

1. Einleitung

1.1. Einführung

Die GmbH & Co KG¹ vereint die Regelungsmodelle von Personen- und Kapitalgesellschaften.² Sie wurde nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch die Rechtspraxis geschaffen.³ Eine Kodifikation fehlt.⁴ Ebenso ist es mit dem Umgründungsrecht. Anders als in Deutschland ist dieses auf verschiedenste Gesetze verteilt (GmbHG, AktG, UGB, SpaltG, UmwG, GesAusG und EU-VerschG).⁵ Zudem spielen Personengesellschaften in den (zersplitterten) Umgründungsnormen nur eine sehr untergeordnete Rolle. Daraus ergeben sich iZm der Umgründung der GmbH & Co KG zahlreiche ungeklärte Gläubigerschutzprobleme. Diese erfordern eine systematische Lösung. Indes ist die bisherige Auseinandersetzung fragmentarisch. Eine monographische Aufarbeitung zum Gläubigerschutz bei der Umgründung der GmbH & Co KG fehlt. Zudem werden aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rsp nur unzureichend berücksichtigt. Die vorliegende Arbeit will diese Lücke schließen. Dabei soll auch untersucht werden, ob bzw inwiefern sich entwickelte (Detail-) Lösungen in ein Gesamtkonzept einordnen lassen.

Die Abhandlung ist in drei Hauptabschnitte gegliedert. Diese entsprechen den Umgründungsarten. Der erste Teil behandelt die **Realteilung**. Das Unternehmensrecht sagt dazu nichts.⁶ Gleichwohl handelt es sich um eine Umgründung.⁷ Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Realteilung der gesetzestypischen KG. Darauf aufbauend wird die Realteilung der GmbH & Co KG behandelt. Der OGH wendet das Einlagenrückgewährverbot analog auf diese an.⁸ Bei der Realteilung wird indes Ge-

1 Wird im Rahmen der Arbeit von „GmbH & Co KG“ gesprochen, ist damit immer die GmbH & Co KG **ieS** gemeint. Bei dieser ist kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person. Vgl *Jabornegg/Artmann* in *Artmann*, UGB I³ (2019) § 161 Rz 30; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 161 Rz 18 (Stand 01.10.2020); *Eckert* in *U. Torggler*, UGB³ (2019) § 161 Rz 7; grafisch *Edelmann* in *Bergmann/Ratka*, HB Personengesellschaften² Rz 5/5.

2 Vgl zur Grundtypenvermischung nur *Haberer/Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB II (2016) § 161 Rz 48 bzw grundlegend *Zielinski*, Grundtypenvermischung.

3 Vgl *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 161 Rz 2 (Stand 01.10.2020); *Harrer*, Personengesellschaft 429; *K. Schmidt*, JZ 2008, 425 [GmbH & Co KG als „Kind der Gestaltungspraxis“].

4 Krit etwa *Jabornegg/Artmann* in *Artmann*, UGB I³ (2019) § 161 Rz 28 [„Flickwerk von gesetzlichen Einzelregelungen, von der Rsp mehr oder weniger geklärten Fragen und nach wie vor ungelösten Problemen“] sowie *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, HB Gesellschaftsrecht Rz 1330.

5 Vgl *Hügel* in FS *Koppensteiner* (2001) 91 (91); *Harrer*, Personengesellschaft 323 f und 514; *ders*, GesRZ 2017, 257 (260); so im Übrigen auch der OGH: 6 Ob 4/99b, JBl 2000, 188 (189) und 6 Ob 160/13t, ZFR 2014, 284 (285) [„starke Rechtszersplitterung“].

6 Vgl *Grünwald/C. Nowotny* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen D (18. Lfg 2018) Art V Rz 1; *V. Appl* in *Bergmann/Ratka*, HB Personengesellschaften² Rz 8/7; *Huber* in *Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG² § 27 Rz 2 und 8 (Stand 01.07.2015); vgl lediglich iZm der Rechnungslegung §§ 202 Abs 2 und 221 Abs 4 UGB.

7 Vgl *Harrer*, Personengesellschaft 323.

8 Vgl OGH 2 Ob 225/07p, GesRZ 2008, 310.

sellschaftsvermögen (definitionsgemäß) ohne entsprechende Gegenleistung auf den bzw die Gesellschafter übertragen.⁹ Der dadurch entstehende Konflikt ist evident. Es stellt sich die Frage, ob und wie die Realteilung der GmbH & Co KG iES kapitalerhaltungskonform durchgeführt werden kann. Dazu bestehen im Wesentlichen drei Optionen: Abwicklung als Sachdividende, analoge Anwendung von Kapitalherabsetzungsbestimmungen oder analoge Anwendung des SpaltG.¹⁰ Der Abschnitt zur Realteilung der GmbH & Co KG ist dementspr gegliedert.

