

Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft?

Herausgegeben von

**Eveline Artmann
Friedrich Rüffler
Ulrich Torggler**

HÜGEL SCHRITTESSER
Rechtsanwälte
2340 Mödling, Enzersdorfer Str. 4
Tel.: 02236 / 22 390

Wien 2011
Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Hanns F. Hügel

Vermögensbindung und Kapitalschutz bei Sachdividende und Realteilung der GmbH und GmbH & Co KG

- I. Praktische Bedeutung der GmbH & Co KG
- II. Ein fast alltäglicher Fall aus der Beratungspraxis
- III. Umgründungen von kapitalistischen Personengesellschaften nach der OGH-Entscheidung vom 29. 5. 2008
 - A. Kapitalschutz und Vermögensbindung
 - B. Realteilung als Sachentnahme nach KG-Recht
 - C. Vermögensbindung, Kapitalschutz und Sachausschüttung im GmbH-Recht
 - D. Analoge Anwendung des Spaltungsgesetzes?
- IV. Zur künftigen Praxis der Realteilung
- V. Resümee
- VI. Ergebnisse

I. Praktische Bedeutung der GmbH & Co KG

Wie manches im Gesellschaftsrecht¹⁾ ist auch die GmbH & Co KG das Produkt steuerrechtlich motivierter Kreativität. Früher führte die ungemilderte Doppelbesteuerung von Körperschafts-Gewinnen zu einem konfiskatorischen Ergebnis: Bei einem Gewinn vor Steuern ergaben rund 11 % Gewerbesteuer, 27,5 % Körperschaftsteuer bei Ausschüttung und bis zu 62 % Einkommensteuer auf die Dividende eine Gesamtsteuerbelastung von bis zu 75 %. Von einem Gewinn der Körperschaft vor Steuern von 100 verblieb dem Gesellschafter eine

¹⁾ Dies zeigt vor allem das Umgründungsrecht: So hat sich die Einbringung von Unternehmen und Beteiligungen im Steuerrecht entwickelt. Dazu *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 460 ff. Einbringungen sind ein fester Bestandteil der gesellschaftsrechtlichen Praxis in Österreich, auch wenn diese Umgrundungsform (noch) nicht gesellschaftsrechtlich normiert ist (anders etwa die Ausgliederung iSd § 123 Abs 3 dUmwG). Die Betriebsaufspaltung hatte ihren Grund ursprünglich (auch) in der Senkung der Gewerbesteuerbelastung. Hinzu kam die Haftungsabschottung des Besitzunternehmens von der Betriebs-GmbH. Der Gewinnabführungsvertrag (§ 238 AktG; § 291 Abs 1 dAktG) geht auf die steuerrechtliche Organschaftsjudikatur des Preußischen Oberverwaltungsgerichts sowie des Reichsfinanzhofs zurück. Eingehend *Schellmann* in *Bauer/Quantschnigg/Schellmann*, KStG 1988 § 9 Rz 1 ff (5. Lieferung Juni 1997).

Nettodividende von rund 25. Ein hoher, meist zu hoher Preis für die Haftungsbeschränkung der Kapitalgesellschaft.

Der Rest der Geschichte ist bekannt²): Der damals bestehende Vorteil der Einmal-Besteuerung der Gewinne einer Personengesellschaft wurde mit der Haftungsbeschränkung der Kapitalgesellschaft kombiniert. Steueroptimierend erhielt die unbeschränkt haftende Komplementär-GmbH keine Beteiligung am Vermögen und folglich auch keine Gewinnbeteiligung, sondern lediglich eine Haftungsprämie sowie einen Anspruch auf Aufwandsersatz. Der Gewinn der KG wurde ausschließlich den Kommanditisten zugewiesen. Waren diese natürliche Personen, unterlagen die Gewinne nur der Einkommensteuer.

Mit der Beseitigung der Doppelbesteuerung der Körperschafts-Gewinne im Zuge der Steuerreformen der Jahre 1986 und 1988 verlor die GmbH & Co KG an Attraktivität. Ist die GmbH die beliebteste Gesellschaftsform mit steigenden Zahlen, stagniert die Anzahl der GmbH & Co KG. Die Bedeutung des Personengesellschaftsrechts in der Beratungspraxis ist seit damals rückläufig. Die verbleibenden Familienunternehmen in der Rechtsform der GmbH & Co KG dürften den Weg in die Kapitalgesellschaft wegen der mit der Einbringung verbundenen Grunderwerbsteuerlasten oder wegen des (bedauerlichen) Fehlens eines Umwandlungstatbestandes mit Gesamtrechtsnachfolge³) scheuen. Manchmal ist auch der Wegfall des Ausgleichs der betrieblichen Verluste mit sonstigen Einkünften der Gesellschafter nachteilig.

Ganz anders die Situation in Deutschland: Hier werden zahlreiche Unternehmen des wirtschaftlich mächtigen Mittelstands in der Rechtsform der GmbH & Co KG betrieben. Die auch hier erfolgte Beseitigung der Doppelbesteuerung von Körperschafts-Gewinnen scheint daran nichts zu ändern. Auch dies dürfte seinen Grund indessen in steuerlichen Belastungen des Rechtsformwechsels haben.

In Österreich erlebte die GmbH & Co KG in den 90er Jahren infolge der restriktiven Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zu den Voraussetzungen der Organshaft⁴) eine beschränkte Renaissance. Wegen der in § 9 KStG aF⁵) unbestimmt definierten Eingliederungsvoraussetzungen war Rechtssicherheit über deren Erfüllung im konkreten Fall nur durch eine Einzelabsprache mit der Finanzverwaltung zu erzielen. Manche Konzerne wollten diesen Weg nicht gehen, sondern wandelten Tochtergesellschaften in GmbH & Co KG um, um auf rechtssicherer Basis die Verrechnung von Gewinnen und Verlusten von Mutter-

²) Zu Anerkennung und Entwicklung der GmbH & Co KG vgl. *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 381 ff.

³) Anders wiederum das dUmwG: Dieses lässt den Formwechsel von Personenhandelsgesellschaften in eine Kapitalgesellschaft oder eingetragene Genossenschaft mit Gesamtrechtsnachfolge zu (§§ 214 ff dUmwG).

⁴) *Schellmann* in *Bauer/Quantschnigg/Schellmann*, KStG § 9 Rz 72 ff (5. Lieferung, Juni 1997). Gemeint ist die Voraussetzung der wirtschaftlichen Eingliederung.

⁵) IdF vor dem SteuerreformG 2005 BGBl I 2004/57, mit dem die Gruppenbesteuerung eingeführt wurde.

und Tochtergesellschaft zu erreichen. Denn auch im Konzern wird das steuerliche Ergebnis einer GmbH & Co KG dem Kommanditisten zugerechnet und mit dessen (eigenem) steuerlichen Ergebnis verrechnet.

Mit der Einführung der Gruppenbesteuerung, die die Verrechnung von Gewinnen und Verlusten im Konzern in unkomplizierter Weise eröffnet, hat die GmbH & Co KG auch als „Organschafts-Ersatz“ an Bedeutung eingebüßt.

II. Ein fast alltäglicher Fall aus der Beratungspraxis

Probleme der Realteilung einer GmbH & Co KG möchte ich anhand eines Falles aus meiner Beratungspraxis schildern.

Die Geschichte spielt im Jahr 2005. Die Hauptrolle hatte eine Konzerngesellschaft in der Rechtsform einer GmbH & Co KG. Die Obergesellschaft – eine GmbH – hielt eine 100%ige Beteiligung an der Komplementär-GmbH und war einziger Kommanditist. Die Komplementär-GmbH war weder am Vermögen noch am Gewinn der KG beteiligt, in der Sprache der Praxis war sie ein reiner Arbeitsgesellschafter.

Der Konzern wollte die Anteile an der GmbH & Co KG veräußern. Ein Teilbetrieb der GmbH & Co KG sollte allerdings zurückbehalten werden. Dies erforderte die Abteilung des Teilbetriebs von der GmbH & Co KG. Im Falle einer GmbH wäre der Teilbetrieb durch Abspaltung zur Neugründung auf eine Schwester-GmbH oder durch Abspaltung zur Aufnahme direkt auf die Mutter-GmbH übertragen worden; danach wären die Anteile an der spaltenden GmbH verkauft worden.

Das SpaltG gilt bekanntlich nur für Kapitalgesellschaften. Der entsprechende Vorgang bei einer Personengesellschaft wird im Steuerrecht „Realteilung“ genannt. Er ist in Art V UmgrStG geregelt, ein weiteres Beispiel für den Einfluss des Steuerrechts auf die gesellschaftsrechtliche Praxis. Eine Realteilung liegt gem § 27 Abs 1 UmgrStG vor, wenn eine Personengesellschaft einen Betrieb, einen Teilbetrieb oder einen Mitunternehmeranteil auf Grundlage eines schriftlichen Teilungsvertrages auf einen Nachfolgeunternehmer überträgt⁶⁾. Wie bei allen Umgründungen muss es sich allerdings um einen Vorgang auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage⁷⁾, nicht um eine Veräußerung gegen Kaufpreis oder eine andere schuldrechtliche Gegenleistung handeln. In diesem Sinne verlangt § 27 Abs 1 UmgrStG, dass die Vermögensübertragung gegen „untergehende Gesellschafterrechte ohne oder ohne wesentliche Ausgleichszahlung“ erfolgt. Dieses Erfordernis ist bei Umgründungen stets erfüllt. Meist liegt überhaupt keine Gegenleistung vor. So ist dies bei der zuerst geschilderten Abspaltung von einer GmbH auf eine

⁶⁾ Weitere Voraussetzungen sind das Vorliegen einer Teilungsbilanz, das Fehlen wesentlicher Ausgleichszahlungen, die steuerliche Zurechnung des Vermögens zum Nachfolgeunternehmer sowie ein positiver Verkehrswert des übertragenen Vermögens.

⁷⁾ *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) passim; *Hügel* in *Hügel/Mühlechner/Hirschler*, UmgrStG (2000) Einleitung Rz 1 ff, 11 ff.

neue GmbH. Und so war es auch im Falle der Realteilung der GmbH & Co KG geplant: Der Teilbetrieb sollte auf eine Schwester-GmbH & Co KG derselben Obergesellschaft – ohne Gegenleistung – übertragen werden. Dieser Vorgang lässt sich rechtlich in zwei Übertragungen zerlegen: in eine Entnahme des Kommanditisten aus der GmbH & Co KG und eine anschließende Einlage in die Schwester-GmbH & Co KG. Der Kommanditist entnimmt aber keinen Geldbetrag, sondern den abzutrennenden Teilbetrieb. Der Vorgang ist eine Sachentnahme; diese kann als Gegenstück zur Sacheinlage betrachtet werden. Sacheinlagen und Sachentnahmen sind auch Gegenstand derselben Bewertungsregelung: Nach § 202 Abs 1 Satz 1 UGB sind sie mit dem beizulegenden Wert anzusetzen. Die Sachentnahme der abzutrennenden Beteiligung führt zu einer Minderung des Gesellschaftsvermögens der GmbH & Co KG. Wer nicht zu rechtsfortbildenden Höhenflügen neigt, sondern – wie die Beratungspraxis – gesicherte Rechtsgrundlagen schätzt, wird die Antwort auf dieses Gläubigerschutzproblem ganz einfach in § 172 Abs 3 UGB finden: Der Obergesellschaft wird durch die Sachentnahme ihre Einlage zurückgezahlt⁸⁾. Die Rückzahlung entspricht dem Verkehrswert des entnommenen Teilbetriebs. Dies führt zum Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten, wenn die in der KG verbliebene Einlage des Kommanditisten nach der Entnahme niedriger ist als der im Firmenbuch eingetragene Haftbetrag. Der Kommanditist haftet nach herrschender Ansicht nur bis zur Höhe des Haftbetrags, selbst wenn die Entnahme höher ist. Auf eine höhere persönliche Haftung des Kommanditisten kann nach dem Registerstand niemand vertrauen⁹⁾.

