

FESTSCHRIFT FÜR  
GEORG MAIER-REIMER  
ZUM 70. GEBURTSTAG



VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN 2010

HANNES F. HÜGEL

Kapital entsperrende und Gewinn realisierende Verschmelzungen  
– Zur Bilanzierung und Bindung von Verschmelzungsdifferenzbeträgen –

I. Gläubigerschutz bei Umwandlungen

Umwandlungen berühren Gläubigerinteressen in verschiedener Weise, entsprechend existieren unterschiedliche Schutzmechanismen: Nach einer viel beachteten Untersuchung von *Karsten Schmidt*<sup>1</sup> ist zwischen institutionellen Maßnahmen (vorwiegend) zum Schutze künftiger Gläubiger und individuellem Gläubigerschutz zu Gunsten existierender Gläubiger der an der Umwandlung beteiligten Rechtsträger zu unterscheiden.

Institutioneller Gläubigerschutz sind vor allem<sup>2</sup> die Grundsätze der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung: Im Interesse künftiger Gläubiger wird ein Haftungsfonds in Höhe des Nennkapitals zuzüglich gebundener Kapitalrücklagen aufgebracht. Dies gilt auch für Umwandlungen. Der Wert des umwandlungsbedingt übergehenden Vermögens muss zumindest den Nennbetrag des Gründungskapitals (bei der Umwandlung unter Neugründung) oder der Kapitalerhöhung, jeweils zuzüglich eines festgesetzten Aufgeldes, decken. Unterbleibt die Ausgabe neuer Anteile, verhindert der Grundsatz der Kapitalerhaltung die Minderung des Vermögens des übernehmenden Rechtsträgers. Das Thema ist von der Downstream-Verschmelzung bekannt, die nach einem LBO häufig zum Übergang eines Schuldenüberhangs, eines „negativen Vermögens“, von der Erwerbs-Holding auf die Target-Gesellschaft führen würde<sup>3</sup>.

Ausschließlich dem Schutz bereits existierender Gläubiger dienen hingegen die umwandlungsrechtlichen Sicherheitsleistungsansprüche (§ 22 UmwG, § 226 öAktG, § 15 Abs. 2 bis 5 öSpaltG<sup>4</sup>), ferner aber auch der Haftungsverbund für die aus einer

<sup>1</sup> ZGR 1993, 366 ff.

<sup>2</sup> Im Kontext der Umwandlungen sind ferner die Spezial-Haftungsbestimmungen der § 25 UmwG, § 227 öAktG zu nennen.

<sup>3</sup> Dazu etwa *Riegger* ZGR 2008, 233, 246 ff. mwN; seit der grundlegenden Entscheidung des öOGH vom 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b, SZ 72/172 = GesRZ 2000, 25 (Entscheidungen österreichischer Gerichte werden auf der Website des Bundeskanzleramtes [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at) veröffentlicht) ist die Übertragung eines „negativen Vermögens“ durch Downstream-Verschmelzung unzulässig (dazu unten III.).

<sup>4</sup> Umwandlungen, die in Österreich „Umgründungen“ genannt werden (der Begriff der Umwandlung ist in Österreich für den Formwechsel und die im öUmwG geregelte übertragende Umwandlung von Kapitalgesellschaften auf Personengesellschaften reserviert), sind (bedauerlicherweise) nicht in einem einheitlichen Umgründungsgesetz geregelt: Der Kernbestand der Verschmelzungsregelungen sind die §§ 219 ff. öAktG, die teilweise auch für die GmbH-Verschmelzung gelten (§§ 96 ff. öGmbHG). Die Spaltung ist im Spaltungsgesetz („öSpaltG“) geregelt; im Rahmen der Spaltung zur Aufnahme wird auf das Aktien- und GmbH-rechtliche Verschmel-

Spaltung hervorgehenden Gesellschaften (§ 133 UmwG, § 15 Abs. 1 öSpaltG). Allgemein sollen diese Regelungen Schutz vor der Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen durch die rechtlichen und tatsächlichen Veränderungen aufgrund der Umwandlung bieten<sup>5</sup>: Ist der Gläubiger nach der Umwandlung mit einer anderen Rechtsform konfrontiert, kann dies zu einer Reduktion institutionellen Gläubigerschutzes führen, wie etwa zum Wegfall eines Aufsichtsrats oder zum Wegfall von Rücklagenbindungsvorschriften (§ 150 AktG, § 229 Abs. 4 bis 7 öUGB<sup>6</sup>). In tatsächlicher Hinsicht drohen folgende Gefahren: Die Vereinigung mit einer überschuldeten Gesellschaft wäre für die Gläubiger der anderen Gesellschaft nachteilig. Gleiches ist – wenn auch in geringerem Maße – bei praktisch jeder Verschmelzung der Fall, weil die verschmelzenden Gesellschaften – auch wenn sie nicht überschuldet sind – unterschiedliche Bonität aufweisen. Dies hat seinen Grund zunächst in unterschiedlichen Eigenkapitalquoten; diese korrespondieren mit unterschiedlichen Schuldendeckungsgraden (dazu vgl die Bilanzbeispiele unter V.). Neben diesem statischen Kriterium fallen unterschiedliche Ertrags- und Liquiditätssituationen ins Gewicht<sup>7</sup>. Umstritten ist, ob die Verschmelzung überschuldeter Gesellschaften im Interesse von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung *ste* unzulässig ist<sup>8</sup>.

Ferner bewirkt die Umwandlung gelegentlich eine Reduktion der Vermögensbindung aufgrund einer Reduktion des Nennkapitals und/oder gebundener Rücklagen („Ausschüttungssperren“)<sup>9</sup>. Wie *Maier-Reimer* bemerkt hat, droht dies allerdings nicht bei der Verschmelzung mit einer übernehmenden AG, weil der über den Nennbetrag der Kapitalerhöhung hinausgehende Buchwert des verschmelzungsbedingt übergehenden Vermögens in die gemäß § 150 AktG gebundene Kapitalrücklage einzustellen ist<sup>10</sup>. Findet bei einer übernehmenden AG hingegen keine Kapitalerhöhung statt, oder fungiert eine GmbH als übernehmende Gesellschaft;

zungsrecht verwiesen (§ 17 öSpaltG). Der Formwechsel von Kapitalgesellschaften („Umwandlung“) ist in den §§ 239 ff. öAktG geregelt.

<sup>5</sup> Vgl. schon *Goldschmidt*, S. 90 ff.

<sup>6</sup> Weitgehend übereinstimmend mit § 150 AktG ist hier die Verpflichtung zur Bindung bestimmter Kapitalrücklagen sowie zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage geregelt. Anders als nach deutschem Recht trifft diese Verpflichtungen nicht nur die AG, sondern auch die große GmbH. Das Unternehmensgesetzbuch („öUGB“) knüpft nicht mehr an den Kaufmannsbegriff, sondern an den Unternehmerbegriff an, stimmt aber sonst in Systematik und in den meisten Einzelregelungen mit dem deutschen HGB überein.

<sup>7</sup> Vgl. etwa *Simon*, in: KK-UmwG, § 22 Rn. 25 ff.

<sup>8</sup> Ob zB eine Verschmelzung nur dann zu unterbleiben hat, wenn die Aufbringung neuen Nennkapitals infolge Überschuldung der übertragenden Gesellschaft scheitert, oder ob dies auch bei der Upstream-Verschmelzung mit einer überschuldeten Untergesellschaft gilt, ferner in welchen Fällen die Überschuldung der übernehmenden Gesellschaft die Verschmelzung hindert, ist in Österreich Gegenstand mehrerer Gerichtsentscheidungen und einer intensiven Diskussion im Schrifttum: Nachweise bei *Koppensteiner*, FS Westermann, S. 1168 f.; *Szep* in *Jabomegg/Strasser* (Hrsg.), AktG, 5. Aufl., § 224 Rn. 8 ff; *Hügel*, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht, § 1 Rn. 50 – jeweils mwN. Zur deutschen Diskussion, insbesondere zur Downstream-Verschmelzung bei Überschuldung, jüngst *Klein/Stephanblome* ZGR 2007, 364 ff.

<sup>9</sup> *Ihrig* ZHR 160 (1996) 317 ff., 336f.; weiters *Maier-Reimer*, in: Semler/Stengel (Hrsg.), UmwG, 2. Aufl., § 22 Rn.25.