Der zweite Teil widmet sich der **Umwandlung**.¹¹ Zunächst wird die errichtende Umwandlung behandelt.¹² Dreh- und Angelpunkt ist die Frage des kapitalentsperrenden Effektes. Der OGH hat hierzu bereits Stellung genommen.¹³ Die Untersuchung zielt sohin zunächst darauf den Standpunkt des OGH kritisch zu prüfen. Dabei ist auch der einschlägige Meinungsstand zur Verschmelzung zu berücksichtigen.¹⁴ Denn die Kapitalentsperrung ist ein einheitliches Problem beider Umgründungsarten. Darauf aufbauend wird sodann ein eigener Lösungsansatz präsentiert. Dabei wird wiederum zwischen gesetzestypischer KG und GmbH & Co KG unterschieden. Im Anschluss geht es um die verschmelzende Umwandlung.¹⁵ Der Aufbau der Untersuchung folgt hierbei dem des Abschnittes zur errichtenden Umwandlung.

Im dritten Teil der Arbeit geht es um die Vermögensübertragung nach § 142 UGB. Der Gesetzgeber hat diese Norm für den Fall vorgesehen, dass der vorletzte Gesellschafter stirbt oder sonst wie ausscheidet.¹⁶ (Erst) Die Praxis hat daraus eine Umgründungsbestimmung gemacht.¹⁷ Denn die Umwandlung einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft ist im nationalen Umgründungsrecht nicht geregelt.¹⁸ Vor diesem Hintergrund fehlen aber gesonderte Gläubigerschutzbestimmungen.¹⁹ Die §§ 38 UGB bzw 1409 ABGB sind nicht anwendbar. Es besteht weder ein Zustimmungs- noch ein Widerspruchsrecht.²⁰ Gleichzeitig stellt sich auf Basis der Rsp des

9 Vgl beispielhaft *Hügel in Artmann/Rüffler/U. Torggler, GmbH & Co KG* 111 (113 ff und insb 120).

10 Vgl etwa *Rüffler in FS Hügel* 323 (325 ff) bzw *Rüffler/Aburumieh/Lind in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung* 71 (106 ff).

11 Damit ist in der ggst Arbeit immer die Umwandlung iSd § 1 UmwG gemeint.

12 Vgl § 5 UmwG.

13 Vgl OGH 6 Ob 335/97a, *ecolex* 1998, 557; OGH 6 Ob 27/99k, *JBl* 2000, 39; OGH 6 Ob 235/07p, *GesRZ* 2008, 100; OGH 6 Ob 267/08w, *GesRZ* 2009, 176.

14 Vgl insb *Koppensteiner*, *wbl* 1999, 333 bzw OGH 6 Ob 4/99b, *JBl* 2000, 188; OGH 6 Ob 70/03t, *wbl* 2004, 92; OLG Wien 28 R 391/03f, *GesRZ* 2004, 204.

15 Vgl §§ 2 ff UmwG.

16 Vgl nur *Harrer, Personengesellschaft* 514.

17 Vgl *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 142 Rz 3 und 11 (Stand 01.10.2020); *Jabornegg/Artmann in Artmann*, UGB I³ (2019) § 142 Rz 6; *Zollner/Gindra-Vady in Zib/Dellinger*, UGB II (2016) § 142 Rz 13.

18 Vgl *Kalss/Schauer*, *GesRZ* 2006, 171 (175); *Kalss/Eckert/Schörghofer*, *GesRZ* 2009, 65 (79 f); *Huber in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, GmbH* 127 (152) Fn 83; vgl dagegen § 191 Abs 1 Z 1 bzw auch § 3 Abs 1 Z 1 dUmwG.

19 Indes wird etwa bei der Umwandlung auf den verschmelzungsrechtlichen Gläubigerschutz verwiesen. Vgl (§ 5 Abs 5 iVm) § 2 Abs 3 UmwG.

20 Vgl *Jabornegg/Artmann in Artmann*, UGB I³ (2019) § 142 Rz 19; Vgl *Leupold in U. Torggler*, UGB³ (2019) § 142 Rz 11; Vgl *Zollner/Gindra-Vady in Zib/Dellinger*, UGB II (2016) § 142 Rz 16.

OGH auch hier die Frage nach dem kapitalentsperrenden Effekt. Gegenstand des Abschnittes ist es sohin zu klären, ob bzw inwiefern sich aus dieser Konstellation Gläubigerschutzdefizite ergeben (können). Zunächst wird hierbei der Übergang des Gesellschaftsvermögens auf den Komplementär behandelt. Sodann folgt die Vermögensübertragung auf Kommanditisten.

