Highlights dieses Sonderrechts sollen im Folgenden dargestellt werden.

2. Allgemeines Unternehmensrecht

Hervorzuheben sind zunächst die Offenlegungsvorschriften des § 19 Abs 2 und des § 14 Abs 1 UGB. Nach § 19 Abs 2 UGB muss der Umstand, dass bei einer OG oder KG keine natürliche Person unbeschränkt haftet, aus der Firma erkennbar sein.[14] § 14 Abs 1 UGB sieht für solche Personengesellschaften besondere Pflichten hinsichtlich der auf Geschäftsbriefen, Bestellscheinen sowie Websites zu machenden Angaben vor.

3. Rechnungslegungsrecht

Gem § 189 Abs 1 Z 2 UGB unterliegen jene Personengesellschaften ebenso wie Kapitalgesellschaften der umsatzunabhängigen Rechnungslegungspflicht des Dritten Buches des UGB, bei denen 1.) alle unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafter mit ansonsten unbeschränkter Haftung tatsächlich nur beschränkt haftbar sind (weil sie entweder Kapitalgesellschaften iSd Anhangs I der Bilanz-Richtlinie[15] sind bzw als nicht dem Recht eines EU-/EWR-Mitgliedstaates unterliegende Gesellschaften einer in Anhang I der Bilanz-Richtlinie genannten Rechtsform vergleichbar sind) oder 2.) kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist und eine unternehmerische Tätigkeit vorliegt. Weiters unterliegen solche Personengesellschaften iSd § 189 Abs 1 Z 2 UGB gem § 221 Abs 5 UGB hinsichtlich der in den §§ 222 bis 227, § 229 Abs 1 bis 3, §§ 230 bis 243b und §§ 268 bis 285 UGB geregelten Tatbestände betreffend Jahresabschluss, Lagebericht sowie Corporate-Governance-Bericht den der Rechtsform ihres unbeschränkt haftenden Gesellschafters entsprechenden Rechtsvorschriften und gelten für den Fall, dass dieser keine Kapitalgesellschaft ist, dieselben Vorschriften wie bei einer GmbH. Gleiches gilt gem § 244 Abs 3 UGB hinsichtlich der in den §§ 244 bis 267b UGB geregelten Tatbestände betreffend Konzernabschluss, Konzernlagebericht, konsolidierten Corporate-Governance-Bericht und konsolidierten Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen.

4. Insolvenzrecht

Nach § 67 Abs 1 IO findet die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, wie bei Kapitalgesellschaften auch bei Überschuldung statt.

5. Unternehmensreorganisationsrecht

Die Haftungsbestimmung des § 22 Abs 1 URG gilt auch für unternehmerisch tätige eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis eine natürliche Person ist (§ 22 Abs 2 URG).

6. Eigenkapitalersatzrecht

Die Bestimmungen des EKEG sind gem § 4 Z 3 EKEG auch auf Personengesellschaften anzuwenden, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. § 11 EKEG bestimmt, dass ein Kredit, den ein Kommanditist einer Personengesellschaft, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, der Komplementärgesellschaft gewährt, einem der Personengesellschaft gewährten Kredit gleichsteht.[16]

7. Kapitalerhaltungsrecht

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht stellt die OGH-Entscheidung vom 29.5.2008, 2 Ob 225/07p,[17] eine Zäsur im Recht der verdeckten Kapitalgesellschaften dar. In dieser Entscheidung hat der OGH nämlich ausgesprochen, dass das GmbH-rechtliche Kapitalerhaltungsrecht (§§ 82 ff GmbHG) auf GmbH & Co KGs im engeren Sinn analog anzuwenden sei. In seiner Begründung führt er aus, dass der Gesetzgeber Personengesellschaften ohne unbeschränkt haftende natürliche Person in mehreren, den Schutz der Gesellschaftsgläubiger verfolgenden Bestimmungen Kapitalgesellschaften gleichstellt habe[18] und das Verbot der Einlagenrückgewähr ebenfalls dem Gläubigerschutz diene. Der Entscheidung war eine langjährige Kontroverse in der Lehre vorangegangen;[19] entsprechend geteilt wurde sie vom Schrifttum aufgenommen. Während sie von einem Teil (zumindest im Grundsatz)

[11] Vgl *Schimka/Schörghofer*, Haftung, 115.

[12] Vgl *Kalss/Eckert/Schörghofer*, Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG? GesRZ 2009, 65 (66).

[13] Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1982, BGBl 1982/370.

[14] Vgl näher nur *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 2/926 mwN.

[15] Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl L 182 vom 29.6.2013, S 19.