Bei der Einführung des UmgrStG im Jahr 1991 waren derartige Realteilungen, auch im Falle einer GmbH & Co KG, eine gesellschaftsrechtliche Routineangelegenheit. Die Zulässigkeit der Entnahme ist ausschließlich eine Frage des Innenverhältnisses. Grundsätzlich darf nur der Gewinn entnommen werden (§ 122 UGB). Wie alle Regelungen des Innenverhältnisses ist aber auch § 122 UGB dispositiv (§ 108 UGB). Bei Zustimmung aller Gesellschafter ist die Entnahme unabhängig vom Gewinnkonto zulässig und rechtmäßig. Sie ist den Gläubigern gegenüber – anders als eine kapitalgesellschaftsrechtlich verbotene Einlagenrückgewähr – nicht rechtswidrig; von der Nichtigkeit des Entnahmeverganges kann keine Rede sein. Gläubigerschutz wird durch die wieder auflebende Kommanditistenhaftung nach § 172 Abs 3 UGB verwirklicht.

Im Jahr 2004 hingegen war die „Rechtslage“ komplizierter: In meiner Begutachtung des geschilderten Praxisfalls musste ich darauf hinweisen, dass namhafte

⁸⁾ Koppensteiner in *Straube*, HGB I³ § 172 Rz 9: „Im Einzelnen kommen Geld- und Sachleistungen aller Art in Betracht...“. *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 72: „Die Realteilung ist gesellschaftsrechtlich nichts anders als ein Ausscheiden von Gesellschaftern gegen Leistung einer Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen. Der Gläubigerschutz bei der KG ist wieder allein auf der Haftung des ausscheidenden Kommanditisten gem § 171 iVm § 160 UGB aufgebaut.“

⁹⁾ Nachweise in FN 28.

Autoren, nämlich *Karollus*¹⁰⁾ und *Reich-Rohrwig*¹¹⁾, im Anschluss an die OGH-Entscheidung vom 24. 7. 1996, 8 Ob 2124/96b¹²⁾, für die analoge Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Verbots der Einlagenrückgewähr auf die GmbH & Co KG plädierten. Angesichts des erheblichen Wertes des abzutrennenden Teilbetriebs läge, sollten sich diese Lehrmeinungen durchsetzen, eine verbotene Einlagenrückgewähr vor, klärte ich den Mandanten auf¹³⁾). Die Folge könnte die Nichtigkeit des Realteilungsvorganges sein.

Nach der OGH-Entscheidung vom 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p¹⁴⁾, stellt sich die Frage, ob diese Befürchtung Realität geworden ist.

Meine Untersuchung dieser Frage legt die OGH-Entscheidung zunächst als Datum zugrunde. Ungeachtet dessen halte ich die Entscheidung für unzutreffend: Die gesetzliche Gleichstellung der GmbH & Co KG mit der GmbH in manchen (krisenbezogenen) Zusammenhängen liefert kein Argument für eine Gleichbehandlung in Sachen Vermögensbindung. Dazu müssten gerade im Rahmen des Gläubigerschutzes ein über die Kommanditistenhaftung gem §§ 171, 172 UGB hinausgehendes spezifisches Schutzbedürfnis und eine entsprechenden Gesetzeslücke nachgewiesen werden. Dies haben weder der OGH noch *Karollus* oder *Reich-Rohrwig*¹⁵⁾, auf die sich der OGH schwergewichtig beruft, unternommen. Tatsächlich scheidet die analoge Anwendung des § 82 GmbHG am Fehlen einer Gesetzeslücke. Gläubigerschutz durch Kommanditistenhaftung nach §§ 171, 172 UGB sowie das Eingreifen von § 82 GmbHG bei Aushöhlung des Vermögens der Komplementär-GmbH ist im Regelfall ausreichend. Da eine grundlegende

¹⁰⁾ Gedanken zum Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, FS Kropff (1997) 669; ders, Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, *ecolex* 1996, 860; jeweils auch unter Berufung auf *K. Schmidt*, Kapitalsicherung in der GmbH & Co KG: Schlussbilanz oder Zwischenbilanz einer Rechtsfortbildung? *GmbHR* 1989, 141, 143. Allerdings bleibt bei *K. Schmidt* – worauf *Karollus* (FS Kropff 676 FN 18) hinweist – offen, ob die Erstreckung des Verbots der Einlagenrückgewähr bzw. des § 30 dGmbHG auf die GmbH & Co KG noch ein Akt (zulässiger) Rechtsfortbildung oder eine rechtspolitische Forderung ist. In Deutschland wird die in FS Kropff von *Karollus* vertretene Ansicht, der (eingeschränkte) Kapitalschutz des § 30 dGmbHG sei auf die GmbH & Co KG anzuwenden, nicht geteilt: *Habersack* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG § 30 Rz 101 FN 279. Keine Erwähnung findet die These von der Anwendbarkeit des § 30 dGmbHG auf die GmbH & Co KG bei *Westermann* in *Scholz*, GmbHG¹⁰ § 30 Rz 57 ff und *Pentz* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁴ § 30 Rz 66 ff. Ablehnend zur (verwandten) These der Finanzierungsverantwortung des Nur-Kommanditisten hinsichtlich der KG: *Heidinger* in *Michalski*, GmbHG² § 30 Rz 69 f.

¹¹⁾ Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 401 ff, 406 ff.

¹²⁾ *GesRZ* 2008, 310 mit Anm *Stingl*.

¹³⁾ Die Probleme der Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf die Realteilung von GmbH & Co KGs wurden in aller Klarheit bereits bei *Szep*, *ecolex* 2001, 807 f aufgezeigt.

¹⁴⁾ *GesRZ* 2008, 310 = *ecolex* 2008, 918.

¹⁵⁾ Weder in FS Kropff noch in *ecolex* 1996, 862 begründet *Karollus*, warum Gläubigerschutz nach §§ 171, 172 UGB bei der GmbH & Co KG nicht ausreicht, das Lückenproblem wird nicht einmal erwähnt. Auch *Reich-Rohrwig* untersucht den Gläubigerschutz nach §§ 171, 172 UGB nicht (Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 401 ff).

Auseinandersetzung mit der OGH-Entscheidung nicht der mir gesetzten Themenstellung entspräche, verweise ich auf die Beweisführung in der eingehenden Untersuchung von *Kalss/Eckert/Schörghofer*¹⁶⁾ sowie auf die Tagungsbeiträge von *Hans-Georg Koppensteiner* und *Ulrich Torggler*. Die nachstehende Darstellung der Folgen der OGH-Entscheidung für die Realteilung von GmbH & Co KG wird weitere Einwände gegen die OGH-Entscheidung vom 29. 5. 2011 zu Tage fördern.

III. Umgründungen von kapitalistischen Personengesellschaften nach der OGH-Entscheidung vom 29. 5. 2008

A. Kapitalschutz und Vermögensbindung

Das Umgründungsrecht hat sich im Kapitalgesellschaftsrecht entwickelt¹⁷⁾. Während die modernen Umwandlungsgesetze Deutschlands und der Schweiz¹⁸⁾ alle Gesellschaftsformen erfassen, existiert in Österreich kein geschlossenes Gesellschaftsrecht der Umgründungen. Verschmelzung, übertragende Umwandlung und Spaltung sind als solche geregelt. Sonst existieren keine normierten Umgrundungstypen. Während etwa das deutsche Umwandlungsrecht auch die Ausgliederung mit Gesamtrechtsnachfolge (§ 123 Abs 3 dUmwG) sowie die Verschmelzung und Spaltung von Personengesellschaften (§ 3 Abs 1 Nr 1, §§ 39 ff, 124 Abs 1 iVm § 3 Abs 1 Nr 1 dUmwG) regelt, muss die österreichische Gestaltungspraxis derartige Umgründungsvorgänge als Sacheinlage mit Einzelrechtsnachfolge ausgestalten. Umgründungen von Personengesellschaften sind komplett unregelt. Anders das Umgründungssteuerrecht: Der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften entspricht der in Art IV UmgrStG geregelte Zusammenschluss zu Personengesellschaften. Die Realteilung – als Gegenstück zur Spaltung von Kapitalgesellschaften – ist, wie bereits erwähnt, Gegenstand des Art V UmgrStG.

Nicht als solche geregelte Umgründungen müssen den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben genügen. So darf etwa die Einbringung durch eine Kapitalgesellschaft nicht gegen die Vermögensbindung nach § 52 AktG und § 82 GmbHG verstoßen. Die ohne Gegenleistung erfolgende Einbringung in eine Schwestergesellschaft ist danach in aller Regel eine verbotene Einlagenruckgahr¹⁹⁾.

¹⁶⁾ GesRZ 2009, 65.

¹⁷⁾ Zur Historie des Umgründungsrechts: *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 33 ff 460 ff (zur Einbringungsjudikatur des Reichsfinanzhofs); *Flume* in *KolnKommUmwG Einl B Rz 9 ff*.

¹⁸⁾ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 03. 10. 2003 (Fusionsgesetz), Systematische Sammlung des Bundesrechts 221.411.1; vgl dazu etwa *Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker* (Hrsg), *Basler Kommentar Fusionsgesetz* (2005).

¹⁹⁾ *Hügel*, Umgründungsbilanzen (1997) Rz 4.61; weitere Fälle bei *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 216 ff.

Zusätzlich werfen Umgründungen häufig Fragen des Kapitalschutzes auf. Anders als bei § 52 AktG und § 82 GmbHG geht es hier nicht um die Bindung des gesamten Gesellschaftsvermögens, sondern um die Bindung nur eines Teils des Gesellschaftsvermögens, dessen Wert dem Betrag Nennkapitals zuzüglich gebundener Rücklagen entspricht. Der Kapitalschutz hat zwei Seiten: die Kapitalaufbringung und die Kapitalerhaltung.

Die Umgründung von Kapitalgesellschaften berührt in aller Regel die Kapitalaufbringung oder die Kapitalerhaltung. Kapitalaufbringungsfragen stellen sich bei Umgründungen, die mit der Neugründung eines Rechtsträgers oder einer Kapitalerhöhung verbunden sind. Das umgründungsbedingt übergehende Vermögen ist in diesen Fällen eine Sacheinlage, für welche die allgemeinen Vorschriften betreffend Ankündigung, Festsetzung in Gesellschaftsvertrag oder Kapitalerhebungsbeschluss, Prüfung und Berichterstattung, manchmal modifiziert durch umgründungsrechtliche Spezialregelungen, wie etwa § 223 AktG, § 6a Abs 2 und 3 GmbHG oder § 3 SpaltG, gelten. Kapitalerhaltung im Interesse des Gläubigerschutzes ist vor allem der Zweck jener Vorschriften, die Auszahlungen an die Gesellschafter regeln: also zunächst Rechnungslegung, die Vorschriften über den Jahresabschluss und die Gewinnverteilung. Sie bezwecken die Erhaltung eines Teils des Gesellschaftsvermögens als Haftungsfonds für (gegenwärtige und künftige) Gläubiger, der dem Betrag des Nennkapitals und allfälliger gebundener Rücklagen (§ 229 Abs 4–7 UGB) entspricht. Weiters stehen damit die Vorschriften über Kapitalherabsetzung und Liquidation in sachlichem Zusammenhang: Soll Nennkapital für Zwecke der Rückzahlung an die Gesellschafter herabgesetzt oder – im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft – zur Gänze zurückgezahlt werden, sind aktuelle Gläubiger vorweg zu befriedigen oder sicherzustellen.

Entgegen gängigem Sprachgebrauch, der insoweit nicht präzise differenziert²⁰⁾, ist von der Kapitalerhaltung die Vermögensbindung zu unterscheiden²¹⁾. Sie greift weiter. Sie bindet nicht nur einen Teil des Gesellschaftsvermögens, das dem gebundenen Kapital entspricht, sondern das gesamte Gesellschaftsvermögen. Rechtsgrundlage ist das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG, § 82 Abs 1 GmbHG), das nach ganz einhelliger Meinung nicht bloß die Einlagen (Nennkapital und gebundene Kapitalrücklage), sondern das gesamte Gesellschaftsvermögen umfasst²²⁾. Anders als die genannten Kapitalschutzregelungen verbietet die Vermögensbindung jede Minderung des Gesellschaftsvermögens, auch wenn sie durch ungebundenes Eigenkapital (Bilanzgewinn, ungebundene

²⁰⁾ Vgl stellvertretend für viele *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 52 Rz 12, wo im selben sachlichen Zusammenhang der Einlagenrückgewähr zuerst der Kapitalerhaltungsgrundsatz und danach – offenkundig synonym – die Vermögensbindung genannt werden.