1.2. Zur analogen Anwendung des Einlagenrückgewährverbotes

In 2 Ob 225/07p hat der OGH ausgesprochen: „Ist bei einer Kommanditgesellschaft kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so sind die Vorschriften über das Verbot der Einlagenrückgewähr ... analog anzuwenden.“²¹ In der Literatur wurde das sehr kontrovers aufgenommen.²² 2 Ob 225/07p ist eine der meistdiskutierten gesellschaftsrechtlichen E überhaupt.²³ Dennoch hat sie der OGH in der Zwischenzeit mehrfach bestätigt bzw noch weiter präzisiert.²⁴ Kurzum: Sofern der Gesetzgeber nicht eingreift, ist die Anwendung des Kapitalerhaltungsrechts auf die GmbH & Co KG „in Stein gemeißelt“.²⁵ Dass die

- 21 OGH 2 Ob 225/07p, GesRZ 2008, 310 (314); schon zuvor OGH 8 Ob 2124/96, ecolex 1996, 863 (obiter) bzw zur Liquidation OGH 2 Ob 594/95, RdW 1996, 114.
- 22 **Ablehnend** insb *Auer*, Gläubigerschutz 158 f iVm 61 ff; *ders* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 82 Rz 67 f; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 161 Rz 21 (Stand 01.10.2020); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 82 Rz 3; *Koppensteiner* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 13 (16 ff); *Hügel* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 111 (115 f); *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 3 (8 ff); *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (340 ff); *dies*, GES 2017, 20 (21 f); *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (insb 76 ff); *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (385 f); *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/1058; *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (583); *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 (331); *Stingl*, GesRZ 2008, 310 (315 f); **zustimmend** insb *Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 31 (insb 52 ff); *Harrer*, wbl 2009, 328 (328 ff); *ders*, Personengesellschaft 444 ff; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 82 Rz 230 ff (Stand 01.12.2017); *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023 (1025); *Bauer*, GES 2008, 315 (316); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 403 f; außerdem wurden **Alternativmodelle** entwickelt: insb *Koppensteiner* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 13 (21 ff) iVm *Koppensteiner* in FS Roth 395 sowie *Kalss* in GS Arnold 37 (55 ff).
- 23 Zweifelnd auch *G. Nowotny*, GES 2020, 13 (15): „Wenn Sie mich heute fragen, ob ich die Entscheidung für dogmatisch richtig halte oder nicht, so muss ich sagen, ich weiß es nicht. Insbesondere angesichts der sich aus der Entscheidung ergebenden **Folgeprobleme**, die dem Senat bei der Entscheidungsfindung **sicher nicht in voller Tragweite bewusst** waren ..., würde ich mir heute allerdings die Voraussetzungen der in der Entscheidung gezogenen Analogie noch genauer überlegen, bevor ich sie bejahen würde.“
- 24 Vgl OGH 6 Ob 171/15p, GesRZ 2016, 281 (284) [„Die analoge Anwendung ... bedeutet, dass grundsätzlich jede Zuwendung der KG an ihre Gesellschafter – oder an die Gesellschafter der Komplementärgesellschaft –, die nicht Gewinnverwendung ist, verboten ist.“]; OGH 6 Ob 198/15h, NZ 2016, 413 [Analogie auch iZm Zuwendungen der KG an Gesellschafter der Komplementär-GmbH, die gleichzeitig Kommanditisten der KG sind; OGH betont subjektive Vorwerfbarkeit schon zu diesem Zeitpunkt]; OGH 6 Ob 161/17w, GesRZ 2018, 112 (114 f) [Abfindung durch alineare Gewinnausschüttungen oder Gläubigeraufruf „in analoger Anwendung des § 55 Abs 2 GmbHG“ zulässig]; weiters: OGH 6 Ob 204/16t, RWZ 2017, 344 [keine Anwendbarkeit auf stillen Gesellschafter]; OGH 6 Ob 128/17t, GesRZ 2018, 242 [Einlagenrückgewähr durch Verrechnung mit Gewinnanteil sanierbar]; OGH 6 Ob 5/18f, ecolex 2018, 837 [zu Vereinbarung über Einbringung quoad usum].
- 25 Vgl *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 82 Rz 68; *G. Nowotny*, GES 2020, 13 (16); *Aburumieh/Foglar-Deinhardstein*, GES 2019, 3 (3); *Bergmann/Schörghofer*, GES 2017, 20 (22).

§§ 82 f GmbHG auf die GmbH & Co KG analog anzuwenden sind, wird sohin im Folgenden **als Datum zu Grunde gelegt**.²⁶

Gleichwohl ist die Analogie **abzulehnen**. Der OGH begründet sie damit, dass der Gesetzgeber die GmbH & Co KG in den letzten Jahrzehnten in mehreren Gesetzen (§ 67 Abs 1 KO/IO, § 189 Abs 1 Z 1, § 221 Abs 5, § 244 Abs 3 UGB, § 22 Abs 2 URG, § 4 Z 3 EKEG) den Kapitalgesellschaften gleichgestellt habe.²⁷ Der Zweck dieser Gleichstellungen liege „zumindest auch, wenn nicht sogar vorrangig“ im Gläubigerschutz. Das Verbot der Einlagenrückgewähr diene dazu, „das Stammkapital als dauernden Grundstock der Gesellschaft und als einziges dem Zugriffe der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abzusichern.“²⁸ Da die Normzwecke sohin übereinstimmen würden, sei das Einlagenrückgewährverbot analog anzuwenden.²⁹