<sup>10</sup> *Maier-Reimer*, in: Semler/Stengel (Hrsg.), UmwG, 2. Aufl., § 22 Rn. 24; Gleiches ergibt sich in Österreich unstrittig aus § 229 Abs. 4 öUGB (bzw. der Vorläuferbestimmung § 130 öAktG), allerdings nicht nur für die AG, sondern auch für die große GmbH.

kann es zur Freisetzung bisher gebundenen Kapitals kommen. Sowohl österreichische als auch deutsche Literaturmeinungen betrachten den im Anschluss an die Verschmelzung gewährten, nachgeschalteten Sicherheitsleistungsanspruch (§ 22 UmwG, § 226 öAktG) als abschließenden Gläubigerschutz vor dieser Verminderung des Haftungsfonds. Demgegenüber konstatieren das überwiegende Schrifttum und der österreichische Oberste Gerichtshof<sup>11</sup> (OGH) ein Gläubigerschutzdefizit: Im deutschen Schrifttum wurde gelegentlich Abhilfe in der Addition der Nennkapitalien der verschmelzenden Gesellschaften gesucht. Überwiegen dürfte freilich heute die Ansicht, die die Ausschüttung des verschmelzungsbedingt freigesetzten Kapitals kraft einer Analogie zum Gläubigerschutz bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung an die vorangehende Sicherheitsleistung binden will<sup>12</sup>. Diesen Weg wollte auch der österreichische Gesetzgeber gehen (unten IV.), nachdem der OGH die Durchführung Kapital herabsetzender Verschmelzungen – nicht die Ausschüttung des freigesetzten Kapitals – von der vorgeschalteten Sicherheitsleistung abhängig gemacht hatte (unten III.). Bei dem Versuch, den Anspruch auf vorgeschaltete Sicherheitsleistung an den Kapital herabsetzenden Effekt der Verschmelzung anzuknüpfen, ergab sich indessen ein grundsätzliches Problem: Offenbar wurde, dass die verschmelzungsbedingte Freisetzung von Mitteln, die vor der Verschmelzung gebunden waren, wenig mit den Nennkapitalbeträgen der verschmelzenden Gesellschaften zu tun hat.

Wie die österreichische Registerpraxis im Gefolge der genannten OGH-Entscheidung zeigt, hat die Entscheidung des Meinungsstreits bedeutsame Konsequenzen für Überprüfungscompetenz und Verantwortung: Vorgeschaltete Sicherheitsleistung, die im Sinne der OGH-Judikatur Voraussetzung der Eintragung der Verschmelzung ist, erfordert die Überprüfung der bilanziellen Effekte aus Anlass einer jeden Verschmelzung durch das Registergericht. Bei nachgelagerter Sicherheitsleistung ist dies nicht der Fall. Da Sicherheitsleistung selten begehrt wird, unterliegt der Verschmelzungsvorgang meist keiner gerichtlichen Kontrolle; die Verantwortung für Gesetzmäßigkeit und wirtschaftliche Zweckmäßigkeit tragen nach dieser Ansicht ausschließlich die Verwaltungsorgane; dies wird durch umwandlungsrechtliche Sonder-Haftungsbestimmungen (§ 26 UmwG, § 227 öAktG (dazu unten VI.)) unterstrichen.

Mein Beitrag stellt zunächst den Summengrundsatz des österreichischen Spaltungsgesetzes (SpaltG) dar (unten II.), der die OGH-Entscheidung vom 11.11.1999 beeinflusst hat (dazu unten III.). Die Diskussion aus Anlass des Versuchs des österreichischen Gesetzgebers zur Kodifikation des von der OGH-Judikatur geprägten verschmelzungsrechtlichen Kapitalerhaltungsgrundsatzes ergab indessen: Vom Kapital herabsetzenden Effekt einer Verschmelzung ist der Kapital entsperrende Effekt zu unterscheiden; insbesondere von der Upstream-Verschmelzung ist bekannt, dass die Entstehung eines ausschüttungsfähigen Verschmelzungsgewinns vom Ansatz der Beteiligung an der Untergesellschaft in der Bilanz der Obergesellschaft und der Höhe des Eigenkapitals der Untergesellschaft abhängt<sup>13</sup> (dazu unten IV.). Da es nicht nur um die Entsperrung von Beträgen geht, die bei der übertra-

<sup>11</sup> Beschluss vom 11.11.1999, 6 Ob 4/99b, SZ 72/172 = GesRZ 2000, 25; OHG 15.4.2010, 6 Ob 226/09f.

<sup>12</sup> Nachweise zum Meinungsstand unter VI.

<sup>13</sup> So schon Diskussionsbeitrag von *Rödter* DNotZ 1998 Sonderheft, S. 209f.

genden Gesellschaft als Kapital (Nennkapital oder gebundene Rücklagen) gebunden waren, sondern auch um Verschmelzungsgewinne, ist es sinnvoll, als Oberbegriff vom Mittel freisetzenden Effekt der Verschmelzung zu sprechen. Dieser Effekt wird verstärkt, wenn das umwandlungsbedingt übergehende Vermögen in der Bilanz des übernehmenden Rechtsträgers nicht zu fortgeführten Buchwerten (§ 24 UmwG, § 202 Abs. 2 Nr. 1 öUGB), sondern – aufgrund einer Neubewertung – mit den Anschaffungskosten oder dem Zeitwert<sup>14</sup> angesetzt wird<sup>15</sup>. Unter welchen Voraussetzungen es zur verschmelzungsbedingten Freisetzung von Mitteln kommt, ist anhand der bilanziellen Effekte der Verschmelzung zu überprüfen (dazu V.); überraschender Weise ist die unumgängliche bilanzrechtliche Analyse im Rahmen der bisherigen Untersuchungen praktisch ausnahmslos unterblieben<sup>16</sup>. Dies leitet zu einer umfassenden, nicht auf die Mittelfreisetzung beschränkten Analyse der gläubigerrelevanten Verschmelzungswirkungen über, die den Blick auf das sachangemessene Gläubigerschutzkonzept eröffnen soll (dazu VI.).

Da sich *Maier-Reimer* mit diesen Fragen befasst hat<sup>17</sup>, würde es den Verfasser freuen, wenn diese Ausführungen nicht nur zu einer deutsch-österreichischen Diskussion des Themas beitragen, sondern vor allem das Interesse des Jubilars finden.

## II. Der Summengrundsatz des österreichischen Spaltungsgesetzes

Die Vorstellung, die Aufrechterhaltung der Kapitalbindung könne durch eine Addition der Nennkapitalbeträge bewirkt werden, scheint im Verschmelzungsrecht eine eigenartige Faszination auszuüben. Indessen wurde in der deutschen Diskussion klar herausgearbeitet, dass das Ausmaß der Kapitalerhöhung bei der Verschmelzung mit Anteilsgewährung durch das Umtauschverhältnis (zwingend) determiniert wird und dieses – wegen der regelmäßig in den Anteilen enthaltenen stillen Reserven – stets zu einer Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft führt, die niedriger ist als das Nennkapital der übertragenden Gesellschaft<sup>18</sup>. Die Ergebnisse dieser Diskussion haben gesetzliche Anerkennung gefunden: Nach §§ 54 Abs. 1 Satz 3, 68 Abs. 1 Satz 3 UmwG besteht kein Kapitalerhöhungszwang

<sup>14</sup> Ob Anschaffungskosten oder Zeitwerte anzusetzen sind, ist insbesondere in Deutschland umstritten: dazu *Priester*, in: Lutter/Winter (Hrsg.), UmwG, 4. Aufl., § 24 Rn. 55 ff.; *Moszka*, in: Semler/Stengel (Hrsg.), UmwG, 2. Aufl., § 24 Rn. 44 ff. – jeweils mwN. Nach § 202 öUGB besteht ein Wahlrecht zum Ansatz des beizulegenden Werts (Zeitwerts) oder der Fortführung der Buchwerte aus der zugrunde gelegten Bilanz des übertragenden Rechtsträgers. Für die Vorrangigkeit der Anschaffungskostenbewertung gegenüber dem Zeitwertansatz bei Umgründungen mit „echter“ Gegenleistung (bei Vorliegen eines Markttests): *Hügel*, Umgründungsbilanzen, Rn. 1.30, 4.11; a. A. *Ludwig/Strimitzer*, in: Hirschler (Hrsg.), Bilanzrecht, 2010, § 202 UGB Rn. 7.

<sup>15</sup> Zu diesen Phänomenen zuletzt v. *Kalss* ZGR 2009, 78 f.

<sup>16</sup> Vgl. aber den schon frühzeitigen, in der Folge vom Schrifttum aber nicht beachteten Hinweis *Georg Nowotny*, *ecolx* 2000, 119, wonach die Mittelfreisetzung bei der Downstream-Verschmelzung ua vom Beteiligungsansatz abhängt.

<sup>17</sup> Kommentierung des § 22 UmwG in: Semler/Stengel (Hrsg.), UmwG, sowie in GmbHR 2004, 1128 ff.