[16] Vgl näher nur *Schopper*, Die GmbH & Co KG im Eigenkapitalersatzgesetz, in GedS W.-D. Arnold (2011) 147 (149 ff) mwN.

[17] GesRZ 2008, 310 (*Stingl*) = GES 2008, 315 (*Bauer*) = JAP 2008/2009, 100 (*Rauter*) = ÖBA 2009, 60 (*Bollenberger*) = RWZ 2008, 260 (*Wenger*); vgl auch *Schörghofer*, Neue Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht, GesRZ 2009, 275 (275).

[18] Der OGH verweist auf die Regelungen über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei Überschuldung (§ 67 Abs 1 KO, nunmehr IO), auf das Rechnungslegungsrecht (§ 189 Abs 1 Z 1, § 221 Abs 5 sowie § 244 Abs 3 UGB), auf die Haftungsregelungen im Unternehmensreorganisationsrecht (§ 22 Abs 2 URG) sowie auf das Eigenkapitalersatzrecht (§ 4 Abs 3 EKEG).

[19] Eine analoge Anwendung bejahend *Artmann*, Das „Ausmaß" der Kommanditeinlage bei errichtender Umwandlung, GesRZ 1999, 26 (29); *Karollus*, Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, ecolex 1996, 860; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen, 403 ff; sympathisierend, aber letztlich offenlassend *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB (1997) § 161 Rz 56; differenzierend *Wenger*, Zur Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, RWZ 2005, 326 (329); *Karollus*, Gedanken zum Kapitalschutz bei der GmbH & Co. KG, in FS Kropff (1997) 669 (678), zur deutschen Rechtslage; verneinend *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation (2001) 70; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] (2007) § 82 Rz 20; *Weber/Straube*, Die zivilrechtliche Haftung der Gesellschafter der GmbH & Co, in *Kastner/Stoll*, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht[2] (1977) 325 (341).

begrüßt wurde,[20] lehnte ein anderer Teil die Auffassung des OGH ab.[21] Die Gegner der Entscheidung kritisierten insb, dass eine Analogie mangels Vorliegens einer Gesetzeslücke nicht in Betracht komme.[22] Die E 2 Ob 225/07p hat weitreichende, praktisch bedeutsame Folgen für verdeckte Kapitalgesellschaften:[23]

- An KG-Gesellschafter darf zunächst nur noch der festgestellte Bilanzgewinn ausgeschüttet werden.[24] Offene oder verdeckte Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr sind unzulässig. Alle Geschäfte der KG mit einem Gesellschafter müssen seit der Entscheidung somit einem Drittvergleich standhalten.[25]
- Wesentlich ist überdies, dass die Haftsumme nunmehr nur noch unter Anwendung der GmbH-rechtlichen Kapitalherabsetzungsregeln (Gläubigeraufruf) reduziert werden kann.[26]
- Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, darf das Abfindungsguthaben nicht mehr – wie bisher in Gesellschaftsverträgen teilweise vorgesehen – ohne Weiteres aus dem Gesellschaftsvermögen bezahlt werden. Im Fall, dass die Abfindung nicht durch die in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter erfolgt, müssen vielmehr wiederum die Regelungen des GmbH-Rechts über die Kapitalherabsetzung eingehalten werden.[27]

8. Umgründungsrecht

Hinzuweisen ist schließlich auf potenzielle Auswirkungen der Entscheidung auf Umgründungen, wo sich bei konsequentem Fortdenken der vom OGH vertretenen Auffassung die Frage stellen könnte, ob Teilungsvorgänge iZm verdeckten Kapitalgesellschaften unternehmensrechtlich (statt als normale Realteilungen) nach Maßgabe des Spaltungsregimes zu erfolgen haben.[28]

9. Kapitalverkehrsteuerrecht

Die in § 2 KVG aufgezählten Vorgänge, allen voran der Erwerb von Gesellschaftsrechten durch den Erstwerber, unterliegen bei Kapitalgesellschaften noch bis 31.12.2015 (§ 38 Abs 3e KVG) der 1%igen Gesellschaftsteuer. Zum Kreis der Kapitalgesellschaften im gesellschaftsteuerlichen Sinn zählen nach § 4 Abs 2 KVG auch KGs (und vergleichbare ausländische Gesellschaftsformen), bei denen als – nicht notwendigerweise einziger[29] – unbeschränkt haftender Komplementär eine Kapitalgesellschaft fungiert, wobei als tatbestandliche Gesellschaftsrechte diesfalls gem § 5 Abs 1 Z 1 KVG nur die Anteile der beschränkt haftenden Kommanditisten gelten.[30]