Der OGH geht sohin von einer **nachträglichen Gesetzeslücke** (Änderung der der Rechtsordnung immanenten Wertungen) aus.³⁰ Eine solche liegt aber nicht vor. Bei § 67 Abs 1 KO/IO, § 4 Z 3 EKEG, und § 22 Abs 2 URG handelt es sich um insolvenznahe Bestimmungen. Folglich lässt sich aus diesen kein allgemeiner Grundsatz ableiten, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften auch auf die GmbH & Co KG anzuwenden seien.³¹ Bleibt das Rechnungslegungsrecht. IdZ wurde schon bisher vertreten, dass dieses in erster Linie der Information interessierter Dritter, insb potentieller Gläubiger diene (Rechnungslegungspublizität).³² Indes hat der erkennende Senat „insbesondere“ auf Grund der „umfassenden Gleichstellungen“

26 So auch *Haberer/Zib in Zib/Dellinger*, UGB II (2016) § 161 Rz 159; *Eckert in U. Torggler*, UGB³ (2019) § 161 Rz 17; *Rüffler in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 99 (99) bzw *Rüffler/Aburumieh/Lind in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (72); Es wurden denn auch schon Überlegungen zum gewohnheitsrechtlichen Status der Rsp-Linie angestellt. Vgl *Harrer*, Entwicklungsstufen 21 ff.

27 Vgl zu den Tatbeständen im Detail *Karollus in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 31 (34 ff).

28 Vgl OGH 2 Ob 225/07p, GesRZ 2008, 310 (313).

29 Vgl OGH aaO.

30 Vgl *Haberer/Zib in Zib/Dellinger*, UGB II (2016) § 161 Rz 153.

31 Vgl *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 161 Rz 21 (Stand 01.10.2020); *Auer in Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 82 Rz 68; *Haberer/Zib in Zib/Dellinger*, UGB II (2016) § 161 Rz 47 und 153 [„Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist hingegen prinzipiell unabhängig von einer Insolvenz, mag der Schwerpunkt der Fälle, in denen es praktisch zu Gerichtsverfahren führte, auch in Insolvenzsituationen liegen.“]; *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (385) [„... kann lediglich die Wertung entnommen werden, dass ... in insolvenznahen Situationen Kapitalgesellschaften gleichgestellt sind.“]; *Stingl*, GesRZ 2008, 310 (315); *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (77); zum Vorschlag die Analogie auf Fälle der Insolvenz/Krise zu beschränken *Wenger*, RWZ 2005, 326 (329); *AA Harrer*, wbl 2009, 328 (331); *ders*, Personengesellschaft 446 ff.

32 Vgl *Koppensteiner in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 13 (16); *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (341); weiters *Kalss/Eckert/Schörghofer* aaO [Rechnungslegung neben Informationsfunktion (schon) auch kapitalerhaltende Funktion; auch Informationsfunktion für sich alleine vermag aber die besonderen Rechnungslegungsbestimmungen für Kapitalgesellschaften zu rechtfertigen; Vorsichtsgrundsatz und imparitätisches Realisationsprinzip außerdem auch auf gesetzestypische KG anzuwenden].

in diesem Bereich auf eine Lücke geschlossen.³³ Nur: Mit dem RÄG 2014³⁴ wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich klargestellt, dass die GmbH & Co KG keine gebundenen Rücklagen bilden muss.³⁵ Die auf Kapitalgesellschaften anzuwendenden Regeln sollen für die GmbH & Co KG also nicht gelten. § 221 Abs 5 UGB bezieht sich idgF nur (noch) auf § 229 Abs 1 – 3 UGB.³⁶ Der OGH ist dem nicht gefolgt. Ein Abgehen von der mit der E 2 Ob 225/07p begonnenen Rsp hätte eines deutlicheren Signals des Gesetzgebers bedurft.³⁷ Das überzeugt nicht. Denn gebundene Rücklagen betreffen gerade die Kapitalerhaltung im engeren Sinn.³⁸ Außerdem hat der Gesetzgeber zum BRÄG 2013³⁹ (sohin einige Jahre nach der Entscheidung 2 Ob 225/07p) ausgeführt, dass die GmbH & Co KG im Vergleich zur GmbH „flexiblere Entnahmemöglichkeiten“ biete.⁴⁰