²¹⁾ Gleicher Vorschlag zur Terminologie bei *Bayer* in *MünchKomm AktG*³ § 57 Rz 10.

²²⁾ Für Österreich grundlegend: OGH 25.6.1996 JBl 1997, 108 mit Anm *Hügel*; danach OGH 1.12.2005 JBl 2006, 388 mit Anm *Artmann*; OGH 29.9.2010 wbl 2011, 162 = GES 2010, 217; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 52 Rz 1; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/407.

Gewinn- oder Kapitalrücklagen, Gewinnvortrag) gedeckt wäre und folglich im Rahmen der Gewinnverteilung, die nur an die Grenze der Kapitalerhaltung stößt, bewirkt werden könnte. Im Ergebnis verhindert die Vermögensbindung somit die verfahrensfreie – nämlich außerhalb der regulären Gewinnverteilung erfolgende – Minderung des Gesellschaftsvermögens. Darauf ist noch zurückzukommen.

Die Unterscheidung zwischen Vermögensbindung einerseits und Kapitalschutz andererseits ist wichtig, weil die OGH-Entscheidung vom 29. 5. 2008 nur Aussagen zur analogen Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr enthält. Dies betrifft die Vermögensbindung. Offen ist, ob die OGH-Entscheidung – etwa wegen eines untrennbaren Zusammenhanges von kapitalgesellschaftsrechtlicher Vermögensbindung und Kapitalschutz – auch zur analogen Anwendung der Kapitalschutzregelungen zwingt.

Fragen der Kapitalaufbringung behandle ich nicht, weil sie Gegenstand eines anderen Beitrags sind. Umgründungen von GmbH & Co KG dürften zudem keine Fragen der Kapitalaufbringung aufwerfen, die sich nicht auch außerhalb von Umgründungen, bei gewöhnlichen Sacheinlagen in eine GmbH & Co KG, stellen.

Ob bei Übertragung des Vermögens einer GmbH & Co KG auf eine GmbH durch Sacheinlage (Einbringung) oder Anwachsung gem § 142 UGB, das „Verbot des kapitalherabsetzenden Effekts“ entsprechend der OGH-Entscheidung vom 11.11.1999²³⁾ zu beachten ist, wird hier nicht erörtert²⁴⁾, weil dieses Verbot mE bereits im Ausgangsfall – bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – abzulehnen ist²⁵⁾.

Somit beschränke ich mich auf Fragen der Vermögensbindung und der Kapitalerhaltung bei der Realteilung. Die Problemlage wird durch mein Einleitungsbeispiel skizziert.

B. Realteilung als Sachentnahme nach KG-Recht

Das Zweite Buch des UGB kennt keine zwingenden Entnahmeverbote. Entnahmen sind lediglich im Interesse der Gesellschafter unzulässig, wenn sie zur Minderung der gesellschaftsvertraglich versprochenen Gesellschafterbeiträge führen würden. Doch dass diese entgegen dem Gesellschaftsvertrag oder der Einlagevereinbarung nicht entnommen werden dürfen, ist eine nicht regelungsbedürftige Selbstverständlichkeit. Das UGB regelt die Kehrseite, das Recht der Gesellschafter, Gesellschaftsvermögen, das über den Betrag der Einlagen hinausgeht, entnehmen zu dürfen. Das über die Gesellschaftereinlagen, über das „Kapital“, hinausgehende Vermögen ist per definitionem der „Gewinn“. In diesem Sinne bestimmt § 122 Abs 1 Satz 1 UGB, dass jeder Gesellschafter Anspruch auf

²³⁾ SZ 72/172 = GesRZ 2000, 25.

²⁴⁾ Vgl aber dazu *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384, 386 ff.

²⁵⁾ Im Einzelnen *Hügel*, Kapital entsperrende und Gewinn realisierende Verschmelzungen – Zur Bilanzierung und Bindung von Verschmelzungsdifferenzbeträgen – FS Maier-Reimer (2010) 265.

Auszahlung seines Gewinnanteils hat. Würde mehr ausbezahlt, käme es zu einer Rückzahlung der Gesellschaftereinlagen – des „Kapitals“.

Im Kapitalgesellschaftsrecht ist diese Unterscheidung zwischen Kapital und Gewinn zwingend – und zwar zum Schutze der Gläubiger. Im Recht der Personengesellschaft können die Gesellschafter hingegen einvernehmlich von der Bindung der Einlagen absehen. Da der gesamte Zweite Titel des Zweiten Buchs, der das Innenverhältnis der Gesellschafter regelt, gem § 108 UGB dispositive Vorschriften enthält, gilt dies auch für § 122 Abs 1 Satz 2 UGB, wonach der Gewinnauszahlungsanspruch nicht geltend gemacht werden kann, soweit die Auszahlung zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht. Zweck der Vorschrift ist somit der Vermögensschutz im Interesse der Gesellschafter und des Unternehmens, nicht Gläubigerschutz im Außenverhältnis. Schon daran muss meines Erachtens der allzu wohlmeinende Versuch von *Susanne Kals*²⁶⁾, die OGH-Meinung unter Verwertung des Rechtsgedankens des § 122 Abs 1 Satz 2 UGB zu retten, scheitern. Abgesehen davon, dass § 122 Abs 1 Satz 2 UGB nur die ausnahmsweise Bindung von Gewinnbeträgen, nicht aber die Bindung des gesamten Gesellschaftsvermögens regelt und nicht jede Auszahlung aus einer GmbH & Co KG „zum offenbaren Schaden“ der Gesellschaft gereicht, ist die zwingende Bindung von Gesellschaftsvermögen oder Kapital zum Schutze der Gläubiger dem Zweiten Buch des UGB schon im Grundsatz fremd. Sind die Gesellschafter einig oder existiert – wie in unserem Realteilungsfall – nur ein sowohl an der Komplementär-GmbH als auch an der KG als Kommanditist beteiligter Gesellschafter, sind Entnahmen ohne weiteres zulässig. Überschreiten diese den Jahresgewinn, führt dies nur zum Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs 3 Satz 2 UGB.²⁷⁾

Dies ist auch die simple sich aus dem Gesetz ergebende Rechtsfolge der eingangs beschriebenen Realteilung, bei der der Wert des abzutrennenden Teilbetriebs weit höher ist als der Gewinnanspruch des Kommanditisten. Die Realteilung ist nach den Regelungen des Innenverhältnisses zulässig. Im Außenverhältnis führt sie zum Wiederaufleben der Haftung gegenüber den Gläubigern, dies aber begrenzt mit der Höhe des im Firmenbuch eingetragenen Haftungsbetrags, selbst wenn der Wert des Teilbetriebs – und damit der Wertabfluss aus dem Gesellschaftsvermögen – weit höher ist²⁸⁾.

Nimmt man den OGH ernst – und angesichts drohender Haftungsfolgen dürften sich Firmenbuchgericht und Beratungspraxis bis zu einer allfälligen Korrektur der neuen Judikatur keine Alternativen bieten – ist die „formlose Sachentnahme“ im Wege einer Realteilung eine verbotene Einlagenrückgewähr.

²⁶⁾ Kapitalschutzregelungen der GmbH & Co KG, FS Arnold (2011) 77, 93 ff.

²⁷⁾ So im Kontext der Realteilung *Grünwald* in *Helbich/Wiesner/Bruckner* (Hrsg), Handbuch der Umgründungen Art V Realteilung – Unternehmensrecht Rz 28.

²⁸⁾ So zutreffend *Harrer*, wbl 2009, 332 und *Kalss* in FS Arnold 96 jeweils mwN. Abweichend für das Wiederaufleben der Haftung in Höhe des entnommenen Wertes, somit auch über den Haftbetrag hinausgehend: *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 395 f; *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 78; wohl auch *Kalss* in FS Arnold 90 f jedenfalls für die GmbH und Co KG: „Konsequent fortgedacht greift dieses Verbot der Ausschüttung nicht nur für Vermögen innerhalb des Rahmens der Haftsumme, sondern für die gesamte Einlagenleistung des Kommanditisten“.

Anders als Rechtsgeschäfte, die immerhin eine (wenn auch unangemessene) Gegenleistung vorsehen, liegt nicht nur eine verdeckte Gewinnausschüttung, sondern eine offene Verletzung des Ruckgewahrverbots vor, weil die GmbH & Co KG keinerlei Gegenleistung erhält. Nach der OGH-Entscheidung vom 29. 5. 2008 gleicht die Realteilung einer GmbH & Co KG dem Griff des GmbH-Gesellschafters in die Gesellschaftskasse. Realteilungsvertrage, die – entsprechend der bisherigen Gestaltungspraxis – ohne Einhaltung kapitalgesellschaftsrechtlicher Schutzinstrumente abgeschlossen wurden, müssten nach der herrschenden Ansicht zu § 82 GmbH nichtig sein²⁹⁾. Die überzeugende Gegenmeinung von *Friedrich Rüffler*³⁰⁾, wonach an die Stelle der Nichtigkeitssfolge ein Wertersatzanspruch der Gesellschaft bei Aufrechterhaltung der Gültigkeit des Geschäftes tritt, kann mE nicht für Realteilungsvorgänge und sonstige Fälle offener Entnahmen gelten. Denn es ist jedenfalls unstrittig, dass Kenntnis des Vertragspartners um den Verbotsversto zu Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht fuhrt³¹⁾. Im übrigen meine ich, dass *Rüfflers* These ihre Berechtigung vor allem bei verdeckten Verbotsverstoen, bei der verdeckten Gewinnausschüttung infolge unangemessener Gegenleistung, Berechtigung zukommt. Bei offenen Verstößen gegen § 82 GmbHG kommt dies nicht in Betracht: Der GmbH-Gesellschafter, der ein Gemälde der GmbH an sich nimmt, um es an einen Dritten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu veräußern, hat durch die faktische Entnahme kein Eigentum erworben. Gleiches gilt, wenn er mit „seiner“ GmbH einen Entnahme- oder Realteilungsvertrag abschließt. Ich kann an dieser Stelle die Bemerkung nicht unterdrücken, dass die neue Ansicht – mit der gefährlichen Rückwirkung von OGH-Entscheidungen – alle in der Vergangenheit durchgeführten Realteilungen in die Nähe von Diebstahl- und Untreuetatbestanden gerückt hat.³²⁾ Wer dies für übertrieben hält, lese in der OGH-Entscheidung vom 29. 5. 2008 nach. Dort hat der OGH nicht dem begünstigten Gesellschafter, sondern einem Dritten, der beklagten Bank, vorgehalten, die verbotene Einlagenrückgewähr hätte sich ihr geradezu aufdrängen müssen, ihre Unkenntnis beruhe demnach auf grober Fahrlässigkeit. Mit anderen Worten: Die Bank hätte bei Empfang der Zahlungen der GmbH & Co KG auf das Kreditkonto des Gesellschafters voraussehen müssen, dass der OGH die GmbH & Co KG als GmbH behandeln wurde³³⁾. Wie das Gemälde-Beispiel

²⁹⁾ Umfassende Darstellung von Literatur und Judikatur sowie kritische Stellungnahme bei *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 133 ff.

³⁰⁾ GesRZ 1999, 90; dazu auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 19.

³¹⁾ Nachweise bei *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 19.

³²⁾ So auch *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 79.

³³⁾ Muss man es dem OGH einerseits bis zu einem gewissen Grade nachsehen, dass er den Literaturmeinungen gewichtiger Autoren im Rahmen einer umfassenden Würdigung des Schrifttums zur analogen Anwendung des § 82 GmbHG folgte, so ist andererseits der Vorwurf des OGH, die Nichtberücksichtigung der Analogie durch die beklagte Bank beruhe auf grober Fahrlässigkeit, unhaltbar. Dies zeigt gerade auch die Feststellung des OGH in derselben Entscheidung, „zur Frage der analogen Anwendung dieser Bestimmung (ie § 82 Abs 1 GmbHG) auf eine GmbH & Co KG (liegt) eine eindeutige Rsp des OGH nicht vor“. Die Frage war auch in der Lehre höchst umstritten, wie die penible Wiedergabe der Literaturmeinungen durch den OGH deutlich zeigt. Der Vorwurf der

verdeutlicht, steht die Fortsetzung der formlosen Realteilungspraxis sogar unter strafrechtlichem Untreueverdacht, denn nach der Breitenwirkung der OGH-Entscheidung, über die auch in der Tagespresse berichtet wurde, liegt die Annahme eines wissentlichen Missbrauchs der Vertretungsmacht zum Nachteil der GmbH & Co KG doch vergleichsweise nahe. Ob wenigstens hier das strafrechtliche Analogieverbot für Ordnung sorgen kann, bleibt dahingestellt.