10. Ertragsteuerrecht

Dem Ertragsteuerrecht sind Sonderregeln betreffend verdeckte Kapitalgesellschaften zwar fremd und deren Besteuerung erfolgt deshalb wie bei normalen Personengesellschaften. Nichtsdestotrotz hat die bislang idR auch steuerlich motivierte Rechtsformwahl verdeckter Kapitalgesellschaften mit dem jüngst beschlossenen Steuerreformgesetz 2015/2016[31] an Attraktivität verloren:

- In Umsetzung einer Empfehlung der Steuerreformkommission 2014[32] wurde das EStG um einen neuen § 23a EStG erweitert,[33] der die Verlustverwertung sog *„kapitalistischer Mitunternehmer"* zum Gegenstand hat. Verluste von als Kommanditisten fungierenden natürlichen Personen, die nicht in ausgeprägter Weise an unternehmerischen Entscheidungen mitwirken können (*„keine ausgeprägte Mitunternehmerinitiative"*), sind nach dieser Bestimmung hinkünftig insoweit nicht mehr ausgleichs- bzw vortragsfähig (sondern als Wartetastenverluste nur noch mit späteren Gewinnen derselben Beteiligung zu verrechnen), als dadurch ein negatives steuerliches Kapitalkonto entsteht bzw sich erhöht.[34] Die Regelung verfolgt das Ziel, eine sofortige Verlustberücksichtigung stärker an das Vorliegen einer echten unternehmerischen Betätigung bzw an die Übernahme einer unbeschränkten Außenhaftung zu koppeln.[35] Vom Tatbestand des § 23a

[20] Vgl *Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbHG, § 82 Rz 232; *Grossmayer*, Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, ecolex 2008, 1023; *Harrer*, Vermögensbindung bei der GmbH & Co KG, WBl 2009, 328; *ders*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010) 444; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² (2010) § 161 Rz 55; *Karollus*, Einlagenrückgewähr in der verdeckten Kapitalgesellschaft, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 31 (52 ff); *G. Moser*, Weitere Annährung der „kapitalistischen" KG an „echte" Kapitalgesellschaften, SWK 36/2008, W 187.

[21] Vgl *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG (2014) § 82 Rz 68; *Diregger/Eckert*, Gedanken zur unechten Personengesellschaft, RdW 2013, 579 (583); *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 ff; *Kalss*, Kapitalschutzregelungen der GmbH & Co KG, in GedS W.-D. Arnold (2011) 77 (90 und 93 ff); *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB I⁴, § 161 Rz 21; *Koppensteiner*, Haftung der Kommanditisten bei Zuwendungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 13 (16 ff); *ders*, Über die Haftung der Kommanditisten bei Zuwendungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG, in FS G. H. Roth (2011) 395 (397 ff); *Ch. Nowotny*, Die GmbH & Co KG auf dem Weg zur Kapitalgesellschaft? RdW 2009, 326 (331); *Stingl*, GesRZ 2008, 314 ff; *U. Torggler*, GBU 2009, 47; *ders*, Die GmbH & Co KG nach OGH 2 Ob 225/07p – eine neue Gesellschaftsform, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 3 (8 f); *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/910; *ders*, Grundzüge des österreichischen Personengesellschaftsrechts, ZVglRWiss 113 (2014), 271 (289 f); *Wenger*, RWZ 2008, 262 f; vgl kritisch auch *Frank/Kusternigg*, Kapitalerhaltung bei Umstrukturierung einer GmbH & Co KG im engeren Sinn, RdW 2010, 384 (385 f).

[22] Zuletzt haben die Autoren dieses Beitrags argumentiert, dass eine analoge Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregimes auf verdeckte Kapitalgesellschaften jedenfalls seit dem Rechnungslegungs-Änderungsgesetz 2014 (RÄG 2014), BGBl I 2015/22, ausscheidet, weil der Gesetzgeber nunmehr durch die Anordnung, dass verdeckte Kapitalgesellschaften nicht zur Dotierung gebundener Rücklagen verpflichtet sind, klargestellt hat, dass verdeckte und echte Kapitalgesellschaften im Bereich des Kapitalerhaltungsrechts im engeren Sinn ungleich zu behandeln sind; vgl *Bergmann/Schörghofer*, RÄG 2014: Keine Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregimes auf verdeckte Kapitalgesellschaften! GesRZ 2014, 340.