Mitunter wird ausgeführt, Grundlage der E sei (auch?) das vom gesetzlichen Modell abweichende Haftungsregime der GmbH & Co KG ohne unbeschränkt haftende natürliche Person. Dieses habe größere Ähnlichkeiten mit den Kapitalgesellschaften als mit den Personengesellschaften. Das Haftungsmodell des UGB passe auf derartige Konstrukte nicht. Folglich seien die Kapitalerhaltungsregeln anzuwenden.⁴¹ Indes ist dieses Argument der anfänglichen Lücke schon nicht Teil der Begründung von 2 Ob 225/07p. Vielmehr wird idZ angeführt, dass „einige der von den Befürwortern der Analogie ... vorgebrachten Argumente“ nicht überzeugen würden. Das wird sogar von Befürwortern der Analogie anerkannt.⁴²

Ganz unabhängig davon trägt das Argument nicht. Es liegt (auch) keine anfängliche Lücke vor. Denn ein natürlicher Komplementär ist für die Gläubiger nicht zwingend vorteilhafter als eine GmbH. Vorschriften über eine Mindestbonität existieren nicht.⁴³ Mithin kann es sich auch beim natürlichen Komplementär um einen „Habenichts“ handeln. Dass sein Schicksal untrennbar mit dem des Unternehmens verknüpft ist, spielt dann keine Rolle (mehr).⁴⁴ Folglich ist schon des-

33 Vgl G. Nowotny in U. Torggler, Rechtsfortbildung [Diskussionsbericht] 115 (117).

34 Rechnungslegungs-Änderungsgesetz 2014 (RÄG 2014), BGBl I 2015/22.

35 Vgl ErlRV 367 BlgNR 25. GP 9: „Mit dem AktRÄG 2009, BGBl. I Nr. 71/2009, wurden die Abs. 4 bis 7 über gebundene Rücklagen aus dem AktG übernommen, ohne dass in § 221 klargestellt wurde, dass diese Bestimmungen wie bis zur Änderung nicht für kapitalistische Personengesellschaften anzuwenden sind.“ Vgl auch *Dokalik*, RÄG 56 und *Hofians/Ressler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II³ § 229 Rz 32 (Stand 01.12.2018).

36 Vgl zum Ganzen *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (340 ff); auch *Haberer/Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB II (2016) § 161 Rz 154; AA C. Nowotny in FS Hügel 283 (283) Fn 2.

37 Vgl OGH 6 Ob 198/15h, NZ 2016, 413 (416).

38 Vgl nur *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (342).

39 Berufsrechts-Änderungsgesetz 2013 (BRÄG 2013), BGBl I 2013/159.

40 Vgl ErlRV 2378 BlgNR 24. GP 1.

41 Vgl G. Kodek in U. Torggler, Rechtsfortbildung [Diskussionsbericht] 115 (117).

42 Vgl *Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 31 (55 f) [OGH habe sich dadurch „selbst das Leben schwer gemacht“].

43 Vgl *Koppensteiner* in FS Roth 395 (398); weiters *Grunewald* in K. Schmidt/Ebke, MünchKommHGB III⁴ (2019) § 161 Rz 6.

44 Vgl *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 82 Rz 67.

1. Einleitung

halb nicht gesagt, dass er Vermögensabflüssen notwendigerweise widersprechen muss. Eine „unterschiedliche Motivationslage“ von natürlicher und juristischer Person ist also keineswegs gewiss.⁴⁵ Vor allem aber kennt die GmbH & Co KG kein Mindestkapital.⁴⁶ Eine Kapitalaufbringungsverpflichtung wird offenbar selbst vom OGH abgelehnt.⁴⁷ Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sind indes nur „zwei Seiten derselben Medaille“.⁴⁸ Bzw genauer: Kapitalaufbringung ist logische Voraussetzung von Kapitalerhaltung. Die isolierte Anwendung der §§ 82 f GmbHG ist damit aber noch weniger sachgerecht.⁴⁹

45 Vgl *Koppensteiner* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 13 (17 f); Im Übrigen hat die Rsp schon 1906 (unmittelbar nach Inkrafttreten des GmbHG) die GmbH & Co KG anerkannt. Vgl dazu *Haberer/Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB II (2016) § 161 Rz 152 und 45.

46 Vgl *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 82 Rz 68 mwN; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB³ (2019) § 161 Rz 31; *Haberer/Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB II (2016) § 161 Rz 137; weiters *Jabornegg/Artmann* in *Artmann*, UGB I³ (2019) § 161 Rz 34 bzw *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 83 (84 ff) und auch schon *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 (328).

47 Vgl OGH 6 Ob 5/18f, ecolex 2018, 837 und *Aburumieh/Foglar-Deinhardstein*, GES 2019, 3 (6); auch OGH 6 Ob 198/15h, NZ 2016, 413 (417).

48 Vgl *Auer*, Gläubigerschutz 119 und 123; *ders.*, ÖZK 2019, 159 (161) Fn 17; weiters *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3.

49 Vgl *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 161 Rz 21 (01.10.2020); *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 82 Rz 68.