C. Vermögensbindung, Kapitalschutz und Sachausschüttung im GmbH-Recht

Wie könnten die Geschäftsführer der GmbH & Co KG Realteilungen ohne Missbrauch ihrer Vertretungsmacht durchführen? Auch in diesem Zusammenhang ist ein Blick in das Kapitalgesellschaftsrecht hilfreich. Er zeigt, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht eine isolierte Regelung des AktG oder GmbHG ist, sondern in das System des kapitalgesellschaftsrechtlichen Vermögens- und Kapitalschutzes eingebunden ist. Nimmt man die analoge Anwendung der Vermögensbindung auf die GmbH & Co KG im Sinne der OGH-Entscheidung vom 29. 5. 2008 ernst, so könnte es möglicherweise nicht bei dieser Analogie bleiben; vielmehr könnte sich zeigen, dass auch andere – mit der Vermögensbindung in systematischem Zusammenhang stehende – Normen des Kapitalgesellschaftsrechts analog auf die GmbH & Co KG angewendet werden müssen.

grogen Fahrlässigkeit erweckt im Übrigen den Anschein der ergebnisorientierten Argumentation, denn im Wege des traditionellen Gläubigerschutzes wäre die Haftung der Bank als Nichtgesellschafter im Normalfall (zu Sonderkonstellationen vgl *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 78; *Koppensteiner* in diesem Tagungsband) nicht zu erreichen gewesen: § 172 Abs 3 UGB führt lediglich zur Außenhaftung des Kommanditisten, begründet aber keine Rechtswidrigkeit der Einlagenrückzahlung, sodass eine Haftung des Dritten (abgesehen von sittenwidriger Schädigung und anderen Ausnahmekonstellationen) wegen erkennbaren Missbrauchs der Vertretungsmacht nicht in Betracht kommt. Ähnlich wohl *Kalss*, GedS Arnold 89: „Die unmittelbare Anwendung von § 82 GmbHG eröffnete nunmehr die Möglichkeit, den Kreditgeber, dh die dritte Bank, nach den seit 1996 im Fehring-*Urteil* vom OGH entwickelten Grundsätzen den Dritten nicht nur bei Kollusion, sondern auch bei Kenntnis des Dritten um die Verbotswidrigkeit oder bei grob fahrlässiger Unkenntnis aus verbotener Einlagenrückgewähr in Anspruch zu nehmen“. Noch deutlicher *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 68: Der OGH „brauchte“ die Anwendung des § 82 GmbHG; ähnlich *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 78: In diesem Fall „ging es... letztlich darum, die Rechtsfolgen der Einlagenrückgewähr auf einen Dritten zu erstrecken.“ Wie Vertrauensschutz bei Judikaturwenden zu gewährleisten ist, hat etwa BGHZ 62, 216 = DB 1974, 1278 gerade auch im Zusammenhang mit der GmbH & Co KG demonstriert: Dort begründete der BGH die Verpflichtung der GmbH & Co KG zur Aufnahme eines Rechtsformzusatzes in die abgeleitete Firma (ebenso die österreichische Rsp seit OGH SZ 51/40; Nachweise bei *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 397 f; nunmehr positiviert in § 19 Abs 2 UGB). Gleichzeitig statuierte der BGH eine Rechtsscheinhaftung bei Verletzung dieser Vorschrift. Nach einer „Übergangsfrist“, welche die Berichterstattung über die Judikaturwende im Fachschrifttum aber auch in Tagesmedien berücksichtigte, bejahte der BGH die Rechtsscheinhaftung erstmals in BGHZ 64, 11 = DB 1975, 923. Vgl dazu auch *Hügel*, JBl 1983, 526 f.

Wie funktionieren nunmehr Entnahmen aus einer GmbH? Anders gewendet: Wie vermeidet der GmbH-Geschufhrer bei einer Sachentnahme den Verstoß gegen zwingende Glubigerschutzvorschriften?

In Betracht kommen: der Verkauf der Vermögensgegenstände durch die GmbH an den Gesellschafter, eine Sachdividende oder eine ordentliche Kapitalherabsetzung, bei welcher keine Rückzahlung von Geld, sondern eine Sachauskehrung stattfindet, oder eine Spaltung.

Beim Verkauf der Vermögensgegenstände ist unstrittig, dass der aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr abzuleitende Fremdvergleichsgrundsatz einen Kaufpreis in der Höhe des Verkehrswerts der Vermögensgegenstände, nicht nur des niedrigeren Buchwerts erfordert³⁴⁾.

Die Übertragung der zu dem Teilbetrieb gehörenden Vermögensgegenstände als Sachdividende oder im Zuge einer Kapitalherabsetzung setzt zunächst die Zulässigkeit nach der Satzung³⁵⁾, weiters aber die Einhaltung der einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Verteilungsverfahren voraus: somit Feststellung, ggf Prüfung und Veröffentlichung des Jahresabschlusses, Ausweis eines ausreichenden Bilanzgewinnes und Gewinnverteilungsbeschlusse einerseits – Kapitalherabsetzungsbeschluss, Eintragung im Firmenbuch und vorgelagerter Gläubigerschutz im Falle der Kapitalherabsetzung andererseits. Zusätzlich stellt sich die Frage der Bewertung der auszukehrenden Vermögensgegenstände. Sie ist im Zusammenhang mit der Sachdividende heftig umstritten und stellt sich in gleicher Weise bei der Sachauskehrung gegen Kapitalherabsetzung. Die Frage lautet: Ist die Sachdividende zulässig, wenn der ausgeschüttete Bilanzgewinn den Buchwert der auszukehrenden Vermögensgegenstände deckt³⁶⁾, oder muss mit der wohl herr-

³⁴⁾ *Hügel*, RdW 1997, 580; insoweit zustimmend *Stern* in FS Doralt (2004) 634; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 108; *Hügel* in *Gruber/Rüffler* (Hrsg) Gesellschaftsrecht – Wettbewerbsrecht – Europarecht, Hans-Georg Koppenssteiner zum 70. Geburtstag (2006) 18 f; *Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbHG § 82 Rz 62 f; allgemein zum Verkauf von Vermögensgegenständen an den Gesellschafter unter Marktpreis: *Henze* in *GroßKomm AktG*⁴ § 57 Rz 48; *Bayer* in *MunchKomm AktG*³ § 57 Rz 81; vgl auch die Nachweise bei *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG⁴ § 52 Rz 51 zum Verkauf von Vermögensgegenständen an den Aktionär zu Unterpreisen sowie zum Verkauf eines Teilbetriebs, für den bei Gesamtverwertung ein höherer Veräußerungserlös zu erzielen wäre. Ebenso *Lutter/Leinekugel*, ZGR 2002, 217, obwohl sie im Rahmen in der von ihnen vertretenen Buchwert-Theorie für die „stille“ Verteilung der stillen Reserven der im Rahmen einer Sachdividende ausgekehrten Vermögensgegenstände eintreten.

³⁵⁾ Fraglich ist, ob – in Ermangelung einer § 58 Abs 5 dAktG vergleichbaren – gesetzlichen Regelung ein Individualanspruch jedes Gesellschafters auf eine Bardividende besteht, sodass die Ausschüttung von Vermögensgegenständen der Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters bedarf, oder ob (mit oder ohne Satzungsermachtigung) die Gesellschafter eine Sachdividende (oder im Rahmen der Liquidation: eine Sachauskehr von Liquidationsvermogen) mehrheitlich beschließen können: dazu eingehend *Stern*, FS Doralt 625 ff; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 52 Rz 109; *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 208 Rz 19 ff.

³⁶⁾ So eingehend *Lutter/Leinekugel*, ZGR 2002, 204, 218 ff (der dritte Autor *Rodder* zeichnet nur für den steuerrechtlichen Teil der Abhandlung verantwortlich); *Stern* in FS Doralt 634 ff.

schenden Ansicht gefordert werden, dass ein ausschüttungsfähiger Gewinn in der Höhe des Verkehrswerts der Vermögensgegenstände vorliegt.³⁷⁾

Im Sinne der herrschenden Ansicht, die ich ebenfalls literarisch vertreten habe, ist die Deckung bloß des Buchwerts nicht ausreichend. In diesem Falle würden die stillen Reserven dem Gesellschaftsvermögen still entzogen. Dies ist beim Verkauf von Vermögensgegenständen an die Gesellschafter unzulässig. Stichwort: Verkauf zum Buchwert. Es ist auch im Rahmen einer Sachdividende unzulässig. Dies ergibt sich zunächst aus dem Wortlaut von § 52 AktG, § 82 GmbHG. Im Anschluss an das Verbot der Einlagenrückgewähr, das nach einhelliger Meinung nicht auf die Einlagen beschränkt ist, sondern eine Bindung des gesamten Gesellschaftsvermögens bewirkt, folgt im Gesetzestext die Kehrseite des Rückgewährverbots: Die Gesellschafter haben „nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss als Überschuss der Aktiven über die Passiven sich ergebenden Bilanzgewinn“. Auf die Ausschüttung der stillen Reserven haben die Gesellschafter somit keinen Anspruch, weil die stillen Reserven nicht Bilanzgewinn sind. Dies sind sie erst nach Realisierung, das heißt: nach Veräußerung des Vermögensgegenstandes, bei welcher die stille Reserve in der Höhe der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Buchwert aufgedeckt wird. Nur im Falle der bilanzrechtlich geforderten Gewinnrealisierung – und zwar in der durch den Kaufpreis aufgedeckten Höhe – liegt ausschüttungsfähiger Gewinn vor.

§ 52 AktG und § 82 GmbHG beschränken den Gewinnanspruch des Gesellschafters aber nicht nur der Höhe nach auf den bilanzrechtlich realisierten Gewinn. Zusätzlich enthalten sie eine Verfahrensvorschrift. Anders als nach deutschem GmbH-Recht darf ungebundenes Vermögen nach Aktienrecht und österreichischem GmbH-Recht nicht jederzeit und regellos, sondern nur auf Grundlage eines gültigen Jahresabschlusses nach Fassung eines Gewinnverteilungsbeschlusses entnommen werden. Dies ist der Sinn des zweiten Halbsatzes des § 82 Abs 1 GmbHG, wonach die Gesellschafter „nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss ... sich ergebenden Bilanzgewinn“ haben. In seiner bis heute grundlegenden Untersuchung zu „Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften“ aus dem Jahr 1949 hat *Ballerstedt*³⁸⁾, in Abwandlung eines berühmten Ausspruchs *Franz Kleins*, betont, die Gewinnverteilung solle sich „im hellsten Licht der Öffentlichkeit“ abspielen. Verdeckte Vermögensverschiebungen sind damit unvereinbar. Denn dabei kommt, wie *Flechtheim*³⁹⁾ bereits im Jahr 1934 zu dem mit § 52 AktG wortgleichen § 213 dHGB 1900 bemerkt hatte, „die Vermögensverteilung bilanzmäßig nicht zum Ausdruck. Aber gerade das

³⁷⁾ *Hügel*, RdW 1997, 580; *Hügel*, Umgründungsbilanzen (1997) Rz 4.62 mit Nachweisen zum Schrifttum in FN 61; eingehend *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 106 ff mit dem zutreffenden Hinweis, dass nur bilanzrechtlich realisierte und folglich in den Bilanzgewinn eingegangene stille Reserven für Ausschüttungen in Betracht kommen. Dies entspricht auch der hA in Deutschland: vgl *Hasselbach/Wicke*, NZG 2001, 599; *Welf Müller*, NZG 2002, 752; *Ihrig/Wagner*, BB 2002, 789; *Schnorbus*, ZIP 2003, 509; *Holzborn/Bunnemann*, AG 2003, 671; *Orth*, WPg, 2004, 777, 784; aA *Lutter/Leinekugel*, ZGR 2002, 204, 218 ff; *Schüppen* ZIP 2002, 1277.

³⁸⁾ 132 f.