<sup>18</sup> *Maier-Reimer* GmbHR 2004, 1128 und *Simon* Der Konzern 2004, 191 ff. gegen *Petersen* GmbHR 2004, 728; *ders.*, Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht S. 189 ff.; *ders.* Der Konzern 2004, 185, 188 ff.; vgl. auch den Diskussionsbericht *Der Konzern* 2004, 195 f.

im Interesse des Gläubigerschutzes. Vielmehr dient die Anteilsgewährung bei der Verschmelzung ausschließlich dem Schutz der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, sofern diese für den Verlust ihrer Anteile an der übertragenden Gesellschaft mit Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft abgefunden werden müssen; folglich kann die Anteilsgewährung insbesondere beim Verzicht aller Anteilsinhaber eines übertragenden Rechtsträgers unterbleiben<sup>19</sup>.

Kommt der Summengrundsatz somit aufgrund der Abhängigkeit der Anteilsgewährung vom Umtauschverhältnis im Verschmelzungsfall nicht in Betracht, leistet er im Spaltungsrecht zur Aufrechterhaltung unveränderter Kapitalbindung wertvolle Dienste. Hier existieren bemerkenswerte Unterschiede in den gesetzlichen Rahmenbedingungen: Nach dem EU-Beitritt Österreichs wurde im Zuge der Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen Richtlinien im Jahre 1996 ein ausschließlich für Kapitalgesellschaften geltendes Spaltungsgesetz („öSpaltG“) erlassen<sup>20</sup>. Das Konzept der Spaltung und viele Einzelregelungen hatte der Gesetzgeber dem deutschen Referentenentwurf zur Bereinigung des Umwandlungsrechts sowie dem deutschen Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen entnommen<sup>21</sup>. Dennoch bestehen Abweichungen. Eine davon ist: Für die Aufspaltung und Abspaltung zur Neugründung<sup>22</sup> ordnet § 3 Abs. 1 öSpaltG den Summengrundsatz an:

„Die Summe der Nennkapitalien der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften muss mindestens die Höhe des Nennkapitals der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung erreichen, die Summe der gebundenen Rücklagen der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften mindestens die Höhe der gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung. Gebundene Rücklagen dürfen auf die neuen Gesellschaften übertragen werden. Für solche Rücklagen gilt auch bei kleinen Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 229 Abs. 7 UGB<sup>23</sup>.“

<sup>19</sup> So auch § 224 Abs. 2 Nr. 2 öAktG idF des EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetzes 1996 (EU-GesRÄG 1996); die Zulässigkeit des Verzichts auf die Anteilsgewährung war indessen bereits früher anerkannt. Anteilsgewährungspflicht im Interesse des Gläubigerschutzes stand in Österreich nicht zur Diskussion: vgl. *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, S. 656 ff. § 224 öAktG regelt folgerichtig nicht Verbote und Wahlrechte zur Kapitalerhöhung, sondern zur Anteilsgewährung. Die Kapitalerhöhung ist nur ein Mittel, die zur Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft benötigten Anteile bereitzustellen. Die Konzeptänderung gegenüber § 224 öAktG idF vor dem EU-GesRÄG 1996 (= § 238 dAktG 1937) geht auf Untersuchungen des Verfassers zurück; dazu *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung S. 524 ff.

<sup>20</sup> Dazu etwa *Kalss*, Handkommentar zur Verschmelzung Spaltung Umwandlung, 1997.

<sup>21</sup> So die Begründung im Rahmen des Berichts des Justizausschusses zum Vorläufer, dem Spaltungsgesetz von 1993: 1016 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates 18. Gesetzgebungsperiode.

<sup>22</sup> Leider hat es der österreichische Gesetzgeber bei Einführung der Spaltung zur Aufnahme im Rahmen des öSpaltG von 1996 verabsäumt, den Summengrundsatz auch mit Wirkung für die Abspaltung zur Aufnahme einzuführen. Dies wäre leicht möglich gewesen: An die Stelle des Grundkapitals der bei der Spaltung zur Neugründung entstehenden Gesellschaft müsste nur der Betrag der Kapitalerhöhung bei der im Zuge der Spaltung zur Aufnahme übernehmenden Gesellschaft gesetzt werden. In Summe müssten Nennkapital der übertragenden Gesellschaft und Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft dem Nennkapital der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung entsprechen.

<sup>23</sup> Entspricht (mit geringfügigen Abweichungen) der Auflösungsregelung des § 150 Abs. 3 AktG.

Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 öSpaltG darf bei der Abspaltung das Nennkapital ohne vorangehenden Gläubigeraufruf sowie Befriedigung oder Sicherheitsleistung der Gläubiger herabgesetzt werden. Werden die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung eingehalten, darf gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 öSpaltG vom Summengrundsatz des § 3 Abs. 1 öSpaltG abgewichen werden.

Der Sinn der Regelung liegt auf der Hand: Bleibt die Summe der Ausschüttungssperren gleich, kommt es nicht zur Entsperrung von bis zur Spaltung gebundenen Kapitals. Zusätzlich werden die Kapitalaufbringung bei der spaltungsbedingt entstehenden Gesellschaft und die Kapitalerhaltung bei der übertragenden Gesellschaft durch Werthaltigkeitsprüfungen abgesichert: Die Sacheinlage bei der neu entstehenden Gesellschaft unterliegt der Gründungsprüfung. Im Rahmen der sog. Restvermögensprüfung wird kontrolliert, ob der tatsächliche Wert des bei der abspalterden Gesellschaft verbleibenden Nettoaktivvermögens wenigstens die Höhe ihres Nennkapitals zuzüglich gebundener Rücklagen abdeckt; die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Gründungsprüfung sind auf die Restvermögensprüfung sinngemäß anzuwenden (§ 3 Abs. 4 öSpaltG). Derart stellt das Gesetz sicher, dass die Spaltung kein zusätzliches Ausschüttungspotential generiert. In Verbindung mit der auf den Wert des jeweils zugewiesenen Vermögens betragsmäßig beschränkten Solidarhaftung der aus der Spaltung hervorgehenden Gesellschaften (§ 15 öSpaltG) bleibt der Haftungsfonds unverändert. In Deutschland dürften gleichartige Ergebnisse (ohne Bezeichnung als „Summengrundsatz“) auf interpretativem Wege erreicht werden<sup>24</sup>.

Der spaltungsrechtliche Summengrundsatz sollte die Fortbildung des österreichischen Verschmelzungsrechts durch Judikatur und Schrifttum in einer merkwürdig halbherzigen Form beeinflussen. Zwar wurde erkannt, dass die Addition der Nennkapitalbeträge bei der Verschmelzung ein undurchführbarer Holzweg wäre<sup>25</sup>. Dennoch entwickelte sich aus dem Summengrundsatz das Dogma des Verbots der Kapital herabsetzenden Verschmelzung in einer Weise, die an den berühmten Satz *Franz Grillparzers* aus dem „Bruderzwist in Habsburg“ gemahnt: „Das ist der Fluch von unserm edeln Haus: auf halben Wegen und zu halber Tat, mit halben Mitteln zauderhaft zu streben.“ Dient dies häufig als literarischer Beweis österreichischer Neigung zu halbherzigen, weil nicht weit genug gehenden inkonsequenten Schritten, ist der im österreichischen Verschmelzungsrecht anzutreffende „halbe Summengrundsatz“ einerseits zu wenig, weil nur die (freilich meist undurchführbare) Addition der in Nennkapital und Rücklagen gebundenen Beträge unverminderte Vermögensbindung garantieren könnte, und andererseits zuviel des Guten, weil verschmelzungsbedingte Kapitalherabsetzung – anders als die ordentliche Kapitalherabsetzung – nicht gleichbedeutend mit Kapitalentsperrung ist.

<sup>24</sup> Reichert, in: Semler/Stengel (Hrsg.) UmwG, 2. Aufl., § 139 Rn. 10.

<sup>25</sup> Koppensteiner S. 335 f.; Georg Eckert, wbl 1999, 385 f.

### III. Das Verbot Kapital herabsetzender Verschmelzungen in der OGH-Entscheidung vom 11. 11. 1999

Der OGH hatte eine Downstream-Verschmelzung im registerrechtlichen Eintragungsverfahren zu beurteilen: Die Mutter-GmbH mit einem Stammkapital von öS 160 Mio sollte von ihrer 100%igen Tochter-GmbH mit einem Stammkapital von öS 25 Mio aufgenommen werden. Die Gesellschafter der Mutter-GmbH hatten einstimmig beschlossen, die von der Mutter-GmbH gehaltenen Anteile an der Tochter-GmbH im Austausch für ihre untergehenden Anteile an der Mutter-GmbH zu übernehmen.