2. Realteilung

2.1. Begriff und Einordnung der Realteilung

2.1.1. Ausgangspunkt: Trennung von Steuerrecht und Zivil- bzw Unternehmensrecht

Im Unternehmens- bzw Gesellschaftsrecht ist die Realteilung als „Übertragungsvorgang von organisatorischen Sachgesamtheiten“ nicht geregelt.⁵⁰ Im UGB findet sich der Begriff „Realteilung“ nur sehr vereinzelt im Rahmen der Rechnungslegungsvorschriften des Dritten Buches.⁵¹ Der Realteilungsbegriff des ABGB hilft in Bezug auf die Umstrukturierung von Personengesellschaften nicht weiter.⁵² Eine gesetzliche Definition liefert lediglich das (Umgründungs-) Steuerrecht. In Österreich besteht im Gegensatz zur deutschen Rechtslage zwar ein Umgründungssteuergesetz, jedoch kein Umgründungsgesetz.

Dies wurde zu Recht bereits als „Unwillen“ bzw „Unfähigkeit“ der Legislative kritisiert.⁵³ Die Realteilung ist ohne Zweifel auch gesellschaftsrechtlich relevant.⁵⁴ Da jedoch einschlägige Spezialbestimmungen fehlen, kommen abseits der steuerrechtlichen Zusammenhänge die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen zur Anwendung.⁵⁵ Daraus folgt, dass stets zwischen zivil- und steuerrechtlichem Verständnis der Realteilung **unterschieden** werden muss.⁵⁶

2.1.2. Steuerrechtliches Verständnis

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Steuerrechts bildet die Realteilung einen Tauschvorgang. An den Gesellschafter wird Vermögen übertragen. Im Gegenzug gibt dieser seine Gesellschafterrechte auf. Der Tausch ist als Veräußerung einzuordnen und führt sohin grds zu einer Gewinnrealisierung.⁵⁷ Sind indes die Voraus-

50 Vgl V. Appl in *Bergmann/Ratka*, HB Personengesellschaften² Rz 8/7; *Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG⁵ § 27 Rz 2 und 8 (Stand 01.07.2015); *Brauner/Steinmaurer in Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen B (17. Lfg 2018) Art V Einführung Rz 3 f; *Walter*, Umgründungssteuerrecht¹² Rz 696; Im UGB findet sich der Begriff „Realteilung“ nur sehr vereinzelt im Rahmen der Rechnungslegungsvorschriften des Dritten Buches. Vgl §§ 202 Abs 2 und 221 Abs 4.

51 Vgl §§ 202 Abs 2 und 221 Abs 4 UGB.

52 Vgl §§ 841 ff ABGB.

53 Dazu *Harrer*, Personengesellschaft 323 f.

54 Vgl *Harrer* aaO.

55 Vgl V. Appl in *Bergmann/Ratka*, HB Personengesellschaften² Rz 8/7.

56 In der Literatur wird darauf mitunter nicht deutlich genug hingewiesen. Realteilungen iSd § 202 Abs 2 UGB können so etwa unabhängig von der Anwendbarkeit des UmgrStG vorliegen. Vgl *Grünwald/C. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen D (18. Lfg 2018) Art V Rz 8 ff und insb 12; Da in der Praxis die Begünstigungen des UmgrStG (wohl meist) in Anspruch genommen werden sollen, wird allerdings häufig sowohl unternehmens- als auch steuerrechtlich eine Realteilung vorliegen.

57 Vgl *Brauner/Steinmaurer in Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen B (17. Lfg 2018) Art V Einführung Rz 2; *Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG⁵ § 27 Rz 7 und 11 (Stand 01.07.2015); V. Appl in *Bergmann/Ratka*, HB Personengesellschaften² Rz 8/29.

2. Realteilung

setzungen des UmgrStG erfüllt, kann die Umgründung ohne ertragssteuerliche Erfassung der stillen Reserven durchgeführt werden.⁵⁸ Gem § 24 Abs 7 EStG ist ein Veräußerungsgewinn nicht zu ermitteln, soweit das UmgrStG eine Buchwertfortführung vorsieht.⁵⁹ Dadurch kann vermieden werden, dass eine wirtschaftlich nicht mehr sinnvolle Mitunternehmerschaft nur aus steuerlichen Gründen aufrechterhalten wird.⁶⁰

Gem § 27 Abs 1 UmgrStG liegt eine Realteilung vor, „wenn Vermögen ... von Personengesellschaften auf Grundlage eines schriftlichen Teilungsvertrages (Gesellschaftsvertrages) und einer Teilungsbilanz zum Ausgleich untergehender Gesellschafterrechte ohne oder ohne wesentliche Ausgleichszahlung ... tatsächlich auf Nachfolgeunternehmer übertragen wird, denen das Vermögen zur Gänze oder teilweise zuzurechnen war.“⁶¹ Sie ist damit der einem Zusammenschluss entgegengesetzte Vorgang.⁶²