³⁹⁾ *Düringer/Hachenburg*, HGB³ (1934) § 213 Anm 4.

verstößt gegen (das Verbot der Einlagenrückgewähr)“, fügte *Flechtheim* hinzu. Die kapitalgesellschaftsrechtlichen Vorschriften über die Gewinnverteilung und ihre Kehrseite – das Verbot der Einlagenrückgewähr – bezwecken somit nicht bloß Gläubigerschutz, sondern überdies die Ermittlung und den Ausweis des „richtigen“ Gewinns.⁴⁰⁾ Nur dieser darf an die Gesellschafter verteilt werden⁴¹⁾. Danach sind nicht nur verdeckte Vermögensverschiebungen, wie Unter-Marktpreis-Verkäufe an den Gesellschafter, verboten, sondern ebenso das unbemerkte Durchschleusen stiller Reserven bei der Ausschüttung von Vermögensgegenständen zum Buchwert. Dies ist auch durch den Gläubigerschutz gefordert, denn auch die stillen Reserven gehören zum kapitalgesellschaftsrechtlichen Haftungsfonds.⁴²⁾

Zusätzlicher Überlegungen bedarf, ob nach österreichischem Recht die von einem Teil der deutschen Lehre vertretene Lösung in Betracht kommt, wonach die Sachentnahme selbst ein bilanzrechtlicher Realisierungsvorgang sei, sodass der Bilanzgewinn im Falle der Sachdividende um die stille Reserve – die Differenz zwischen dem Zeitwert (Tageswert) des ausgeschütteten Vermögensgegenstandes und dem Buchwert – erhöht werden könne⁴³⁾. Diese modifizierte Verkehrswert-Theorie würde zum Ausweis des „richtigen“ Gewinns führen, sodass auf den ersten Blick der Eindruck entsteht, dass dies in jedem Fall die Deckung der Sachdividende im Bilanzgewinn bewirken würde. Zunächst ist aber schon fraglich, ob die Sachdividende, die anders als Anschaffungs- und Veräußerungsvorgänge keinem Markttest unterliegt, zur Aufdeckung der stillen Reserven führt. Dafür könnte möglicherweise § 202 Abs 1 UGB ins Treffen geführt werden, der bei Einlagen die Realisierung des beizulegenden Werts ohne Markttest und überdies die Bewertung von Entnahmen mit dem beizulegenden Wert (Zeitwert, Tageswert)

⁴⁰⁾ *Ballerstedt*, aaO 133; zustimmend *Döllner*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften² (1990) 25; *Hügel*, FS Koppensteiner (2006) 20.

⁴¹⁾ Im Kontext der Sachdividende besonders klar *Welf Müller*, NZG 2002, 752 f gegen *Lutter/Leinekugel*, ZGR 2002, 218 ff, die für die Zulässigkeit der stillen Verteilung stiller Rücklagen im Rahmen der Sachdividende eintreten; wie *Welf Müller* auch *Orth*, WPg 2004, 782 ff, 784; allgemein *Hügel* in *Gruber/Rüffler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht, Europarecht, Hans-Georg Koppensteiner zum 70. Geburtstag (2006) 20 f.

⁴²⁾ Zutreffend *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1992, 702; ihm folgend *Micheler*, RdW 1993, 361 (mE missverstanden von *Stern* in FS Doralt [2004] 634, die überdies unzutreffend beim Kapitalschutz und nicht bei der Vermögensbindung ansetzt); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 108 f gegen die These, Gläubiger dürften auf die Erhaltung der stillen Reserven nicht vertrauen; *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 4.62 mwN in FN 61. Früher schon: *Döllner*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften² (1990) 38 f: Bindung aller Vermögensvorteile, gleichgültig ob bilanziert oder bilanzierungsfähig. Ebenso *Bayer* in MünchKomm AktG³ § 57 Rz 7 mwN sowie *Henze* in GroßKomm AktG⁴ § 57 Rz 11. Wohl ebenso *Ballerstedt*, aaO 49 ff, 121 ff: Beschränkung von Leistungen an Aktionäre an die Ausschüttung des realisierten Bilanzgewinns.

⁴³⁾ Im Anschluss an die Bejahung einer steuerrechtlichen Realisierung durch *Röder*, ZGR 2002, 204, 229 ff, für das Gesellschaftsrecht (bzw Bilanzrecht) va *Welf Müller*, NZG 2002, 751 f; ebenso *Orth*, WPg 2004, 786.

statuiert. Indessen ist die Entnahmebewertungsregelung weitgehend unerforscht. Soweit sich das Schrifttum mit ihr befasst, will es ihren Anwendungsbereich auf Entnahmen aus dem Betriebsvermögen eines Einzelunternehmers in sein Privatvermögen sowie auf Entnahmen aus Personengesellschaften beschränken, weil Entnahmen aus Kapitalgesellschaften gesellschaftsrechtlich unzulässig seien; auf die Bewertung von Sachdividenden gehen diese ersichtlich vom einkommensteuerrechtlichen Entnahmebegriff beeinflussten Literaturmeinungen nicht ein.⁴⁴⁾ Abgesehen von der Frage, ob die Sachdividende als unternehmensrechtlicher Realisierungsvorgang einzustufen ist, besteht aber auch die Problematik, dass das SpaltG den Entzug des Spaltungsvermögens – einen Vorgang, der einer Sachdividende weitgehend gleicht – nur bei Einhaltung besonderer Sicherungsmaßnahmen zulässt. Diese bestehen in der Prüfung und Berichterstattung durch Vorstand und Aufsichtsrat, in der Restvermögensprüfung durch einen Wirtschaftsprüfer, in einer besonderen Haftung der genannten Personen, die der Gründerhaftung nachgebildet ist (§ 3 Abs 4 und 5 SpaltG), der Offentlegung der Spaltungsunterlagen sowie in der Solidarhaftung der Nachfolgegesellschaften und der Sicherheitsleistung (§ 15 SpaltG). Zwar führen die genannten Prüfungen nicht zu einer Bewertung der stillen Reserven im Spaltungsvermögen, sodass dies auch im Falle der Sachdividende entbehrlich erscheinen könnte. Dennoch bestünde wohl ein erheblicher Wertungswiderspruch, könnten die spaltungsrechtlichen Kautelen durch eine Sachausschüttung ausgeschaltet werden⁴⁵⁾.

Jedenfalls auf Basis der in Österreich herrschenden Verkehrswert-Theorie ist klar, dass die Praxis Spaltungs- und Realteilungsvorgänge in den meisten Fällen nicht im Wege einer Sachdividende bewältigen kann⁴⁶⁾. Wird ein wertvoller Teilbetrieb oder eine wertvolle Beteiligung entnommen, so hat die Gesellschaft selten Bilanzgewinn oder ungebundene Rücklagen in der Höhe des Verkehrswertes des Spaltungsvermögens zur Verfügung. Bei Kapitalgesellschaften werden Sachentnahmen daher in aller Regel im Wege der Spaltung durchgeführt. Die Spaltung ist eine legale Durchbrechung des Verbots der Einlagenrückgewähr, bei welcher der erforderliche Gläubigerschutz *va* durch die Kombination von Summengrundsatz, Restvermögensprüfung sowie betraglich beschränkter Solidarhaftung der aus der Spaltung hervorgehenden Gesellschaften geleistet wird. Wendet man die kapitalgesellschaftsrechtliche Bindung des Vermögens inklusive stiller Reserven auf die GmbH & Co KG an, zeigt sich zweierlei: Sollen Realteilungsvorgänge nicht in den meisten Fällen undurchführbar werden, scheint die Analogie der OGH-Entscheidung vom 29. 5. 2008 notwendig zu weiteren Analogien zu führen: nicht nur zur Anwendung der Kapitalherabsetzungs- und Liquidationsvorschriften des GmbHG⁴⁷⁾, sondern auch zur analogen Anwendung des SpaltG. Im Wege einer „wunderbaren Analogien-Vermehrung“ droht die GmbH

⁴⁴⁾ *Gassner/Lahodny-Karner/Urtz in Straube, HGB II/RLG² § 202 Rz 10; Djanani/Bitzyk in Bertl/Mandl (Hrsg), Handbuch zum RLG § 202 lit ee Einlagen S. 5.*

⁴⁵⁾ Das dUmwG kennt keine § 3 Abs 4 und 5 SpaltG vergleichbaren Schutzmaßnahmen aus Anlass der Abspaltung.

⁴⁶⁾ So auch *Szep, eolex 2001, 807; Schnorbus, ZIP 2003, 515.*

⁴⁷⁾ Zu den Folgewirkungen der OGH-Entscheidung vom 29. 5. 2008 bereits *Kalss/Eckert/Schörghofer, GesRZ 2009, 75 f; weiters die Beiträge in diesem Tagungsband.*

& Co KG – jedenfalls was ihre Finanz- und Haftungsverfassung betrifft – vollständig zur Kapitalgesellschaft zu mutieren. Es ist nur eine Geschmacksfrage, ob man dies mit Schiller und/oder Shakespeare kommentieren will: „Das eben ist der Fluch der bösen Tat, dass sie, fortzeugend, immer Böses muss gebären.“ Ähnlich tragisch wie Wallenstein aber mehr juristisch-methodologisch Hamlet: „Und ist es auch Wahnsinn, so hat es doch Methode.“

Ich hoffe, dieser Ausflug in die klassische Krimi-Literatur hat die Stimmung aufgelockert, so dass ich die Probleme künftiger Realteilungsvorgänge anhand eines nüchternen Bilanzbeispiels darstellen kann. Dies hilft auch zu zeigen, dass die Analogie des OGH im Zusammenhang mit Realteilungen eine Frage aufwirft, die sich bei dem einfachen Einlagenrückgewährfall des OGH nicht stellte: Nach der Höhe des gebundenen Kapitals der GmbH & Co KG musste in dem OGH-Fall nicht gefragt werden, weil nach § 82 GmbHG das gesamte Vermögen gebunden und somit jegliche Auszahlung außerhalb der Gewinnverteilung verbotene Einlagenrückgewähr ist. Die OGH-Entscheidung befasst sich nur mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr, also der Vermögensbindung. Demgegenüber ist Kapitalerhaltung, also die Ausschüttungssperre zur Reservierung von Vermögen in der Höhe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen, nicht Gegenstand der OGH-Entscheidung.

Beide Themen werden hingegen im SpaltG behandelt.

Zunächst durchbricht die Spaltung die Vermögensbindung. Wegen der Solidarhaftung nach § 15 SpaltG kann das Gesetz die Aufteilung des Gesellschaftsvermögens auf zwei Kapitalgesellschaften erlauben. Der allen Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds wird im Spaltungszeitpunkt – das heißt: im Zeitpunkt der Aufteilung des Vermögens bei Eintragung der Spaltung in das Firmenbuch – nicht reduziert. Denn: Für jede Verbindlichkeit haften neben dem gesamten Vermögen jener Gesellschaft, der die Verbindlichkeit im Spaltungsplan oder Spaltungs- und Übernahmevertrag zugewiesen wird (§ 2 Abs 1 Z 10 SpaltG), die anderen Nachfolgesellschaften bis zur Höhe des ihnen zugeordneten Nettoaktivvermögens. Dieses umfasst auch die stillen Reserven⁴⁸⁾. Dies steht im Einklang damit, dass die stillen Reserven auch von der Vermögensbindung gem §§ 52 AktG und §§ 82 GmbHG umfasst sind.

Zusätzlich achtet das SpaltG auf die Kapitalerhaltung. Es wacht darüber, dass die Situation der Gläubiger auch bei anschließenden Gewinnausschüttungen nicht verschlechtert wird. Hier geht es – wie früher herausgearbeitet – nicht um die Bindung des gesamten Gesellschaftsvermögens, sondern lediglich eines Teils des Gesellschaftsvermögens, der wertmäßig dem Nennkapital zuzüglich gebundener Rücklagen entspricht. Hier greift der Summengrundsatz des § 3 SpaltG ein. Sollte auch diese Regelung analog auf die GmbH & Co KG anzuwenden sein, stellt sich allerdings die spannende Frage, was denn eigentlich das „Stammkapital“ einer GmbH & Co KG ist.