Ungeachtet der Tatsache, dass nur ein Durchgangserwerb beabsichtigt war, hielt das Erstgericht den verschmelzungsbedingten Übergang der Anteile auf die Tochter-GmbH für unzulässig und wies den Eintragungsantrag ab. Die Entscheidung wurde vom Rekursgericht mit geänderter Begründung bestätigt: Die Zuteilung der Anteile an die Gesellschafter der untergehenden Mutter-GmbH sei nicht formgültig erfolgt, weil die Gesellschafter an dem notariatsaktspflichtigen Verschmelzungsvertrag nicht beteiligt gewesen seien.

Auch vor dem OGH fand der Eintragungsantrag letztlich keine Gnade. Die Entscheidungsbegründung enthält für die Praxis wichtige Aussagen, denen – bis auf eine Ausnahme – durchwegs zu folgen ist: Aus § 224 Abs. 3 öAktG folgt die grundsätzliche Zulässigkeit der Downstream-Verschmelzung. Nach dieser Vorschrift dürfen die Anteile an der übertragenden Obergesellschaft nicht bei der übernehmenden Untergesellschaft verbleiben, sondern müssen („soweit erforderlich“) an die Gesellschafter der untergehenden Obergesellschaft ausgekehrt werden. Der nur in einer „juristischen Sekunde“ erfolgende Durchgangserwerb eigener Anteile ist kein Verschmelzungshindernis. Entgegen der Ansicht des Rekursgerichts erfolgt der Erwerb von Gesetzes wegen und bedarf keines formpflichtigen Abtretungsvertrages mit den Gesellschaftern.

Obiter äußert sich der OGH auch zum Verbot der Einlagenrückgewähr<sup>26</sup> bei Downstream-Verschmelzungen: Im Gegensatz zu § 30 des deutschen GmbHG verbietet § 82 öGmbHG (wie § 52 öAktG und § 57 AktG) im Prinzip jede Zuwendung der Gesellschaft an die Gesellschafter, die nicht Gewinnverwendung ist. Unzulässig ist daher jede unmittelbare oder mittelbare Zuwendung an einen Gesellschafter, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht und die wirtschaftlich das Gesellschaftsvermögen verringert. Mit dem Schrifttum verlangt der OGH, dass der Tochtergesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ein positiver Vermögenswert zukommt. Dabei muss der Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft, weil sie an die Gesellschafter ausgekehrt wird, außer Betracht bleiben. Das Verbot der Einlagenrückgewähr wird nicht durch den spezifisch ver-

<sup>26</sup> Anders als § 30 GmbHG ist nach § 82 Abs. 2 öGmbHG – inhaltlich übereinstimmend mit § 52 öAktG (entspricht § 57 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG) – das gesamte Vermögen gebunden, sodass das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht nur das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen umfasst.

schmelzungsrechtlichen Gläubigerschutz in Gestalt des nachgeschalteten Sicherheitsleistungsanspruches gemäß § 226 öAktG verdrängt. Seit dieser Entscheidung ist in Österreich weitgehend unstrittig, dass die Übertragung eines negativen Vermögens im Wege einer verschmelzungsrechtlichen Einlage bei Durchführung einer Kapitalerhöhung am Grundsatz der realen Kapitalaufbringung und bei Unterbleiben einer Kapitalerhöhung am Verbot der Einlagenrückgewähr scheitert<sup>27</sup>.

Doch diese Ausführungen des OGH waren nicht streitentscheidend, weil die Untergerichte weder das Vorliegen eines positiven noch eines negativen Vermögens festgestellt hatten. Der OGH bestätigte gleichwohl die Entscheidungen der Unterinstanzen mit der Begründung, Verschmelzungen mit Kapital herabsetzendem Effekt seien unzulässig. Am Beginn seiner Argumentation stellt er die Frage, ob der Summengrundsatz des § 3 öSpaltG auf Verschmelzungsfälle anwendbar ist oder ob sich schon aus den Kapitalerhaltungsvorschriften des AktG und des GmbHG ein allgemeiner Grundsatz ergibt, wonach die Kapitalbindung in gleichem Ausmaß bei der übernehmenden Tochtergesellschaft fortgesetzt werden müsse. Danach zieht der OGH den (unzutreffenden) Schluss vom Kapital herabsetzenden auf den Kapital entsperrenden Effekt der Verschmelzung: Für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft gehe von der Verschmelzung die Gefahr aus, dass „das Vermögen der übertragenden Gesellschaft ohne Kapitalerhöhung in das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft übergeht und sich dadurch gebundenes Kapital in freies Kapital verwandelt und in der Folge an die Gesellschafter ausgeschüttet werden kann“. Dass dies zu den in der Entscheidungsbegründung zitierten Ausführungen *Koppensteiners* im Widerspruch steht, entgeht dem OGH<sup>28</sup>. Mit *Koppensteiner* hält der OGH den erst *ex post* einsetzenden fusionsrechtlichen Gläubigerschutz nach §§ 226 ff. öAktG für nicht ausreichend; dieser verdrängt nicht die Kapitalerhaltungsregelungen.

Der OGH bestätigte die Abweisung des Eintragungsantrags zuletzt mit der Begründung, eine Muttergesellschaft mit hohem Nennkapital dürfe nicht auf eine Tochtergesellschaft mit niedrigerem Nennkapital verschmolzen werden. Allerdings eröffnete er in einem *obiter dictum* Zusatzmaßnahmen, die die Durchführung einer Kapital herabsetzenden Verschmelzung ermöglichen: die vorgeschaltete ordentliche Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft zur Rücklagenbildung; die Bildung einer gebundenen Rücklage bei der übernehmenden Gesellschaft oder ein vorgeschalteter Gläubigeraufruf mit „angemessener Frist“. Dies war zwar gut

<sup>27</sup> Zusammenfassung des Meinungsstands bei *Hügel*, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht, § 1 Rn. 50; anders noch *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, S. 526 f., 644 f. mit dem Hinweis zur Zulässigkeit des (gleichwertigen) Upstream-Verschmelzungs-Vorgangs und der Vorrangigkeit des Sicherheitsleistungsanspruch nach § 227 öAktG. Trotz (realer) Überschuldung der übertragenden Obergesellschaft ist die Downstream-Verschmelzung zulässig, wenn die übernehmende Untergesellschaft vor der Verschmelzung eine ordentliche Kapitalherabsetzung oder die Auflösung ungebundener Rücklagen in Höhe des danach verschmelzungsbedingt übergehenden Schuldenüberhangs vornimmt: *Hügel*, Umgründungsbilanzen, Rn. 2.64 ff.

<sup>28</sup> Dieser setzt, wbl 1999, 336 f., Kapitalherabsetzung keineswegs mit Kapitalentsperrung gleich: „Dementsprechend ist die Ausschüttung des Verschmelzungsgewinns (!) bei der Fusion zum Zweck der Kapitalherabsetzung erst zulässig, wenn die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft befriedigt oder sicher gestellt sind.“

gemeint; die Vorschläge des OGH erfolgten jedoch überwiegend auf unsicherer Grundlage<sup>29</sup>, teilweise erwiesen sie sich als nicht praktikabel oder gar undurchführbar<sup>30</sup>.

Im Schrifttum sind die Ausführungen des OGH zur (grundsätzlichen) Unzulässigkeit Kapital herabsetzender Verschmelzung umstritten<sup>31</sup>. Die Firmenbuchgerichte stellen nicht nur auf die Nennkapitalbeträge, sondern zusätzlich auf die Erhaltung der gebundenen Rücklagen ab<sup>32</sup>.

Seine rhetorische Frage nach der Maßgeblichkeit des spaltungsrechtlichen Summengrundsatzes im Verschmelzungsrecht hat der OGH nicht beantwortet. In der literarischen Erörterung der Entscheidung blieb unbeachtet, dass in bestimmten Verschmelzungskonstellationen<sup>33</sup> nur die Addition der Nennkapital-Beträge jegliche Entsperrung gebundenen Kapitals verhindern könnte. Erst recht wurde nicht erkannt, dass selbst die Verschmelzung auf eine Gesellschaft mit niedrigerem Nennkapital nicht zwangsläufig zur Freisetzung vor der Verschmelzung gebundener Mittel – zu einem „ausschüttungsfähigen Verschmelzungsgewinn“ im Sinne der Ausführungen *Koppensteiners* – führen muss. Dies wurde erst offenkundig, als sich der österreichische Gesetzgeber anschickte, den „verschmelzungsrechtlichen Kapitalerhaltungsgrundsatz“ des OGH zu kodifizieren.

