

## **Übergang des Gesellschaftsvermögens einer GesbR auf OG/KG im Zusammenhang mit § 8 Abs 3 UGB**

20.03.2008

Das der GesbR gewidmete Vermögen steht im Miteigentum der Gesellschafter, soweit diese nicht reine Arbeitsgesellschafter sind. Es bildet ein Sondervermögen. Der Miteigentumsanteil ist gesellschaftsrechtlich gebunden, sodass nur nach der gesellschaftsrechtlichen Regelung darüber verfügt werden darf, aber frei verfügt werden kann. Das Gesellschaftsvermögen ist als Sondervermögen von den anderen Vermögen der Mitglieder (Privatvermögen) zu trennen (AnwBl 1997, 424).

§ 1210 ABGB befasst sich mit dem Gesellschafterausschluss bei der GesbR. In diesem Zusammenhang wird judiziert, dass die Beendigung einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden GesbR durch den Ausschluss eines Gesellschafters zum Übergang des Vermögens der GesbR auf den verbleibenden Gesellschafter im Wege der Gesamtrechtsnachfolge führt (RdW 1988, 421; JBl 1989, 383; RdW 1990, 376; RdW 1992, 337).

Demnach können die Gesellschafter einer Zweimanngesellschaft auch vereinbaren, dass der verbleibende Gesellschafter den Gesellschaftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters übernimmt. Auch in diesem Fall erlischt zwar die Zweimanngesellschaft, doch geht mit dem Ausscheiden des einen Gesellschafters das Gesellschaftsvermögen zur Gänze (zu ergänzen wohl: im Wege der Gesamtrechtsnachfolge) auf den anderen über (SZ 54/84).

Wenn mehrere Personen ein Unternehmen in der Rechtsform einer GesbR betreiben, sind sie gemäß § 8 Abs 3 UGB bei Überschreitung des Schwellenwertes des § 189 zur Eintragung der Gesellschaft als OG oder als KG verpflichtet. Solange sie dieser Verpflichtung nicht nachkommen, bleibt die Gesellschaft nach außen weiterhin als GesbR bestehen, weil gemäß § 123 Abs 2 UGB die Eintragung der OG/KG stets konstitutive Wirkung hat. Damit stellt sich die Frage, in welcher Weise die OG/KG in die Rechtspositionen der GesbR kommt. Im Geltungsbereich des HGB wurde diesbezüglich angenommen, dass sich dieser Übergang als identitätswahrender

Rechtsformwechsel von der GesBR in die OHG/KG vollzieht (Nachweise bei *Dehn* in Krejci, RK UGB, Rz 29 zu § 8). *Dehn* meint weiter, dass dies im Geltungsbereich des UGB nicht mehr aufrechterhalten werden könne, weil aufgrund der Betonung der umfassenden Rechtsfähigkeit einer OG/KG in § 105 unter gleichzeitigem Entfall des Modells der Gesamthandgemeinschaft der Gesellschafter die strukturellen Zuordnungen des Gesellschaftsvermögens von GesbR und OG/KG gänzlich verschieden werden: Das als Miteigentum der GesbR-Gesellschafter gebundene Gesellschaftsvermögen werde in einer OG/KG nicht bloß gesamthändisch zwischen diesen gebunden, sondern stehe im Alleineigentum der OG/KG. Schon allein deshalb könne daher nicht mehr von einer Identitätswahrung bei Eintragung einer GesbR als OG/KG ausgegangen werden.

Damit stelle sich die Frage nach der Art des Übergangs des von den GesbR-Gesellschaftern betriebenen Unternehmens, und zwar sowohl im Hinblick auf die im Miteigentum der Gesellschafter stehenden Sachgüter als auch auf deren vertrags- und sonstige vermögensrechtliche Positionen. Für eine Gesamtrechtsnachfolge bedürfte es einer gesetzlichen Grundlage, die aber weder in Gestalt des § 8 Abs 3 noch des § 123 Abs 2 UGB vorliege. Demnach müsse man davon ausgehen, dass die Übertragung des Unternehmens von der GesbR auf die OG/KG grundsätzlich im Wege der Einzelrechtsnachfolge zu erfolgen habe (*Dehn* aaO, Rz 30 f zu § 8).

*Dehn* geht also von einer (grundsätzlichen) Notwendigkeit einer Einzelrechtsnachfolge aus. Wenn aber weder § 8 Abs 3 noch § 123 Abs 2 UGB ausreichende gesetzliche Grundlagen für einen Vermögensübergang bilden, wird man zur Lösung der diesbezüglichen Problematik wohl auch auf § 142 UGB zurückgreifen können. Die Verpflichtung des § 8 Abs 3 zur Eintragung der Gesellschaft als OG oder KG setzt für den Fall, dass dieser Verpflichtung nachgekommen wird, immer den Abschluss eines entsprechenden Gesellschaftsvertrages voraus. Die GesbR-Gesellschafter müssen sich demnach - auch konkludent - hinsichtlich der Mindestvoraussetzungen zur Bildung einer Personengesellschaft einig sein, sie müssen sich also auch bezüglich ihrer Beteiligung an der Personengesellschaft Gedanken machen. Gemäß § 109 Abs 1 UGB bestimmt sich die Beteiligung der Gesellschafter an der Gesellschaft nach dem Verhältnis des Wertes der vereinbarten Einlagen

(Kapitalanteil), soweit sie nichts anderes vereinbart haben, wobei im Zweifelsfall die Gesellschafter zu gleichen Teilen beteiligt sind. Die Einlage eines Gesellschafters ist ein vermögenswerter Gesellschafterbeitrag, der dazu dient, das Gesellschaftsvermögen zu bilden bzw. aufzustocken (*Krejci aaO*, Rz 8 zu § 109). Regelmäßig wird man in der hier interessierenden Konstellation davon ausgehen können, dass das Vermögen der GesbR - soweit nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wird - auf die mit Eintragung konstitutiv entstehende Personengesellschaft dadurch übertragen werden soll, dass die GesbR-Gesellschafter ihre Gesellschaftsanteile an der GesbR in die Personengesellschaft einbringen. Wenn nunmehr die Judikatur zu § 1210 ABGB in den Fällen des Gesellschafterausschlusses bzw. des einvernehmlichen Ausscheidens eines Gesellschafters das Regelungsmodell des § 142 UGB (HGB) heranzieht, lassen sich diese Gedanken auch für den Übergang des Gesellschaftsvermögens auf die entstehende Personengesellschaft nutzbar machen, zumal nichts anderes geschieht, als dass die Einbringung aller Gesellschaftsanteile der GesbR in die OG/KG zu einer Vereinigung dieser Anteile in einer Hand führt, was gemäß § 142 UGB Gesamtrechtsnachfolge bewirkt.

Jedenfalls lässt sich damit die aufgezeigte Problematik elegant dadurch lösen, dass die Gesellschafter bei Abschluss des OG/KG-Gesellschaftsvertrages ausdrücklich regeln, in Erfüllung ihrer Einlageverpflichtungen ihre GesbR-Anteile in die zu gründende Personengesellschaft einzubringen. Im Hinblick auf die eingangs geschilderte Judikatur wird man nämlich davon ausgehen können, dass auch die Einbringung von Mitunternehmeranteilen einer GesbR in eine OG/KG (oder sonstigen Rechtsträger) zur Gesamtrechtsnachfolge nach § 142 UGB führt.