Nunmehr zu dem angekündigten Bilanzbeispiel:

Nehmen wir an, die GmbH unseres Ausgangsfalles ist eine seriös finanzierte Gesellschaft. Sie weist ein bilanzielles Eigenkapital von 30 % und ein Fremdkapital

⁴⁸⁾ Hügél, Umgründungsbilanzen 131; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 15 SpaltG Rz 32 mwN.

pital von 70 % aus. Die Gesellschaft verfügt über zwei Teilbetriebe, jeweils mit Aktiva von 50 und Verbindlichkeiten von 35, sodass der Buchwert beider Teilbetriebe jeweils 15 beträgt. Infolge stiller Reserven und eines Firmenwerts beträgt der Verkehrswert der Teilbetriebe jeweils 40.

GmbH vor Spaltung ⁴⁹⁾			
Akt ₁	50	StK	20
Akt ₂	50	BGew	10
		EK	30
		Verb ₁	35
		Verb ₂	35
100		100	
GmbH nach Spaltung			
Akt ₁	50	StK	10
		BGew	5
		EK	15
		Verb ₁	35
50		50	
Neue GmbH			
Akt ₂	50	StK	10
		KRL	5
		EK	15
		Verb ₂	35
50		50	

Nach der Buchwert-Theorie scheidet eine Sachdividende aus, weil der Buchwert der Sachdividende in Höhe von 15 im Bilanzgewinn von 10 keine Deckung findet. Auch die modifizierte Verkehrswert-Theorie, nach welcher die Sachausschüttung zur Gewinnrealisierung führt, brächte keine Abhilfe: Zwar würde die Sachdividende infolge Realisierung der stillen Reserven zu einem (zusätzlichen) Bilanzgewinn von 25 führen; der erhöhte Bilanzgewinn von 35 wäre indessen angesichts des Verkehrswerts von 40 nicht ausreichend.

Ein Zusatzproblem ergibt sich, wenn die Sachausschüttung auch zur steuerrechtlichen Gewinnrealisierung führt. Dies ist bei Gewinnrealisierung im

⁴⁹⁾ Akt = Aktiva, StK = Stammkapital, BGew = Bilanzgewinn, KRL = Kapitalrücklage, EK = Eigenkapital, Verb = Verbindlichkeiten.

UGB-Abschluss – also bei Anwendung der modifizierten Verkehrswert-Theorie – schlicht eine Folge des Maßgeblichkeitsprinzips (§ 5 Abs 1 EStG)⁵⁰), könnte aber auch im Falle der Buchwert-Theorie zutreffen⁵¹). Dann kürzt die Belastung der stillen Reserve mit 25 % Körperschaftsteuer den verteilungsfähigen Bilanzgewinn. Bei Aufwertung im UGB-Abschluss im Sinne der Verkehrswert-Theorie steht mehr Bilanzgewinn zur Verfügung, trotzdem muss zusätzlich zu dem aufgrund der Sachausschüttung realisierten Gewinn noch weiteres ungebundenes Eigenkapital (Bilanzgewinn, ungebundene Rücklagen) zur Verfügung stehen – und zwar in Höhe des Buchwerts der ausgeschütteten Vermögensgegenstände zuzüglich der Steuerbelastung. Bei Buchwertfortführung wird bei namhaften Sachdividenden häufig allein die Steuerbelastung das verfügbare Eigenkapital aufzehren⁵²).

Hinzu kommt ein „Periodenverschiebungsproblem“ der Sachdividende: Bejaht man infolge Annahme eines „Umsatzaktes“ die Gewinnrealisierung, so führt – in Ermangelung einer bilanzrechtlichen Rückwirkungsregelung – kein Weg daran vorbei, dass die Gewinnrealisierung erst im Geschäftsjahr der Ausschüttung, genauer: im Zeitpunkt der Übertragung der ausgeschütteten Vermögensgegenstände, erfolgt.⁵³) Der Wert der Ausschüttung muss aber im Bilanzgewinn zum zurückliegenden Bilanzstichtag Deckung finden. Die (problematische, jedenfalls aber unter Berücksichtigung von § 202 Abs 1 UGB diskutabile) Einordnung als Realisationsakt hilft nicht über das aufgezeigte praktische Problem hinweg, dass in der Sachdividende enthaltene, namhafte stille Reserven – wie dies etwa bei der Realteilung eines Betriebes oder Teilbetriebs häufig der Fall ist – in aller Regel keine Deckung im ungebundenen Eigenkapital finden werden. Die bilanzielle Aufdeckung der stillen Reserven aber kommt um eine Rechnungsperiode „zu spät“.

⁵⁰) Vgl nur *Herzog/Mayr* in *Doralt*, EStG § 5 Rz 3 mwN.

⁵¹) Bei Abspaltungen, die nicht unter das UmgrStG fallen, kommt es gem § 20 Abs 1 Z 2 KStG zur Gewinnrealisierung nach § 6 Z 14 EStG (vgl auch Rz 1447 KStR). Da bei der Ausschüttung von Einzelwirtschaftsgütern, die nicht Vermögen iSd § 32 Abs 2 UmgrStG sind, keine Abspaltung vorliegt, greift § 20 Abs 1 Z 2 KStG nicht ein (vgl auch die Überschrift des § 20 KStG: „Umgründungen“). Gegen die Anwendung des Tauschgrundsatzes auf jegliche Sachdividende spricht das Fehlen einer Tausch-Gegenleistung. Von diesem *essentielle* eines Tauschvorgangs dispensiert § 6 Z 14 lit b EStG nur für den Fall der Einlage, nicht für den „entgegengesetzten“ Fall der Sachausschüttung. Freilich sprechen für die Besteuerung der ausgeschütteten stillen Reserven das Trennungsprinzip und das Subjektsteuerprinzip, das die Erfassung bei jenem Steuerpflichtigen verlangt, bei dem die stillen Reserven gelegt wurden (s nur *Hügel* in *FS Koppensteiner* [2007] 11, 22 mwN). Ob aus diesen Prinzipien freilich die (nicht positivierte) Besteuerungsnorm zu deduzieren ist oder die Gewinnrealisierung einfach aus § 8 Abs 2 KStG folgt (die Kommentarliteratur schweigt dazu), kann hier nicht untersucht werden. Zum deutschen Steuerrecht vgl *Röder*, *ZGR* 2002, 229 ff; *Welf Müller*, *NZG* 2002, 751 f; *Orth*, *WPg* 2004, 841 ff.

⁵²) Vgl das Beispiel bei *Welf Müller*, *NZG* 2002, 751 f, das allerdings die deutsche Steuerrechtslage vor Ersetzung des Körperschaftsteueranrechnungsverfahrens durch das (dem österreichischen doppelten Halbsatz-Verfahren nachgebildete) Halbeinkünfteverfahren berücksichtigt.

⁵³) Vgl *Orth*, *WPg* 2004, 790 mwN zum Meinungsstand.

Das SpaltG lässt die Abspaltung ohne Einhaltung der Kapitalherabsetzungsvorschriften zu, wenn die Stammkapitalien (und gebundenen Rücklagen) der Nachfolgesellschaften „in Summe“ dem Stammkapital und den gebundenen Rücklagen der spaltenden Gesellschaft vor der Spaltung entsprechen. Somit durchbricht § 3 SpaltG den Grundsatz der Erhaltung des Kapitals bei der spaltenden Gesellschaft. Der Grund liegt auf der Hand: Infolge des Summengrundsatzes bleibt das Garantiekapital „in Summe“ gleich.

Erlaubt § 3 SpaltG bei „summenmäßiger“ Kapitalerhaltung, der spaltenden GmbH Vermögensgegenstände zu entziehen, und durchbricht er insoweit den allgemeinen Grundsatz der Kapitalerhaltung, so erlaubt er implizit auch den Entzug der zugehörigen stillen Reserven: Nur der buchmäßige Vermögensabgang wird beschränkt, weil § 3 SpaltG nur die summenmäßige Erhaltung des Buchwerts des gebundenen Kapitals verlangt. Ist dies nach Ausbuchung des Buchwerts des Spaltungsvermögens erfüllt und bestätigt die Restvermögensprüfung die Erhaltung des Buchkapitals, spielt es keine Rolle, ob die abgespaltenen Vermögensgegenstände mehr wert sind als ihr Buchwert. § 3 SpaltG durchbricht somit auch die Vermögensbindung. Abgesehen von der partiellen Gesamtrechtsnachfolge ist der vor allem von Praktikern geschätzte „*unique selling point*“ der Spaltung: Sie ermöglicht den „stillen Entzug“ stiller Reserven, etwas, was die Sachdividende, wie gezeigt, nicht leisten kann. Warum dies unbedenklich ist, wurde bereits oben angedeutet: Auch die Vermögensbindung wird auf die Gesamtheit der Nachfolgesellschaften projiziert, denn auch hier greift eine Art „Summengrundsatz“ ein: Unmittelbar nach der Spaltung haftet den Gläubigern die Summe der Gesellschaftsvermögen – kraft der Solidarhaftung des § 15 SpaltG. Gleichgültig wo sich die stillen Reserven nach der Spaltung befinden, bleiben sie haftungsverstrickt.

Das oben geschilderte „Periodenverschiebungsproblem“ stellt sich nach dem SpaltG nicht: Da die Abspaltung nicht als Gewinnverteilung konstruiert ist, kommt es auf die Deckung des Werts des Spaltungsvermögens im Bilanzgewinn des zurückliegenden Jahresabschlusses nicht an. Vielmehr ist im Wege der Restvermögensprüfung (§ 3 Abs 4 SpaltG) nachzuweisen, dass der Wert des Restvermögens zeitnah zur Anmeldung der Spaltung zur Eintragung in das Firmenbuch das Nennkapital zuzüglich gebundener Rücklagen deckt.⁵⁴⁾

Wie sind die geschilderten Fragen der Vermögensbindung und Kapitalerhaltung nach der OGH-Entscheidung vom 29. 5. 2008 bei Realteilung einer GmbH & Co KG zu beurteilen?

⁵⁴⁾ Da die Restvermögensprüfung nach den Grundsätzen der Gründungsprüfung erfolgt, ja sogar als „Gründungsprüfung der abspaltenden Gesellschaft“ aufgefasst werden kann. (Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 3 SpaltG Rz 46), ist die Bewertung im Rahmen der Prüfung, die zwangsläufig vor der Anmeldung stattfinden muss, auf einen zeitnah vor der Anmeldung liegenden Bewertungsstichtag durchzuführen. Wertänderungen bis zum voraussichtlichen Eintragungstichtag, die bei der Prüfung absehbar sind, müssen freilich berücksichtigt werden. Vgl zur Sacheinlageprüfung etwa Pentz in MünchKomm AktG³ § 34 Rz 16. Im Zusammenhang mit dem Summengrundsatz lehnt Kalss, aaO § 3 SpaltG Rz 12 zutreffend die Maßgeblichkeit der (bis zu neun Monate zurückliegenden) Schlussbilanz ab.

D. Analoge Anwendung des Spaltungsgesetzes?

Da das Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung zu keiner summenmäßigen Bindung des Gesellschaftsvermögens nach der Realteilung führt, könnte Zuflucht zunächst bei der analogen Anwendung des § 15 SpaltG gesucht werden. Dies würde zu einer Solidarhaftung der spaltenden GmbH & Co KG und der übernehmenden Gesellschaft führen. Die Unterschiede zu § 172 Abs 3 UGB sind beträchtlich.