#### IV. Zum vorläufig gescheiterten Versuch der Kodifizierung der OGH-Entscheidung vom 11. 11. 1999

Die Regierungsvorlage des Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2007<sup>34</sup> wollte in einem neuen § 224a öAktG die „Verschmelzung mit kapitalherabsetzendem Effekt“ regeln<sup>35</sup>. Angeknüpft wurde an die „Summe des Grundkapitals und der gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft“. Führt die Verschmelzung dazu, dass die diese Summe bei der übernehmenden Gesellschaft nach der Verschmelzung niedriger ist, sollte die übernehmende Gesellschaft verpflichtet werden, eine gebundene Rücklage in der Höhe des Unterschiedsbetrags zu bilden. Keine Rücklagenbildung sollte erforderlich sein, wenn die übernehmende Gesell-

<sup>29</sup> Gegen die freiwillige Rücklagenbindung ist einzuwenden, dass die Bindung nicht auf Gesetz beruht, sondern durch Gesellschafterbeschluss beigelegt werden müsste und folglich nach Eintragung der Verschmelzung durch Gesellschafterbeschluss wiederum beseitigt werden könnte. Zum Meinungsstand vgl. *Georg Eckert*, S. 440.

<sup>30</sup> Im Einzelnen *Christian Nowotny*, S. 97 ff.; *Georg Nowotny*, *ecolex* 2000, 800 ff.

<sup>31</sup> Meinungsstand bei *Hügel*, Grenzüberschreitenden und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht, § 1 Rn. 50; *Szep* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg.), öAktG, 5. Aufl. § 224 Rn. 12 f.

<sup>32</sup> Dafür zB *Christian Nowotny*, S. 97; dagegen zB *Georg Nowotny*, *ecolex* 2000, 722, 800; *Georg Eckert*, *GeS* 2006, 386 f.

<sup>33</sup> Bei der Upstream-Verschmelzung ist die Kapitalerhöhung für Zwecke eines verschmelzungsrechtlichen Anteilstauschs unzulässig (§§ 54 Abs. 1 Nr. 1, 68 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, § 224 Abs. 1 Nr. 1 öAktG).

<sup>34</sup> 171 der Beilagen der Stenographischen Protokolle des Nationalrats 23. Gesetzgebungsperiode, abrufbar unter [www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIII/I/I\\_00171/pmh.shtml](http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIII/I/I_00171/pmh.shtml).

<sup>35</sup> Dazu *Kals/Eckert*, S. 225 ff.

schaft die Gläubiger nach der Verschmelzung befriedigt oder ihnen über Verlangen Sicherheit gewährt, bevor sie Gewinnausschüttungen vornimmt.

Der Entwurf sah sich mehreren Einwänden ausgesetzt: Zunächst führt die Erhaltung gebundener Rücklagen zu Problemen. Während im Kapitalerhöhungsbeschluss, der regelmäßig gemeinsam mit dem Verschmelzungsbeschluss gefasst wird, das Ausmaß der Kapitalerhöhung definitiv festgestellt und die Deckung des erhöhten Nennkapitals durch eine zeitnahe Sacheinlageprüfung kontrolliert wird, können gebundene Rücklagen erst in dem auf die Eintragung der Verschmelzung folgenden Jahresabschluss ausgewiesen werden. Bis zu diesem Zeitpunkt vergehen Monate, und es kann sich aufgrund eines laufenden Verlustes der Gesellschaften bei Aufstellung des Jahresabschlusses herausstellen, dass die gebundene Rücklage nicht in ausreichender Höhe gebildet werden kann<sup>36</sup>. Ferner war die Ausschüttungssperre nicht auf positive Verschmelzungsdifferenzbeträge beschränkt; sie hätte somit auch den laufenden Gewinn der verschmelzenden Gesellschaften im Geschäftsjahr der Verschmelzung erfasst. Schließlich sah der Entwurf undifferenziert die Bildung einer „Kapitalrücklage“ vor, obwohl bei der Upstream-Verschmelzung nicht eine (Kapital-)Einlage vorliegt, sondern ein Verschmelzungsgewinn entsteht (unten V., Beispiel 5).

Der vom Verfasser in der Kommission des BMJ erhobene Haupteinwand lautete jedoch: Der Entwurf knüpfte in unrichtiger Weise an den Tatbestand der Verminderung der Summe des Grundkapitals und der gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft an. Wie bereits angedeutet, ist diese Reduktion des gebundenen Kapitals indessen keineswegs gleichbedeutend mit der Entsperrung von Kapital oder der Entstehung eines Verschmelzungsgewinns.

In der Folge wurde das Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007 von den gesetzgebenden Körperschaften ohne § 224a AktG beschlossen. Das öBMJ behielt sich vor, das Regelungsprojekt bei späterer Gelegenheit weiter zu verfolgen.

#### V. Verschmelzungsdifferenzbeträge in der Bilanz der übernehmenden Gesellschaft

Die verschmelzungsbedingte Entstehung eines ausschüttbaren Betrags, die Freisetzung bis dahin gebundener Mittel, setzt zweierlei voraus:

Zunächst muss die Verschmelzung in der Bilanz der übernehmenden Gesellschaft zu einem positiven, auf der Passivseite auszuweisenden Verschmelzungsdifferenzbetrag führen, zu einem Agio- oder sonstigem Einlagebetrag oder zu einem Verschmelzungsgewinn. Häufig kommt es aber zu einem Verschmelzungsverlust,

<sup>36</sup> Der (im Gesetzesentwurf nicht beschränkte) Ausweg bestünde darin, ausnahmsweise bereits aus Anlass des Verschmelzungsbeschlusses die Bildung einer gebundenen Rücklage für den späteren Jahresabschluss (unabhängig von der Höhe des Nettobuchvermögens der übernehmenden Gesellschaft zum späteren Bilanzstichtag) festzulegen und für den Fall des zu geringen Nettobuchvermögens eine nicht vollständige Deckung der in der zur Rücklagenerhaltung erforderlichen Höhe gebildeten Rücklage in Kauf zu nehmen; der Unterdeckungsbetrag wirkt dann als Sperre gegen die Ausschüttung nach dem Bilanzstichtag erzielter Überschüsse.

der eine Reduktion des verwendbaren Eigenkapitals bewirkt; dann stellt sich das vorliegende Gläubigerschutzthema nicht.

Führt die Verschmelzung in der Bilanz der übernehmenden Gesellschaft zu einem positiven Differenzbetrag, ist weiter zu fragen, ob dieser ausschüttungsfähig oder gebunden ist.

Diese bilanziellen Effekte einer Verschmelzung beruhen auf unterschiedlichen Parametern und Regelungen, je nachdem ob eine Verschmelzung mit oder ohne Anteilsgewährung vorliegt. Hier verläuft eine Trennlinie zwischen

- Verschmelzungen mit Anteilsgewährung aufgrund einer Kapitalerhöhung<sup>37</sup>,  
Downstream-Verschmelzungen und Verschmelzungen von Schwestergesellschaften einerseits sowie
- Upstream-Verschmelzungen andererseits.

Verschmelzungsbedingt ausschüttbare Beträge sind bei den ersteren Agio- bzw. Einlagebeträge, die in die Kapitalrücklage einzustellen sind (§ 272 Abs. 4 Nr. 1 oder 4 HGB, § 229 Abs. 2 Nr. 1 oder 5 öUGB), bei den letzteren hingegen Verschmelzungsgewinne, die den Jahresüberschuss erhöhen; hier wäre die Analogie zu den Kapitalherabsetzungsvorschriften von vornherein systemfremd, weil die Ausschüttung des Verschmelzungsgewinns keine Kapitalrückzahlung ist.

Bei der Verschmelzung mit Anteilsgewährung liegt ein Agio vor, wenn der in der Bilanz der übernehmenden Gesellschaft angesetzte Buchwert des übergegangenen Vermögens (fortgeführter Buchwert oder Neubewertung in der Höhe der Anschaffungskosten oder des Zeitwerts) höher ist als die Gegenleistung<sup>38</sup>. Das ist der Nennbetrag der gewährten Anteile zuzüglich allfälliger Zuzahlungen. Das Verhältnis der Nennkapitalien der verschmelzenden Gesellschaften ist irrelevant. Das Verschmelzungsgagio ist bei der AG, nach österreichischem Recht auch bei der großen GmbH, in die gebundene Kapitalrücklage einzustellen (§ 150 AktG, § 229 Abs. 4 und 5 öUGB). Bei Gesellschaften anderer Rechtsform ist es ausschüttungsfähig. Nur hier stellt sich somit bei der Verschmelzung mit Anteilsgewährung die Frage, ob die Ausschüttung von einem (vorgeschalteten) Gläubigerschutz abhängen soll<sup>39</sup>.

Bei der Upstream-Verschmelzung entsteht ein Verschmelzungsgewinn, wenn der Buchwert des übergehenden Vermögens der Tochtergesellschaft höher ist als die „Gegenleistung“, der in der Bilanz der übernehmenden Muttergesellschaft ausgewiesene Buchwert der untergehenden Beteiligung an der Tochtergesellschaft. Der Verschmelzungsgewinn erhöht den Jahresüberschuss<sup>40</sup>. Er ist nicht in eine

<sup>37</sup> Im Folgenden wird nur die Gewährung neuer, durch Kapitalerhöhung geschaffener Anteile berücksichtigt. Die Gewährung eigener Anteile ist mit keinen Sonderproblemen verbunden.