Nach dem weiteren Schicksal der übertragenden Personengesellschaft⁶³ können verschiedene Formen der Realteilung unterschieden werden. Bei der (Real-) **Aufteilung** wird das gesamte Vermögen der übertragenden Personengesellschaft auf Nachfolgeunternehmer aufgeteilt. Die teilende Personengesellschaft geht unter.⁶⁴ Bei der (Real-) **Abteilung** wird hingegen nur ein Teil des Vermögens übertragen. Im Gegenzug erfolgt eine Verminderung des Gesellschafterbestandes oder des Anteils einzelner Gesellschafter. Die übertragende Personengesellschaft bleibt jedoch bestehen.⁶⁵ Steuerrechtlich fällt darüber hinaus auch die wechselseitige Änderung der Beteiligungsverhältnisse von an mehreren Mitunternehmerschaften beteiligten Gesellschaftern unter den Begriff der Realteilung.⁶⁶

58 Vgl Brauner/Steinmaurer aaO; V. Appl aaO.

59 Vgl Walter, Umgründungssteuerrecht¹² Rz 677; Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG⁵ § 27 Rz 10 (Stand 01.07.2015).

60 Vgl Brauner/Steinmaurer aaO.

61 Vgl zu den Tatbestandsmerkmalen im Einzelnen Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG⁵ § 27 Rz 14 (Stand 01.07.2015).

62 Vgl Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG⁵ § 27 Rz 1 (Stand 01.07.2015); Grünwald/C. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen D (18. Lfg 2018) Art V Rz 7.

63 Nach § 27 Abs 4 UmgrStG sind Personengesellschaften solche, bei denen die Gesellschafter als Unternehmer (Mitunternehmer) anzusehen sind.

64 Vgl Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG⁵ § 27 Rz 6 (Stand 01.07.2015); Walter, Umgründungssteuerrecht¹² Rz 682; Hübner-Schwarzinger, UmgrStG² 46.

65 Vgl Walter, Umgründungssteuerrecht¹² Rz 683; Hübner-Schwarzinger aaO; Huber aaO.

66 Vgl Brauner/Steinmaurer in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen B (17. Lfg 2018) Art V Einführung Rz 4; Huber aaO; auch Grünwald/C. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen D (18. Lfg 2018) Art V Rz 1; Nach den Beteiligungsverhältnissen an der übertragenden Personengesellschaft und den Nachfolgeunternehmen kann weiters zwischen verhältnismäßig und nichtverhältnismäßig (entflechtenden) Realteilungen unterschieden werden. Vgl Huber aaO; Hübner-Schwarzinger, UmgrStG² 50.

Privilegiert übertragbar iSd Art V UmgrStG sind (nur) Betriebe, Teilbetriebe oder Mitunternehmeranteile.⁶⁷ Das übertragene realteilungsfähige Vermögen muss gem § 27 Abs 1 UmgrStG für sich allein einen positiven Verkehrswert aufweisen.⁶⁸ Weiters ist die Realteilung von entgeltlichen Vorgängen abzugrenzen.⁶⁹ Der Verzicht auf Gesellschafterrechte ist grds die einzig zulässige Gegenleistung.⁷⁰ Die Realteilung muss „ohne oder ohne wesentliche Ausgleichszahlung“ erfolgen. Sollen die Begünstigungen des UmgrStG in Anspruch genommen werden, ist eine solche nur bis zu einem Drittel des Wertes des empfangenen Vermögens möglich.⁷¹

Konzeptionell sind Ausgleichszahlungen indes keine Gegenleistung für untergehende Gesellschafterrechte.⁷² Sie dienen vielmehr der Vermeidung von Vermögensverschiebungen. Der Verkehrswert des übertragenen Vermögens wird fast nie dem Verkehrswert der aufgegebenen Gesellschaftsrechte (des aufgegebenen Mitunternehmeranteiles) entsprechen.⁷³ Übersteigt etwa der Wert der Beteiligung des (ausscheidenden) Gesellschafters den Wert des an ihn übertragenen Vermögens, kann von der Gesellschaft eine Ausgleichszahlung geleistet werden. Umgekehrt kann eine Ausgleichszahlung an die Gesellschaft erfolgen, wenn das übertragene Vermögen einen höheren Wert aufweist, als die Beteiligung des Gesellschafters.⁷⁴

Der Vermögensempfänger ist „Nachfolgeunternehmer“ iSd §§ 27 Abs 1, 30 UmgrStG und führt den übertragenen Teil des Unternehmens fort. Daraus ergibt sich, dass eine Realteilung nicht vorliegt, wenn der empfangende (Ex-) Gesellschafter seine unternehmerische Tätigkeit beendet.⁷⁵ § 30 Abs 1 Z 3 UmgrStG enthält für den Fall der Buchwertteilung eine materiell-steuerrechtliche Gesamtrechtsnachfolge-Fiktion. Der Nachfolgeunternehmer tritt in die bilanzsteuerlichen Rechte und Pflichten der übertragenden Personengesellschaft ein. Er ist für die Zwecke der Gewinnermittlung so zu behandeln, als ob er Gesamtrechtsnachfolger wäre.⁷⁶

67 Vgl dazu im Detail *Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG⁵ § 27 Rz 2 und 8 (Stand 01.07.2015); *Walter*, Umgründungssteuerrecht¹² Rz 701 ff; zum Begriff des Betriebes bzw des Teilbetriebes *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 146 f.