Zunächst: Das SpaltG zerlegt die spaltungsbedingte Übertragung des Vermögens auf eine Schwestergesellschaft nicht eine Einlagenrückgewähr an den gemeinsamen Gesellschafter und eine anschließende Einlage in die übernehmende Gesellschaft, denn es ordnet – anders als § 172 Abs 3 UGB – keine Haftung des Gesellschafters an. § 15 SpaltG führt bloß zu einer Haftung der übernehmenden Gesellschaft. Hinzu kommt: Während die wiederauflebende Haftung nach § 172 Abs 3 UGB der Höhe nach mit dem eingetragenen Haftbetrag beschränkt ist, führt § 15 SpaltG zu einer zweifach beschränkten Haftung der übernehmenden Gesellschaft: Die Haftung⁵⁵⁾ betrifft nur jene Verbindlichkeiten, die nach Spaltungsplan oder Spaltungsvertrag bei der spaltenden Gesellschaft zurückbleiben. Naturgemäß ist die Haftung mit dem Betrag der zurückbleibenden Altverbindlichkeiten begrenzt. Zusätzlich ist aber der Wert des übergehenden Nettoaktivvermögens – kurz der Verkehrswert des spaltungsbedingt übertragenen Vermögens – relevant. Ist dieser Wert niedriger, haftet die übernehmende Gesellschaft für die zurückbleibenden Altverbindlichkeiten nur bis zu dieser Höhe. Zuletzt besteht ein Unterschied hinsichtlich künftiger Verbindlichkeiten der spaltenden Gesellschaft: Das Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung aufgrund einer Entnahme begünstigt auch künftige Gläubiger der KG. Auch sie können die Kommanditistenhaftung in Anspruch nehmen. Dies ist nach § 15 SpaltG ausgeschlossen. Für die Abgrenzung der von der Haftung erfassten Altverbindlichkeiten von den Neuverbindlichkeiten kommt es auf den Zeitpunkt der konstitutiven Eintragung der Spaltung an. Eine derartige Eintragung fehlt aber bei der Realteilung von Personengesellschaften⁵⁶⁾. Zusätzlich führt § 15 SpaltG – anders als das KG-Recht – zu einer Haftung der abspaltenden Gesellschaft für die der übernehmenden Gesellschaft zugeordneten Verbindlichkeiten. All dies weist erneut die Grundverschiedenheit des KG-rechtlichen und kapitalgesellschaftsrechtlichen Haftungssystems und des damit untrennbar verbundenen Umgründungsrechts auf, die gegen die Analogie des OGH spricht⁵⁷⁾.

⁵⁵⁾ Kein Haftungsthema sind die auf die übernehmende Gesellschaft durch Gesamtrechtsnachfolge übertragenen Verbindlichkeiten. Die Begleichung dieser eigenen Verbindlichkeiten schuldet die übernehmende Gesellschaft selbstverständlich in unbeschränkter Höhe.

⁵⁶⁾ Eingetragen wird im Firmenbuch allerdings gem § 3 Abs 1 Z 15 FBG die Übertragung eines Betriebs oder Teilbetriebs im Wege der Realteilung. Diese Eintragung hat indessen keine konstitutive Wirkung. Zusätzlich führt § 15 SpaltG – anders als das KG-Recht – zu einer Haftung der abspaltenden GmbH & Co KG für die übernehmende Gesellschaft.

⁵⁷⁾ Außerhalb von Spaltung und Realteilung eingehend *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 68 ff.

Ist zusätzlich zur Aufrechterhaltung der Vermögensbindung im Wege einer analogen Anwendung des § 15 SpaltG noch eine analoge Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschrift des § 3 SpaltG zu erwägen?

Wie bereits angedeutet, wirft dies die Frage auf, was im Rahmen einer derartigen Analogie als „Stammkapital“ einer GmbH & Co KG zu berücksichtigen wäre. Denn dieser Betrag (und allfällige gebundene Rücklagen) wären Gegenstand des Summengrundsatzes und unterlägen der Restvermögensprüfung. Auf den ersten Blick spricht einiges für die Maßgeblichkeit der Haftbeträge iSd §§ 171, 172 UGB. Wie das Stammkapital sind sie im Firmenbuch eingetragen. Nur diese Beträge – nicht die Pflichteinlagen oder Kapitalkonten – sind Grundlage des KG-rechtlichen Gläubigerschutzkonzeptes im Sinne des Haftungsverbundes zwischen Kommanditeinlagen im Gesellschaftsvermögen und Kommanditistenhaftung bei Rückzahlung der Einlage aus dem Gesellschaftsvermögen. Dennoch kommt das Abstellen auf die im Firmenbuch eingetragenen Haftbeträge jedenfalls im Kontext des § 3 SpaltG nicht in Betracht, weil diese Vorschrift auf Bilanzzahlen abstellt, und zwar auf solche, die als Ausschüttungssperren wirken. Der Zweck der Regelung liegt ja, wie ausgeführt darin, den Umfang des gebundenen Vermögens beizubehalten, anders gewendet, die Erhöhung des ausschüttbaren Vermögens zu verhindern. Dies hat – angesichts der Haftungssystem-Unterschiede: nicht überraschend – mit den Haftbeträgen nichts zu tun.

Sind die Haftbeträge für die Anwendung des Summengrundsatzes ungeeignet, könnte man auf die Summe der in der Bilanz ausgewiesenen Kapitalanteile abstellen, zumal das UGB unter Übernahme der jahrzehntelangen Vertragsgestaltungs- und Bilanzierungspraxis einen Systemwechsel zu starren Kapitalanteilen vollzogen hat (§ 109 Abs 1 Satz 1, § 121 Abs 2 UGB). Werden allerdings Sacheinlagen versprochen, hängt die Höhe des Kapitalanteils von der einvernehmlichen Bewertung der Einlage durch die Gesellschafter ab. Zwar dürfen die Gesellschafter dem Kapitalkonto des Sacheinlegers keinen Betrag gutschreiben, der höher ist als der Verkehrswert der Sacheinlage⁵⁸). Eine der Parteiendisposition unterliegende Kapitalanteilsziffer wäre für Gläubigerschutzzwecke aber jedenfalls ungeeignet. In diesem Zusammenhang kann es nur auf den objektiven Wert der Sacheinlage ankommen. Dies ist bei der kapitalgesellschaftsrechtlichen Differenzhaftung (§ 10a GmbHG) aber auch bei der unmittelbaren Kommanditistenhaftung nach § 171 Abs 1 Satz 1 UGB der Fall.

Ob die notwendige Objektivierung der Kapitalkonten für Haftungszwecke zwangsläufig zur analogen Anwendung der Sacheinlageprüfungsvorschriften führt, wird hier nicht im Einzelnen untersucht, weil dies Gegenstand eines anderen Tagungsbeitrages ist. Gleiches gilt für die Frage, ob die Kapitalkonten – wie das Stammkapital – kraft Analogie in das Firmenbuch einzutragen wären. Denn die Firmenbuchpublizität ist ein Eckpfeiler des GmbH-rechtlichen Kapitalschutzes.

Dies zeigt die Problematik von Einzelanalogien zu Vorschriften eines umfassenden Regelungssystems auf: Der vom OGH analog angewendete § 82 GmbHG

⁵⁸) Dazu vgl die Hinweise bei *H. Torggler* in *Straube*, HGB I³ § 120 Rz 10. Der eingelegte Vermögensgegenstand ist jedenfalls mit dem beizulegenden Wert anzusetzen (§ 202 Abs 1 UGB), sodass bei höherem Kapitalkonto eine Unterbilanz entstünde.

baut auf dem gesamten Kapitalaufbringungsrecht des GmbHG auf. Dies erfordert die Festlegung eines Stammkapitals, die Prüfung seiner Aufbringung sowie Publizität. Gleiches gilt für die Kapitalerhaltung. Mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr, das der OGH zu beurteilen hatte, ist es nicht getan.

Auch im Kontext von Jahresabschluss und Gewinnverteilung stellt sich die Frage, was im Verhältnis zum Gewinn die komplementäre Größe – das unverteiltbare Kapital – ist. *Fritz Rüffler* hat mir schon vor seinem Vortrag verraten, dass er im Ergebnis die Pflichteinlagen als „Kapital“ betrachtet, diese aber anders als Stammkapital nicht gebunden sein sollen. Mit anderen Worten: Ähnlich wie die ungebundene Kapitalrücklage einer GmbH könne das Kapitalkonto der GmbH & Co KG bei Feststellung des Jahresabschlusses aufgelöst, als Bilanzgewinn ausgewiesen und ausgeschüttet werden. Wenn man dies zu Ende denkt, folgt aus der Anwendung von § 82 GmbHG immerhin ein befristetes Kapitalerhaltungsgebot: Wie bei der GmbH ist die unterjährige, formlose Entnahme nicht zulässig, sondern die Auflösung des Kapitalkontos darf nur aus Anlass der Feststellung des Jahresabschlusses erfolgen, denn nach § 82 GmbHG hat der Gesellschafter eben nur Anspruch auf den Bilanzgewinn, keinen Anspruch aber auf den unterjährigen Griff in die Kapitalrücklage⁵⁹).

Wenn dem so ist, darf diese – schwache – Bindung des Kapitalkontos durch die Spaltung nicht gemindert werden, sondern erst beim nächsten Jahresabschluss, der unter Verantwortung der Geschäftsführung aufgestellt und häufig von einem Abschlussprüfer testiert wird.

Also doch die analoge Anwendung auch des § 3 SpaltG, mit Restvermögensprüfung bei der spaltenden GmbH & Co KG und Gründungsprüfung bei der übernehmenden Gesellschaft? Am Rande: Wer kann überhaupt als übernehmende Gesellschaft fungieren? Sind künftig Spaltungen von GmbH & Co KGs auf AGs und GmbHs möglich? Vielleicht auch umgekehrt von Kapitalgesellschaften auf GmbH & Co KGs? Ich kann diese Fragen nicht beantworten, weil die interpretative „Umwandlung“ der GmbH & Co KG in eine GmbH über gesetzestreue Rechtsanwendung, auch unter Einschluss rechtsfortbildender Analogie, hinausgeht.

IV. Zur künftigen Praxis der Realteilung

Eine dogmatisch begründete, dh aus dem geltenden Recht abgeleitete (rechtsrichtige) Vorgangsweise bei der Realteilung von GmbH & Co KGs kann ich daher nicht bieten. Die Gestaltungs- und Gerichtspraxis wird nach pragmatischen Lösungen fragen. Ausgangspunkt muss dabei die Vermeidung der (Amts-)Haftung der beteiligten Rechtsträger, Berater und Firmenbuchrichter sein.

Die Realteilung ist ohne weiteres zulässig in den allerdings seltenen Fällen, in denen der Verkehrswert des Teilungsvermögens im Bilanzgewinn Deckung findet und eine Sachausschüttung beschlossen wird. Dann liegt eine § 82 GmbHG genügende Gewinnverteilung vor. Folgt man der oben referierten These *Rüfflers*,

⁵⁹) Allerdings bleibt die Frage, ob die Kapitalrückzahlung zusätzlich (also insb unterjährig) bei analoger Anwendung der GmbH-rechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften zulässig ist.

wonach das gesamte Kapitalkonto ausgeschüttet werden kann, erhöht sich das zulässige Spaltungsvolumen entsprechend. Handelte es sich im obigen Bilanzbeispiel um eine GmbH & Co KG, wäre die Abspaltung gleichwohl unzulässig, weil der Verkehrswert des Teilbetriebs von 40 höher ist als das gesamte Eigenkapital. Zumal die Eigenkapitalquote in der Praxis häufig deutlich weniger als 30 % beträgt, wird die Realteilung in den meisten Fällen, obwohl sie als Abspaltung von einer GmbH nach dem SpaltG möglich wäre, unter Zugrundelegung der analogen Anwendung des § 82 GmbHG unzulässig sein. Die Übertragung des Teilungsvermögens ist dann nichtig. Die übernehmende Gesellschaft erwirbt kein Eigentum an den Sachen des Teilungsvermögens. Sie ist der Eigentumsklage (§ 366 ABGB) und unter solidarischer Haftung der Gesellschafter der spaltenden GmbH & Co KG dem Ersatzanspruch gem § 83 GmbHG ausgesetzt⁶⁰).

Die übernehmende Gesellschaft ist dann gut beraten, von den Gesellschaftern der spaltenden GmbH & Co KG die Freistellung von solchen Ansprüchen zu verlangen; ein Verzicht der spaltenden Gesellschaft wäre unwirksam (§ 83 Abs 4 GmbHG⁶¹). Auch die Einräumung einer Verfügungsbefugnis zur Übertragung von Eigentum wäre wohl infolge Verstoßes gegen § 82 GmbHG unwirksam; Dritte können Eigentum von der übernehmenden Gesellschaft nur gem § 367 ABGB erwerben.

Die Freistellung löst das Haftungsproblem nicht bei fehlender Bonität oder (späterer) Insolvenz der garantierenden Gesellschafter. Wie oft, wenn die Gestaltungspraxis auf ungesichertem Boden agiert, muss unter Berücksichtigung eines *worst case scenario* der höchste Standard der in Betracht kommenden Vorsichtsmaßnahmen eingehalten werden. Das sind die Gläubigerschutzmaßnahmen nach dem SpaltG. Mehr ist nicht möglich. Auf Basis der analogen Anwendung des § 82 GmbHG müsste der OGH auch die Gläubigerschutzregelungen des SpaltG analog anwenden. Wer darauf vertraut, handelt jedenfalls nicht schuldhaft.