<sup>38</sup> Zur Verschmelzung mit Kapitalerhöhung: *Priester*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), *UmwG*, 4. Aufl., § 24 Rn. 71 mwN; *Welf Müller*, in: Kallmeyer (Hrsg.), *UmwG*, 4. Aufl., § 24 Rn. 46; *Bula/Schlösser*, in: Sagasser/Bula/Brünger (Hrsg.), *Umwandlungen*, 2. Aufl., K Rn. 85; *Hügél*, *Umgründungsbilanzen*, Rn. 2.28 mwN.

<sup>39</sup> *Maier-Reimer*, in: Semler/Stengel (Hrsg.), *UmwG*, 2. Aufl., § 22 Rn. 24.

<sup>40</sup> *Priester*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), *UmwG*, 4. Aufl., § 24 Rn. 71; *Welf Müller*, in: Kallmeyer (Hrsg.), *UmwG*, 4. Aufl., § 24 Rn. 47; *Simon*, in: *KK-UmwG* § 24 Rn. 76; *Bula/Schlösser*, in: Sagasser/Bula/Brünger (Hrsg.), *Umwandlungen*, 2. Aufl., K Rn. 87 mwN; *Hügél*, *Umgründungsbilanzen*, Rn. 2.32 mwN.

Kapitalrücklage einzustellen, weil keiner der in § 272 Abs. 2 HGB (vergleichbar § 229 Abs. 2 öUGB) genannten Einlagevorgänge vorliegt. Der Verschmelzungsgewinn ist bei der Upstream-Verschmelzung unabhängig von Rechtsform und Größe der übernehmenden Gesellschaft stets ausschüttungsfähig. Häufig ist der wegfallende Beteiligungsansatz allerdings höher als der Buchwert des Vermögens der übertragenden Untergesellschaft. Dann kommt es nicht zu einem Verschmelzungsgewinn, sondern zu einem Verschmelzungsverlust; vorhandene ausschüttungsfähige Beträge (ungebundene Rücklagen, Bilanzgewinn) werden reduziert und/oder künftige Überschüsse gegen Ausschüttungen gesperrt.

Bei der Downstream-Verschmelzung, die in aller Regel ohne Kapitalerhöhung durchgeführt wird<sup>41</sup>, entsteht eine positive Verschmelzungsdifferenz in jener Höhe, in welcher das übergehende Vermögen in der Bilanz der übernehmenden Untergesellschaft angesetzt wird<sup>42</sup> (fortgeführte Buchwerte oder Neubewertung zu Anschaffungskosten oder mit dem Zeitwert). Manche nehmen an, dass es sich um einen erfolgswirksamen Verschmelzungsgewinn handelt<sup>43</sup>. Dem ist mE nicht zu folgen. Vielmehr ist die Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB, § 229 Abs. 2 Nr. 5 öUGB) zu dotieren<sup>44</sup>. Die Situation ist nicht anders als bei einer Einlage des Vermögens der Obergesellschaft außerhalb einer Verschmelzung (verdeckte Einlage). Dass auch Sacheinlagen ohne Anteilsgewährung unter § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB fallen, ist anerkannt<sup>45</sup>. Ob der einbringende Gesellschafter, wie bei der verdeckten Einlage, fortbesteht oder verschmelzungsbedingt untergeht, macht für die Bilanzierung bei der übernehmenden Untergesellschaft keinen Unterschied. Der in die Kapitalrücklage eingestellte Betrag kann (nach Auflösung der Rücklage) ausgeschüttet werden. Geht ein (buchmäßig) „negatives Vermögen“ über, entsteht ein Verschmelzungsverlust.

Bei der Schwesternverschmelzung entsteht eine positive Verschmelzungsdifferenz, wenn die übernehmende Gesellschaft ihr Nennkapital nicht um den Betrag des angesetzten Werts des Vermögens der übertragenden Gesellschaft erhöht. Mit anderen Worten: Nur wenn die Nennkapitalien addiert werden, was (nur) bei der Schwesternverschmelzung möglich ist, ist dies nicht der Fall. Eine positive Differenz entsteht somit auch dann, wenn das Nennkapital der übernehmenden Gesellschaft gleich hoch oder höher ist als jenes der übertragenden Gesellschaft; dies wurde in der österreichischen Diskussion übersehen. Die positive Differenz ist im Falle der Anteilsgewährung ein Verschmelzungsgagio, das bei der AG (und nach

<sup>41</sup> Sonst gelten die vorherigen Ausführungen zur Anteilsgewährung, insbesondere kommt § 150 AktG auf eine übernehmende AG zur Anwendung.

<sup>42</sup> Außer Betracht bleiben allenfalls im Wege eines Durchgangserwerbs (vorübergehend) von der übernehmenden Gesellschaft erworbene, eigene Anteile; diese werden in der Regel den Gesellschaftern der untergehenden Obergesellschaft zugeteilt.

<sup>43</sup> Nachweise zum Meinungsstand bei Simon, in: KK-UmwG, § 24 Rn. 79 Fn. 90.

<sup>44</sup> Dies ist in Österreich unstrittig: Hügel, Umgründungsbilanzen, Rn. 2.30; Ludwig/Hirschler, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen, 2004, III Rn. 40 f. Ebenso Förtschle/Hoffmann, in: Beck Bil-Komm, 7. Aufl., § 272 Rn. 360.

<sup>45</sup> Adler/Düring/Schmalz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl., § 272 HGB Rn. 132; Förtschle/Hoffmann, in: Beck Bil-Komm, 7. Aufl., § 272 Rn. 195; Hübner-Schwarzingher/Konezny, in: Hirschler (Hrsg.), Bilanzrecht, § 229 öUGB Rn. 28.

österreichischem Recht auch bei der großen GmbH) gebunden ist. Aber auch ohne Anteilsgewährung kommt es zur Dotierung einer Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB, § 229 Abs. 2 Nr. 5 öUGB)<sup>46</sup>; diese ist stets ungebunden.

Das Vorliegen einer verschmelzungsbedingten Einlage, einer *causa societatis* erfolgenden Vermögensübertragung durch den Gesellschafter an „seine“<sup>47</sup> Gesellschaft, haben die Verschmelzung mit Anteilsgewährung, die Downstream-Verschmelzung und die Verschmelzung von Schwestergesellschaften gemeinsam; bei der Letzteren ist die verschmelzungsbedingte Vermögensübertragung für die bilanzielle Betrachtung konstruktiv in eine Ausschüttung an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft und eine anschließende Einlage in die übernehmende Gesellschaft aufzuspalten<sup>48</sup>; daher wird bei der übernehmenden Gesellschaft eine Kapitalrücklage dotiert. Bei der Upstream-Verschmelzung liegt hingegen eine Vermögensübertragung *causa societatis* in „umgekehrter Richtung“, von der Gesellschaft an den Gesellschafter, somit eine der liquidationsrechtlichen Vermögensverteilung ähnelnde Sachauskehr, vor.

Im Folgenden werden diese Bilanzierungseffekte anhand mehrerer Verschmelzungsbeispiele veranschaulicht. Dies wird bestätigen, dass die dem § 224a öAktG idF der Regierungsvorlage zum Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007 im Anschluss an die OGH-Entscheidung vom 11. 11. 1999 zugrunde liegende Annahme, eine verschmelzungsbedingte Kapitalherabsetzung führe zu einer Erhöhung des

<sup>46</sup> Hügel, Umgründungsbilanzen, Rn. 2.34 mwN; Ludwig/Hirschler, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen, 2004, III Rn. 141 f.; Erfolgswirksamkeit scheinen demgegenüber Bula/Schlösser, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 2. Aufl., K Rn. 94 anzunehmen („Verschmelzungserfolg aus dem Unterschiedsbetrag“). Gerade der Umstand, dass der Vermögensübergang eine Einlage der gemeinsamen Obergesellschaft enthält, zeigt, dass der Ausweis als Kapitalrücklage geboten ist. Auch wäre es widersprüchlich, bei Vorliegen einer Kapitalerhöhung eine Agiorücklage anzunehmen, bei Unterbleiben der Kapitalerhöhung aber das Vorliegen einer Kapitalrücklage zu verneinen.

<sup>47</sup> Bei der Verschmelzung mit Anteilsgewährung erwerben die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft in der Regel erst durch die Verschmelzung erstmals eine Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft, werden also erst dadurch zu Gesellschaftern.

