

Umwandlung auf GmbH & Co KG gemäß § 2 Abs 1 UmwG

19.06.2008

Seit dem GesRÄG 2007 und der Neufassung des § 2 Abs 1 UmwG ist die verschmelzende Umwandlung auf Kapitalgesellschaften nicht mehr zulässig. Gemäß § 2 Abs 1 UmwG kann die Hauptversammlung/Generalversammlung der Kapitalgesellschaft die Umwandlung durch Übertragung des Unternehmens auf den Hauptgesellschafter beschließen, wenn diesem Anteilsrechte an mindestens 9/10 des Grundkapitals/Stammkapitals gehören und er für die Umwandlung stimmt, es sei denn, dass der Hauptgesellschafter eine Aktiengesellschaft, eine GmbH oder sonst eine Kapitalgesellschaft im Sinne des § 1 Abs 2 EU-VerschG mit Sitz in einem Mitgliedstaat im Sinne des § 1 Abs 3 EU-VerschG ist.

Stephan Verweijen befasst sich in seinem Beitrag in **ecolex 2008, 329** mit der Frage, ob davon auch die Umwandlung auf verdeckte Kapitalgesellschaften, insbesondere auf eine GmbH & Co KG, erfasst ist.

Er kommt zum Schluss, dass zwar einiges für die Gleichbehandlung verdeckter Kapitalgesellschaften mit GmbH bzw. AG spricht, sie aber nicht unter den Begriff der Kapitalgesellschaften im Sinne des § 1 Abs. 2 EU-VerschG fallen. Daraus folgert er konsequent, dass das vom Gesetzgeber bezweckte Ziel, nämlich die Verhinderung der verschmelzenden Umwandlung auf Kapitalgesellschaften, leicht umgangen werden. Diese Umgehung könnte wie folgt gestaltet werden:

- Hauptgesellschafter gründet eine GmbH & Co KG mit dem Hauptgesellschafter als Komplementär
- Einbringung/Übertragung der Beteiligung in diese GmbH & Co KG
- Umwandlung der Kapitalgesellschaft auf den neuen Hauptgesellschafter
- Ausscheiden des Kommanditisten aus der KG mit der Folge des Vermögensübergangs gemäß § 142 UGB auf den verbleibenden Komplementär, also die GmbH
- Ergebnis in wirtschaftlicher Sicht: Verschmelzende Umwandlung einer Kapitalgesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft

Wenn auch die Frage diskutiert werden kann, ob dieses Ergebnis „mit relativ einfachen Mitteln erreicht werden kann“ (so *Verweijen aaO*, 331), ist die Zulässigkeit dieses Vorgehens aus meiner Sicht nicht in Abrede zu stellen. § 1 Abs 2 Z 1 EU-VerschG verweist nämlich auf Art. 1 der RL 68/151/EWG, in die als

Kapitalgesellschaften für Österreich nur die AG und die GmbH (nicht jedoch die GmbH & Co KG) eingefügt wurden.

§ 1 Abs 2 Z 2 EU-VerschG definiert eine Kapitalgesellschaft als solche, die Rechtspersönlichkeit besitzt, über gesondertes Gesellschaftskapital verfügt, das allein für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet und die nach dem für sie maßgebenden innerstaatlichen Recht Schutzbestimmungen im Sinne der RL 68/151/EWG im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter einhalten muss. Verweijen weist in seinem genannten Beitrag völlig zutreffend darauf hin, dass das gesonderte Gesellschaftskapital das unterscheidende und entscheidende Merkmal dafür ist, eine Gesellschaftsform als Kapitalgesellschaft im Sinne der RL 68/151/EWG zu betrachten. Da eine GmbH & Co KG nicht über ein gesondertes Gesellschaftskapital verfügen muss, ist sie auch nicht als Kapitalgesellschaft iSd § 1 Abs 2 EU-VerschG anzusehen.

Dr. Klaus Jennewein
www.iusmaps.at