Was bedeutet die faktische Anwendung der Gläubigerschutzregeln des SpaltG im Einzelnen?

Zunächst müssten (soweit nicht verzichtbar) Berichte und Prüfungen analog §§ 4 ff SpaltG erfolgen. Der Realteilungsvertrag, Jahresabschlüsse, Schlussbilanz und Berichte wären analog § 7 SpaltG offen zu legen. Da der Offenlegung und der 1-monatigen Wartefrist auch Gläubigerschutzfunktion zukommt (vgl § 7 Abs 5 SpaltG), ist auch die Wartefrist einzuhalten. Bei der Abspaltung von einer GmbH & Co KG müssen ferner der Summengrundsatz beachtet werden (§ 3 Abs 1 SpaltG). Maßgeblich sind die Pflichteinlagen (starre Kapitalkonten), nicht die im Firmenbuch eingetragenen Haftbeträge. Kann der Summengrundsatz nicht eingehalten werden, müssen ein Gläubigeraufruf und eine Verteilungssperre – entsprechend den GmbH-rechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften – eingehalten werden. Hinzu kommt die Durchführung einer Restvermögensprüfung. Weigert sich das Gericht, den Restvermögensprüfer zu bestellen, wird den beteiligten Rechtsträgern nichts anderes übrig bleiben, als Auswahl und (vertragliche) Bestellung selbst vorzunehmen. Gegenüber der gerichtlichen Bestel-

⁶⁰) Zur Anwendung des § 83 GmbHG auf dritte Empfänger der verbotenen Leistung vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 83 Rz 7 mwN.

⁶¹) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 83 Rz 12 mwN.

lung führt dies mE zu keiner relevanten Risikoerhöhung, denn auch die Prüfung nach § 3 Abs 4 SpaltG ist nicht schlechthin bindend; vielmehr kann im Haftungsprozess der Nachweis der Unrichtigkeit der Prüfung erbracht werden.

Zuletzt sollten die Beteiligten die gesetzliche Haftung des § 15 Abs 1 SpaltG vertraglich nachbilden. Im Wege eines echten Vertrags zugunsten der Gläubiger wären die Haftungsfolgen des § 15 Abs 1 SpaltG zu vereinbaren. Gleiches gilt für die Rechtsfolgen des § 14 Abs 4 und Abs 5 SpaltG. Sicherheit ist über Verlangen eines Gläubigers analog § 15 Abs 2 SpaltG zu leisten. Die Frage, ob die Gerichte bereit sind, ein Außerstreitverfahren zur Feststellung der Gläubigergefährdung gem § 15 Abs 3 SpaltG durchzuführen, wird sich bald nicht mehr stellen, weil dieses Sonderverfahren aufgrund der Zuerkennung eines im streitigen Verfahren einklagbaren Sicherheitsleistungsanspruches durch das GesRÄG 2011 demnächst wegfallen wird.⁶²⁾

Der Realteilungsbeschluss bedarf gem § 116 Abs 2, § 164 Satz 1 Halbsatz 2 UGB stets der Zustimmung aller Gesellschafter. Eine Mehrheitsspaltung nach § 8 Abs 1 oder Abs 3 SpaltG kommt nicht in Betracht, weil die Analogie des OGH nur die Finanz- und Haftungsverfassung der GmbH betrifft, nicht die Regeln des Innenverhältnisses. Keinesfalls wird das strengere Recht nach § 116 Abs 2, § 164 Satz 1 Halbsatz 2 UGB verdrängt. Somit sind auch keine Barabfindungsangebote (§§ 9, 11 SpaltG) zu stellen. Ferner sind das Zustimmungserfordernis gem § 10 SpaltG und die Nachprüfung des Umtauschverhältnisses gem § 9 Abs 2 iVm §§ 225c ff AktG angesichts des Einstimmigkeitserfordernisses obsolet. Da die Zwischenbilanz des § 7 Abs 2 Z 3 und Abs 3 SpaltG dem Gesellschafterschutz, nicht dem Gläubigerschutz dient⁶³⁾, kann sie stets entfallen.

V. Resümee

Die behandelten Probleme der Realteilung einer GmbH & Co KG verdunkeln das düstere Bild noch weiter, das die bereits vorgetragenen Einwände gegen die Analogie zu § 82 GmbHG gezeichnet haben. Diese Einwände, vor allem der ausreichende Gläubigerschutz durch die §§ 171, 172 UGB und das dadurch bedingte Fehlen einer Gesetzeslücke⁶⁴⁾, der unzulässige Schluss von einzelnen Gleichstellungsnormen auf ein allgemeines Prinzip der Gleichstellung der GmbH & Co KG mit einer Kapitalgesellschaft, sollen hier nicht wiederholt werden. Der Zusatzeinwand, den mein Beitrag verdeutlichen sollte, lautet: § 82 GmbHG ist keine isolierte Norm, die man analog anwenden kann wie eine Firmenbildungsvorschrift, den Rücktrittsausschluss nach dem alten Art 8 Nr 21 der 4. Einführungsverordnung oder andere „Einzelbestimmungen“, wie ich sie pointiert nennen möchte. Vielmehr ist § 82 GmbHG Bestandteil eines mehrschichtigen Gläubigerschutzsystems, bestehend aus den sauberlich zu trennenden Ebenen

⁶²⁾ Vgl ErläutRV des GesRÄG 2011 – 1252 BlgNR 24. GP 18 f.

⁶³⁾ H^{ügel}, Umgründungsbilanzen Rz 2.16; Strimitzer in Helbich/Wiesner/Bruckner, Handbuch der Umgründungen, Band C, Q3 Rz 29.

⁶⁴⁾ Vgl die Kritik der OGH-Entscheidung vom 29. 5. 2008 bei Kalss/Eckert/Schörghofer, GesRZ 2009, 76 ff, die Antikritik bei Harrer, wbl 2009, 332 f sowie die Beiträge in diesem Tagungsband.

der Vermögensbindung und des Kapitalschutzes, Letzterer bestehend aus Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung. Eines Systems, zu welchem nicht nur die bei der heutigen Tagung behandelten Teilbereiche der Kapitalaufbringung und Kapitalherabsetzung gehören, sondern vielmehr auch das weite Feld des Jahresabschlusses und der Gewinnverteilung. Müssen GmbH & Co KG künftig gebundene Kapitalrücklagen, vielleicht auch eine gesetzliche Rücklage bilden?⁶⁵⁾ Kommen die Ausschüttungssperren des § 235 UGB zur Anwendung? Vermögensbindung und Kapitalschutz sind schließlich – wie Sachdividende und Realteilung zeigen – untrennbar mit dem SpaltG verknüpft: § 3 und § 15 SpaltG sind teleologisch begründete Folgen der § 52 AktG und § 82 GmbHG.

§ 82 GmbHG lässt sich nicht isoliert auf die GmbH & Co KG übertragen. Es kann keine „halbe“ Kapitalgesellschaft geben. Die Umwandlung der GmbH & Co KG in eine „ganze“ Kapitalgesellschaft aber wäre ein Großprojekt, das aus methodologischen und verfassungsrechtlichen Gründen nur der Gesetzgeber in Angriff nehmen könnte⁶⁶⁾. Er sollte das nicht tun⁶⁷⁾, vielmehr sollte er der Aussage des OGH entgegenreten, so wie dies auch im Stiftungsrecht richtigerweise geschehen ist, sofern der OGH nicht selbst seine Judikatur revidiert.

VI. Ergebnisse

Wird mit der OGH-Entscheidung vom 29. 5. 2008⁶⁸⁾ die analoge Anwendung des § 82 GmbHG auf GmbH & Co KGs zugrunde gelegt, hat dies folgende Konsequenzen für die Realteilung einer GmbH & Co KG:

1. Die Übertragung von Vermögensgegenständen einer GmbH & Co KG durch Realteilung ist als verbotene Einlagenrückgewähr unzulässig und nichtig.

⁶⁵⁾ Dafür C. Nowotny, RdW 2009, 329 – mit Bezug auf § 23 GmbHG und § 130 AktG idF vor dem AktRÄG 2009, das die Rücklagenbindung in § 229 Abs 2–7 UGB verankert hat (die Anpassung des § 23 GmbHG wurde vom Gesetzgeber übersehen). Auf Basis dieser neuen gesetzessystematischen Stellung beziehen sich diese Regelungen gem § 221 Abs 5 UGB nunmehr tatsächlich auf unternehmerisch tätige GmbH & Co KGs. Ob die Herstellung dieser Verweisungsbeziehung aus Anlass der Transferierung der Bindungsvorschriften aus § 130 AktG in § 229 UGB, deren Hauptzweck offenkundig doch wohl darin bestand, im Zweiten Unterabschnitt des Vierten Abschnitts des AktG für das neue HV-Recht „Platz zu schaffen“, der Sinn der Einbeziehung der GmbH & Co KG in die Rücklagenbindungsvorschrift beizulegen ist, erscheint indessen zweifelhaft. Gegen die Anwendung der Rücklagenbindung auf GmbH & Co KGs: *Hübner-Schwarzinger/Konezny* in *Hirschler*, Bilanzrecht § 229 UGB Rz 38; C. Nowotny in *GedS Arnold* (2011) 107 mit Nachweisen zum Streitstand in FN 31. Nunmehr stellt sich die Frage, ob nicht bereits § 130 AktG, § 23 GmbHG aF analog anzuwenden waren.

⁶⁶⁾ So iE auch C. Nowotny, RdW 2009, 331

⁶⁷⁾ Zutreffend *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ: „Aus rechtspolitischer Sicht ist die Erstreckung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsgrundsätze auf die GmbH & Co KG im engeren Sinn möglicherweise diskussionswürdig (wenngleich im Ergebnis wohl nicht besonders sinnvoll).“

⁶⁸⁾ Die analoge Anwendung des § 82 Abs 1 GmbHG auf die GmbH & Co KG ist mE abzulehnen. Dazu im Text unter Punkt II.

2. Zulässig wäre die Vornahme der Realteilung als Sachdividende. Bei der GmbH muss allerdings der Verkehrswert der auszuschüttenden Vermögensgegenstände im Bilanzgewinn Deckung finden. Sollte entsprechend der These *Rüfflers* das Kapitalkonto der GmbH & Co KG für Ausschüttungen zur Verfügung stehen, begrenzt das Kapitalkonto das Realteilungsvolumen. Unter Berücksichtigung der üblichen Eigenkapitalausstattungen sowie des üblicherweise hohen Werts abzuteilender Betriebe, Teilbetriebe und Beteiligungen im Verhältnis zum Gesamtwert des Gesellschaftsvermögens werden Realteilungen häufig nicht im ungebundenen Kapital einer GmbH & Co KG Deckung finden.

3. Abhilfe könnte die analoge Anwendung des SpaltG auf die Realteilung von GmbH & Co KGs bringen. Hier stellen sich aber Anwendungsprobleme, insb im Zusammenhang mit dem Summengrundsatz, der Durchführung einer Restvermögensprüfung, der Eintragung einer Realteilung im Firmenbuch und der Solidarhaftung nach § 15 SpaltG, die zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen.

4. Wird eine Realteilung faktisch unter den Gläubigerschutzkautele des SpaltG durchgeführt, kommt eine Schadenersatzhaftung der beteiligten Organe und Berater oder eine Amtshaftung aufgrund der Tätigkeit des Firmenbuchrichters mangels Verschuldens nicht in Betracht.

5. Das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG) ist keine isolierte Norm, die allein analog auf eine GmbH & Co KG angewendet werden könnte, sondern Bestandteil eines mehrschichtigen Gläubigerschutzsystems, zu welchem insb Vermögensbindung und Kapitalschutz, Jahresabschluss und Gewinnverteilung sowie die §§ 3 und 15 SpaltG gehören. Die Übertragung dieses Gläubigerschutzsystems auf die GmbH & Co KG fällt nicht in die Rechtsfortbildungskompetenz der Gerichte, sondern wäre dem Gesetzgeber vorbehalten.

6. Rechtspolitisch ist die „Umwandlung“ der GmbH & Co KG in eine Kapitalgesellschaft abzulehnen.