<sup>48</sup> Hügel, Verschmelzung und Einbringung, S. 666 ff.; Hügel, Umgründungsbilanzen, Rn. 2.34. Ähnlich für Deutschland: Bula/Schlösser, in: Sagasser/Bula/Brünger (Hrsg.), Umwandlungen, 2. Aufl., K Rn. 94, die allerdings die Einlage der Beteiligung an der übertragenden Schwestergesellschaft in die übernehmende Schwestergesellschaft und eine nachfolgende Upstream-Verschmelzung unterstellen. Dies würde indessen zu dem kaum sachgerechten Ergebnis führen, dass die Bilanzierung bei der übernehmenden Gesellschaft je nach der Höhe des Beteiligungsansatzes in der Bilanz der gemeinsamen Obergesellschaft unterschiedlich ausfiele. Diese hat aber mit der bilanziellen Abbildung des den Vermögensübertragung zwischen den Schwestergesellschaften nichts zu tun. Dies lässt sich anhand des folgenden Beispiels 2 zeigen: Ist der Beteiligungsansatz niedriger als das Eigenkapital (GK + KRL der Übertrager-AG = 100), etwa 80, würde die Einlage der Beteiligung (ohne Kapitalerhöhung) zu einer ungebundenen Kapitalrücklage von 80, die nachfolgende Upstream-Verschmelzung aber zu einem erfolgswirksamen Verschmelzungsgewinn von 20 führen (Wegfall des Beteiligungsansatzes von 80/. Zugang des Eigenkapitals der übertragenden Gesellschaft von 100). Richtigerweise darf die Schwesternverschmelzung aber nur zu einer Kapitalrücklage von 100 führen. Wäre der Beteiligungsansatz höher als das Eigenkapital, etwa 130, würde die Anteilseinbringung zu einer Kapitalrücklage von 130 und die Upstream-Verschmelzung zu einem Verlust von 30 führen. Indessen bildet auch in diesem Fall nur die Dotierung einer Kapitalrücklage von 100 den Vermögenszugang in der Bilanz der übernehmenden Schwestergesellschaft zutreffend ab.

Ausschüttungspotentials unzutreffend ist. Zusätzlich wird sich zeigen, dass die Wirkungen einer Verschmelzung, was ihren wirtschaftlichen Gehalt betrifft, durchaus heterogen sind. Häufig stehen Risiken aufgrund der Bildung ausschüttungsfähiger Beträge Vorteilen aufgrund von Bonitätssteigerungen gegenüber, die gegen Gläubiger schützende Analogien sprechen. Im Übrigen ist auch die Analogiebasis einer allfälligen Bindung der positiven Verschmelzungsdifferenzbeträge fraglich, weil das Gesetz zwei durchaus unterschiedliche Kapitalbindungskonzepte kennt: Nennkapital kann nach Gläubigersicherstellung rückgezahlt werden, eine gebundene Kapitalrücklage hingegen nicht. Dies dient gleichzeitig der Verdeutlichung von Sachproblemen, denen sich der Gesetzgeber zu stellen hätte, sollte er es unternehmen, Gläubigerschutz an das Entstehen von positiven Verschmelzungs- oder Umwandlungsdifferenzen zu knüpfen.

#### Beispiel 1: Spaltung

Wie ausgeführt, hat die irrtümliche Verknüpfung der Kapital herabsetzenden Verschmelzung mit der Entstehung „freien Kapitals“ ihren Ausgangspunkt in einer gedanklichen Parallele zum spaltungsrechtlichen Summengrundsatz. Hier trifft es zu, dass eine Reduktion der Kapitalbeträge zu einem ausschüttungsfähigen Verschmelzungsdifferenzbetrag führt.

AG <sup>49</sup>			
V	400	GK	100
		KRL	100
		Sch	200
	400		400

AG			
V	200	GK	50
		KRL	50
		Sch	100
	200		200

AG			
V	200	GK	50
		KRL	50
		Sch	100
	200		200

Bei Einhaltung des Summengrundsatzes stimmen die Summen der gebundenen Kapitalbeträge (Nennkapitalien, gebundene Rücklagen<sup>50</sup>) nach der Spaltung mit jenen vor der Spaltung überein: Die Nennkapitalien betragen auch nach der Spaltung 100, die Summen der gebundenen Rücklagen betragen unverändert 100.

Würden die beiden Nachfolge-AG demgegenüber nicht jeweils ein Grundkapital von 50, sondern nur ein solches von 30 bilden, entstünden ungebundene Rücklagen von  $2 \times 20 = 40$ . Hier stimmt – im Sinne der OHG-Judikatur – der Betrag der Nennkapitalreduktion mit dem Betrag des entstehenden freien Kapitals überein.

<sup>49</sup> V = Vermögensgegenstände, GK = Grundkapital, StK = Stammkapital, GK = Grundkapital, KRL = Kapitalrücklage, GRL = Gewinnrücklage, Sch = Schulden, JÜ = Jahresüberschuss, Bet = Beteiligung, BGew = Bilanzgewinn.

<sup>50</sup> Nach österr. Recht kann die Bindung selbst bei einer kleinen (übernehmenden) GmbH erfolgen, nämlich gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 öSpaltG.

#### Beispiel 2: Schwesternverschmelzung

Dem entspricht die Situation bei der Schwesternverschmelzung, die gewissermaßen als *contrarius actus* zur Spaltung betrachtet werden kann. Dies zeigt das nachstehende Beispiel, in welchem die durch die Spaltung des Beispiels 1 entstandenen Schwestergesellschaften wieder miteinander verschmolzen werden, wodurch (bei Addition der Nennkapitalien) die Ausgangs-AG des Beispiels 1 entsteht.

Übernehmer-AG			
V	200	GK	50
		KRL	50
		Sch	100
	200		200

Übertrager-AG			
V	200	GK	50
		KRL	50
		Sch	100
	200		200

Übernehmer-AG ohne Kapitalerhöhung			
V	400	GK	50
		KRL	150
		Sch	200
	400		400

Übernehmer-AG mit Kapitalerhöhung			
V	400	GK	100
		KRL	100
		Sch	200
	400		400

Bereits hier zeigt sich, dass § 224a öAktG das gesetzte Ziel nicht erreicht hätte: Die Übernehmer-AG verfügt über ein Grundkapital, das gleich hoch ist wie jenes der Übertrager-AG. Obwohl kein Kapitalherabsetzungseffekt vorliegt, geht der gesamte Buchwert<sup>51</sup> des Vermögens der Übertrager-AG (Grundkapital 50 + Kapitalrücklage 50 = 100) bei der Übernehmer-AG in eine ausschüttungsfähige Kapitalrücklage ein. Anders ist dies nur bei der AG (großen GmbH) bei Vornahme einer Kapitalerhöhung (rechtes Bilanzbeispiel), weil hier eine gebundene Kapitalrücklage zu bilden ist (§ 150 AktG, § 229 Abs. 4 und 5 öUGB). Dass § 224 Abs. 2 Z 1 öAktG für den Fall der Beteiligungsideutität bei den verschmelzenden Gesellschaften, also für den Fall der Schwesternverschmelzung, ausdrücklich das Unterbleiben der Anteilsgewährung erlaubt und auch keine Ausnahme im Falle eines niedrigeren Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft statuiert, ist schon frühzeitig als Beleg dafür ins Treffen geführt worden, dass der durch den OGH kreierte verschmelzungsrechtliche Kapitalerhaltungsgrundsatz dem Gesetz widerspricht<sup>52</sup>.

Wie beim spaltungsrechtlichen Summengrundsatz bliebe die Kapitalbindung nur dann gleich, wenn das Gesetz eine Addition der Nennkapitalbeträge anordnete.

Ferner zeigt sich: Wollte man in allen Fällen die Kapitalbindung sicherstellen, müsste wohl die aktienrechtliche Aufgeldbindung auch auf eine übernehmende GmbH angewendet werden, ferner aber selbst auf eine übernehmende AG bei

<sup>51</sup> Sämtliche Beispiele gehen von einer Buchwertfortführung aus (§ 24 UmwG, § 202 Abs. 2 öUGB).

<sup>52</sup> Georg Nowotny, eollex 2000, 119.

Unterbleiben der Anteilsgewährung. Die analoge Anwendung der Kapitalherabsetzungsvorschriften würde demgegenüber zu Wertungswidersprüchen führen. Es wäre unverständlich, in den zuletzt genannten Fällen die Ausschüttung nach Gläubigersicherstellung zuzulassen, während dieser Weg nach einer Verschmelzung auf eine AG unter Anteilsgewährung, die zu einer gebundenen Kapitalrücklage führt, doch versperrt ist.