[23] Vgl näher insb *Artmann*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhöhung, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 83; *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 583 ff; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB (2013) § 161 Rz 18 ff; *Hügel*, Vermögensbindung und Kapitalschutz bei Sachdividenden und Realteilung der GmbH und GmbH & Co KG, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 111 (113 ff); *Kalss*, Kapitalschutzregelungen, 90 ff; *Ch. Nowotny*, RdW 2009, 327 ff; *ders*, Sonderfragen der unechten Personengesellschaft, in *Bertl* ua, Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht (2013) 67 (72 ff); *Rüffler*, Kapitalherabsetzung und Liquidation, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 99.

[24] Vgl *Eckert* in *U. Torggler*, UGB, § 161 Rz 21; *Kalss*, Kapitalschutzregelungen, 90 f – jeweils mwN.

[25] Vgl auch *Kalss*, Kapitalschutzregelungen, 90 mwN.

[26] Vgl *Eckert* in *U. Torggler*, UGB, § 161 Rz 25 mwN.

[27] Vgl *Kalss*, Kapitalschutzregelungen, 92 mwN.

[28] Vgl idZ auch *Kalss*, Kapitalschutzregelungen, 91 mwN.

[29] Ob neben der Kapitalgesellschaft noch weitere Komplementäre anderer Rechtsform existieren (zB eine natürliche Person), ist für gesellschaftsteuerliche Zwecke unmaßgeblich; vgl *Knörzer* in *Bergmann/Ratka*, Personengesellschaften, Rz 18/13.

[30] Vgl ausführlich *Knörzer* in *Bergmann/Ratka*, Personengesellschaften, Rz 18/1 ff.

[31] BGBl I 2015/118.

[32] Vgl Bericht der Steuerreformkommission 2014, 55, online abrufbar unter https://www.bmf.gv.at/services/publikationen/Bericht_Steuerreformkommission.pdf.

[33] Vgl ErlRV 684 BlgNR 25. GP, 16.

[34] Vgl dazu weiterführend *Bergmann*, § 23a EStG: Verlustverwertungsbeschränkung für kapitalistische Mitunternehmer, GES 2015, 354; *Hayden*, § 23a EStG neu – Verlustverrechnungsbremse bei kapitalistischen Mitunternehmern, taxlex 2015, 237.

[35] Vgl ErlRV 684 BlgNR 25. GP, 16.

EStG erfasste Kommanditisten sollen Verluste nur noch insoweit unmittelbar verwerten können, als sie dadurch tatsächlich wirtschaftlich belastet werden.[36]

- Gleichzeitig wurde der einkommensteuerliche Spitzensteuersatz für Einkommensteile über 1 Mio € (zeitlich befristet für die Jahre 2016 bis 2020) auf 55 % angehoben (§ 33 Abs 1 letzter Satz EStG).

III. Fazit

Im Rahmen der Rechtsformwahl haben verdeckte Kapitalgesellschaften durch die beschriebenen Maßnahmen zusehends an Attraktivität eingebüßt. Von den im Jahr 2014 neu eingetragenen Rechtsträgern[37] wiesen zwar rund 21 % die Rechtsform einer OG[38] bzw KG[39] auf,[40] doch war davon – so wurde den Autoren aus Firmenbuchkreisen mitgeteilt – nur noch ein *„sehr überschaubarer"* Anteil den verdeckten Kapitalgesellschaften zuzurechnen.[41] Dies deckt sich auch mit dem Eindruck aus der Beratungspraxis. Die weitere Entwicklung des Sonderrechts für verdeckte Kapitalgesellschaften bleibt abzuwarten. Beschreiten der Gesetzgeber und die Rspr den (bewusst oder unbewusst) eingeschlagenen Weg weiter, kann nicht ausgeschlossen werden, dass verdeckte Kapitalgesellschaften in nicht allzu ferner Zukunft ein Schattendasein unter den Gesellschaftsformen fristen müssen.

[36] Vgl auch BFH 6.3.2007, IV B 147/05, BFH/NV 2007, 1130; *Heuermann* in *Blümich*, EStG – KStG – GewStG, § 15a EStG Rz 1; *Lüdemann* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG – KStG, § 15a EStG Anm 1 und 8 f.

[37] Dazu zählen insb AGs, GmbHs, SEs, Privatstiftungen und Genossenschaften, OGs, KGs und Einzelunternehmer.

[38] 1.651 bzw 9 %.

[39] 2.058 bzw 12 %.

[40] Quelle Bundesrechenzentrum GmbH.

[41] Firmenbuchstatistiken betreffend den konkreten Anteil verdeckter Kapitalgesellschaften an den eingetragenen Rechtsträgern existieren nicht.

Rezension

Aktiengesetz

2 Neuauflagen, jeweils Kommentar in 2 Bänden

1. Herausgegeben von Prof. Dr. Gerald SPINDLER und Eberhard STILZ, 3. Auflage, LXXXVI und 4.990 Seiten, Preis 499 € [D] bzw 513 € [A], Verlag C.H. Beck, München 2015.

2. Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. Karsten SCHMIDT und Prof. Dr. Dr. h.c. Marcus LUTTER, 3. Auflage, 4.578 Seiten, Preis 299 € [D] bzw 307,40 € [A], Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2015.

Kürzlich sind für Deutschland die beliebten und praktischen Zweibänder zum Aktienrecht in der Neuauflage erschienen. Zweibänder sind in Deutschland das Mittelformat gegenüber den mehrbändigen Großformaten von Kommentaren, sie gehen aber in der Tiefe und im Umfang deutlich über die österreichischen Werke hinaus.

Zum ersten Werk: Die beiden Herausgeber – *Gerald Spindler* als Professor an der Universität Göttingen und *Eberhard Stilz* als ehemaliger Präsident des OLG Stuttgart, einem der führenden Gerichte zu Gesellschaftsrechtsfragen in Deutschland, und nunmehriger Präsident des Staatsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg – sind zwei profund ausgewiesene Kenner des Aktienrechts aus Wissenschaft und Praxis. Ihnen ist es wiederum gelungen, mit 42 weiteren Experten aus Wissenschaft, beratender, unternehmerisch tätiger und gerichtlicher Praxis einen aktuellen, überschaubaren, aber zugleich profund ausgeführten Kommentar vorzulegen, der auch auf die jüngsten Entwicklungen in der Judikatur (wie etwa die Beiziehung eines Beraters oder die Compliance-Pflichten für den Vorstand) eingeht und neue Ausführungen mit Buchstabenrandziffern deutlich ausschildert. Dadurch werden die Lektüre und das Nachlesen gerade auch für neu hervorgekommene Themen gefördert. Ergänzend zu der AG wird das Recht der SE kurz und konzise kommentiert, sodass ohne Weiteres auch ein Blick zu vergleichbaren Regelungen der SE gemacht werden kann. Wichtig ist etwa auch die Reichweite der Vertretungsmacht des Vorsitzenden des Aufsichtsrats, die als Annexkompetenz Vertretungshandlungen für die Sitzungsdurchführung oder die Einholung eines Rechtsrats zur Vorbereitung der Sitzung enthält und der zunehmenden Bedeutung des Vorsitzenden gerecht wird (§ 107 Rz 44). Insgesamt liegt mit der 3. Auflage wiederum eine konzise und beeindruckende Kommentierung vor, die auch eine bedeutende Hilfestellung für aktienrechtlich Interessierte in Österreich ist.

Das zweite Werk in zwei Bänden ist der von den zwei großen Namen *Karsten Schmidt* und *Marcus Lutter* herausgegebene Aktienkommentar, die zusammen mit 23 weiteren Autoren das deutsche AktG erläutern; der SE ist ein eigener Band vorbehalten. Auch die Autoren dieser Kommentierung, die sich nur im geringen Maß mit dem vorhin genannten Werk überschneiden, legen eine profunde Kommentierungsleistung zum aktuellen deutschen Aktienrecht vor, holen zum Teil rechtsvergleichend und europarechtlich aus und legen die Basis einer praxisorientierten und praxistauglichen Kommentierung mit notwendigem wissenschaftlichem Tiefgang. Interessant und spannend sind dabei etwa die Ausführungen zur Kapitalerhöhung börsenotierter Gesellschaften und zu der gesetzlichen Vermutung der Angemessenheit des Bezugsrechtsausschlusses bei Börsenotierung (§ 186) und die Betonung, dass es dabei auf die Liquidität des Papiers gerade nicht ankommt. Beachtenswert sind etwa auch die Ausführungen zur ausnahmsweise zulässigen Informationsversorgung einzelner Aufsichtsratsmitglieder oder die Überlegungen zur Informationsweitergabe an die Aktionäre. Von besonderer Bedeutung sind auch die Ausführungen zur Compliance und zu den Einzelpflichten des Vorstands und die nuanciert verschiedene Beobachtung und Kommentierung der jeweiligen Autoren, die eine gute Wegleitung und das breite Argumentationsfeld dieses Rechtsbereichs belegen und daher eine wichtige Inspirationsquelle und Orientierungshilfe für die tägliche Anwendung sind.

Beide Kommentare bilden ein breites Spektrum ab und gehen gerade auch im Bereich der Vorstandspflichten nuanciert auf unterschiedliche Meinungen und Standpunkte ein, welche den juristischen Diskurs befruchten, aber gerade auch für Praktiker in unterschiedlichen Situationen wichtige differenzierende Belegstellen bieten.

Susanne Kalss