68 Vgl *Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG⁵ § 27 Rz 61 (Stand 01.07.2015); *Walter*, Umgründungssteuerrecht¹² Rz 714.

69 Vgl *Hübner-Schwarzinger*, UmgrStG² 49.

70 Vgl *Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG⁵ § 27 Rz 24 (Stand 01.07.2015).

71 Vgl § 29 Abs 2 UmgrStG.

72 Vgl *Harrer*, Personengesellschaft 326 (Fn 129).

73 Vgl *Walter*, Umgründungssteuerrecht¹² Rz 730.

74 Vgl *Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG⁵ § 29 Rz 62 (Stand 01.07.2015).

75 Vgl dazu die Fallbeispiele samt Erläuterungen in *Harrer*, Personengesellschaft 324 f.

76 Vgl *Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG⁵ § 30 Rz 14 (Stand 01.07.2015); *Brauner/Steinmaurer in Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen B (17. Lfg 2018) Art V § 30 Rz 10 und 15.

2.1.3. Unternehmensrechtliches Verständnis

Unternehmensrechtlich ist die Realteilung eine „nach Auflösung einer Personengesellschaft bzw nach dem Ausscheiden von Gesellschaftern aus einer solchen Gesellschaft erfolgende besondere Form der Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern“. ⁷⁷ Nach dem Konzept des UGB hat die Auflösung von Personengesellschaften die Liquidation des Gesellschaftsvermögens zur Folge. Dieses wird durch Umsetzung in Geld verwertet und ein etwaiger Liquidationsüberschuss auf die Gesellschafter verteilt. Entsprechendes gilt für das Gesellschafterausscheiden als „partielle Auseinandersetzung“. Da der Ausscheidende so gestellt werden soll, wie er bei erfolgter Abwicklung stünde, ist er grds ebenso in Geld abzufinden. ⁷⁸

Bei der Realteilung sollen die Gesellschafter indes Vermögensbestandteile der Gesellschaft in Anrechnung auf ihren Auseinandersetzungsanspruch übernehmen bzw mit überwiegend nicht in Geld bestehenden Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens abgefunden werden. In beiden Fällen geht es also um die direkte Zuweisung materieller und immaterieller Wirtschaftsgüter „in natura“. ⁷⁹ Von praktischer Bedeutung ist die Realteilung sohin immer dann, wenn der Gesellschafter kein Interesse an einer Geldabfindung hat, sondern der Gesellschaft zugeordnete Vermögenswerte unmittelbar übernehmen will. Rein praktisch setzt dies voraus, dass das Gesellschaftsvermögen aus mehreren faktisch trennbaren Teilbereichen besteht. ⁸⁰

Unter Bezugnahme auf die spaltungs- bzw steuerrechtliche ⁸¹ Terminologie kann auch unternehmensrechtlich zwischen (Real-) Aufteilung und (Real-) Abteilung unterschieden werden, je nachdem ob die übertragende Personengesellschaft fortbesteht oder nicht. ⁸² Bei einer Aufteilung liegt unternehmensrechtlich eine andere Art der Auseinandersetzung iSd § 145 Abs 1 UGB vor, namentlich eine Liquidation der Gesellschaft ohne Liquidation des Unternehmens. ⁸³ In Bezug auf die Abteilung ist grds § 137 Abs 2 UGB einschlägig. Die darin normierte Abfindung erfolgt aber nicht in Geld, sondern in Vermögenswerten der

77 Vgl Grünwald/C. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen D (18. Lfg 2018) Art V Rz 1.

78 Vgl Grünwald/C. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen D (18. Lfg 2018) Art V Rz 2; weiters §§ 145 ff UGB bzw § 137 Abs 2 UGB.

79 Vgl Grünwald/C. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen D (18. Lfg 2018) Art V Rz 3.

80 Vgl dazu Grünwald/C. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen D (18. Lfg 2018) Art V Rz 4 und zu den verschiedenen Anwendungsbereichen der Realteilung Rz 5.

81 Vgl dazu bereits den Text bei FN 63 f.

82 Vgl V. Appl in Bergmann/Ratka, HB Personengesellschaften² Rz 8/9; Grünwald/C. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen D (18. Lfg 2018) Art V Rz 3.

83 Vgl Grünwald/C. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen D (18. Lfg 2018) Art V Rz 15; V. Appl in Bergmann/Ratka, HB Personengesellschaften² Rz 8/18.