### Beispiel 3: Verschmelzung mit Anteilsgewährung und Kapitalentsperrung

Übernehmer-GmbH			
V	60	StK	10
		GRL	40
		Sch	10
	60		60

Übertrager-GmbH			
V	20	StK	15
		Sch	5
	20		20

Übernehmer-GmbH			
V	80	StK	13
		KRL	12
		GRL	40
		Sch	15
	80		80

Bei beiden Gesellschaften bestehen keine stillen Reserven. Der Wert der Übernehmer-GmbH ist 50 (StK 10 + GRL 40), jener der Übertrager-GmbH 15. Somit gewährt die Übernehmer-GmbH Anteile im Nennbetrag von 3 mit einem Verkehrswert von 15 und erhöht ihr Stammkapital um 3.

Da auf die Übernehmer-GmbH Vermögen im Buchwert von 15 übergeht, dafür aber nur Anteile mit einem Buchwert von 3 gewährt werden, entsteht ein Verschmelzungsgewinn von 12, das in die Kapitalrücklage einzustellen ist. Da keine Rücklagenbindung existiert, kann der Betrag nach Auflösung der Kapitalrücklage als Bilanzgewinn ausgeschüttet werden. Anders als von der OGH-Entscheidung vom 11. 11. 1999 und dem Entwurf des § 224a öAktG unterstellt, steht der Kapitalherabsetzende Effekt in keinem Zusammenhang mit der Höhe der Erhöhung des Ausschüttungspotentials: Obwohl ein Kapitalherabsetzender Effekt von 2 vorliegt, entsteht (außer im Falle der Dotierung einer gebundenen Kapitalrücklage) ein ausschüttungsfähiges Verschmelzungsgewinn von 12 – und nicht bloß von 2.

### Beispiel 4: Verschmelzung mit Anteilsgewährung und Kapitalentsperrung

Übernehmer-GmbH			
V	60	StK	10
		GRL	40
		Sch	10
	60		60

Übertrager-GmbH			
V	20	StK	10
		Sch	10
	20		20

Übernehmer-GmbH			
V	80	StK	12
		KRL	8
		GRL	40
		Sch	20
	80		80

Die Bilanz der Übernehmer-GmbH stimmt mit jener im vorangegangenen Beispiel überein. Der einzige Unterschied besteht darin, dass der Wert und das Stammkapital der Übertrager-GmbH nicht 15, sondern nur 10 beträgt. Folglich kommt es – anders als im vorangegangenen Beispiel – zu keinem Kapitalherabsetzenden, sondern im Vergleich zur Übertrager-GmbH Kapitalerhöhenden Effekt. Dennoch entsteht – da auch hier der Verkehrswert der Anteile an der Übernehmer-GmbH höher ist als ihr Nennbetrag – ein ausschüttungsfähiges Verschmelzungsgewinn, es ist allerdings niedriger und beträgt nur 8. Auch hier könnte die Erhöhung des Ausschüttungspotential *de lege ferenda* durch die Bindung der Kapitalrücklage verhindert werden.

### Beispiel 5: Upstream-Verschmelzung mit Verschmelzungsgewinn

In den Beispielen 5 und 6 wird jeweils von einer 100%igen Beteiligung der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft ausgegangen.

Übernehmer-Mutter			
V	20	GK	30
Bet	20	KRL	10
	40		40

Übertrager-Tochter			
V	60	GK	20
		GRL	10
		Sch	30
	60		60

Übernehmer-Mutter			
V	80	GK	30
		KRL	10
		JÜ	10
		Sch	30
	80		80

Aufgrund der Verschmelzung geht die Beteiligung der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft unter. Die Beteiligung ist auszubuchen. Stattdessen bucht die Muttergesellschaft die Vermögensgegenstände und Schulden der Tochterge-

sellschaft ein. Ein Verschmelzungsgewinn entsteht, wenn der Buchwert des übergelenden Vermögens höher ist als der Buchwert der untergelenden Beteiligung.

Da der Buchwert des übergelenden Vermögens 30 beträgt (GK 20 + GRL 10) und der Buchwert der untergelenden Beteiligung 20, entsteht ein Verschmelzungsgewinn von 10, der den Jahresüberschuss der Muttergesellschaft erhöht und ausgeschüttet werden kann. Da keine Einlage im Sinne von § 272 Abs. 2 HGB bzw. § 229 Abs. 2 öUGB vorliegt, kommt die Dotierung einer (gebundenen) Kapitalrücklage nicht in Betracht.

Obwohl kein Kapitalherabsetzender Effekt vorliegt, kommt es zur Mittelfreisetzung durch Ausweis eines Verschmelzungsgewinns. Seine Ausschüttung beeinträchtigt allerdings keine Gläubigerinteressen, insbesondere nicht die Interessen der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft, denn diese mussten schon vor der Verschmelzung mit einer Ausschüttung von 10 rechnen. Bestünde das Eigenkapital der Übertrager-Tochter aus einem Grundkapital von 10 und GRL von 20, würde das Ausschüttungspotential sogar gekürzt. Die Entstehung eines Verschmelzungsgewinns ist somit keineswegs gleichbedeutend mit einer Gläubigergefährdung; vielmehr müsste das verwendbare Eigenkapital vor und nach der Verschmelzung verglichen werden.

Allerdings führt die Verschmelzung auch zu Vorteilen für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft: Hatte diese eine EK-Quote von 50% und waren ihre Schulden somit zu 200% durch Aktiva gedeckt, beträgt die EK-Quote der übernehmenden Gesellschaft nach der Verschmelzung sogar 62,50% und die Schuldendeckungsquote 266,66%. Selbst wenn das Ausschüttungspotential nach der Verschmelzung höher wäre (dies wäre zB der Fall, wenn das Eigenkapital der Übertrager-Tochter zur Gänze aus Grundkapital und/oder gebundenen Rücklagen bestünde), müsste bei realitätsnaher Beurteilung der Gläubigerisiken diesem Nachteil der Vorteil aus der Bonitätssteigerung gegenübergestellt werden. Auch in den Beispielen 3 und 4 ist die EK-Quote aufgrund der spezifischen Annahmen jeweils gestiegen, nämlich von 75% auf 81,25% (Beispiel 3) bzw. von 50% auf 75% (Beispiel 4).

Die Gründe dieses Phänomens sind: Die Bildung ausschüttungsfähiger Beträge hängt vom Buchwert des Vermögens der übertragenden Gesellschaft und jenem der Gegenleistung ab. Diese Parameter sagen nichts über Ertragskraft und Bonität der übernehmenden Gesellschaft aus. Es liegt auf der Hand, dass die Aufnahme einer wenig kreditwürdigen Gesellschaft durch eine große, überaus kreditwürdige Gesellschaft in aller Regel für die Gläubiger der ersteren von Vorteil ist, selbst wenn eine ausschüttungsfähige Verschmelzungsdifferenz entsteht. Insofern ist die Kapitalentsperrung durch Verschmelzung mit der Rückzahlung aufgrund einer Kapitalherabsetzung nicht vergleichbar, weil bei dieser keine Vereinigung von Vermögen und Erträgen erfolgt. Jede ordentliche Kapitalherabsetzung führt zu einer Minderung des ausschüttungsgesperrten Haftungsfonds, was die schematische Anordnung des Sicherheitsleistungsanspruchs rechtfertigen mag<sup>53</sup>; bei einer Verschmelzung ist

<sup>53</sup> So auch Simon, in: KK-UmwG, § 22 Rn. 60. Allerdings sind auch bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung Gläubigerinteressen nur in Abhängigkeit vom Verhältnis der Höhe des

dies, selbst bei Entstehung ungebundener Beträge, nicht immer der Fall. Selbst wenn sich das verwendbare Eigenkapital durch die Verschmelzung erhöht, wird dies aufgrund der wirtschaftlichen Situation der übernehmenden Gesellschaft häufig keine Gefährdung begründen. Im Einzelfall mögen die Dinge anders liegen. Die Entstehung eines Verschmelzungsgewinns ist aber nur eine gläubigerrelevante Konsequenz der Verschmelzung; sie rechtfertigt keineswegs die schematische Annahme einer Gläubigergefährdung.

Hinzu kommt: Die Frage nach der sachnächsten Analogiebasis ist hier noch schwieriger als bei der Verschmelzung unter Anteilsgewährung. Bei der Upstream-Verschmelzung liegt keine Einlage, sondern eine Sachauskehr mit buchmäßiger Gewinnrealisierung vor. Die Auszahlung dieses Betrags ist nicht Einlagenrückzahlung, sondern Gewinnausschüttung. Kapitalbindungsvorschriften sind keine taugliche Analogiebasis, weil sie für anders gelagerte Sachverhalte konstruiert sind. Ob sich Verschmelzungsgewinne von laufenden Gewinnen so signifikant unterscheiden, dass ihre Ausschüttung besonderen Gläubigerschutz rechtfertigt, wird noch zur Sprache kommen.

Die in Analogie zu den Kapitalherabsetzungsvorschriften konstruierte Sperre des Verschmelzungsgewinns würde schließlich Folgeprobleme erzeugen: Verfügte die übernehmende Gesellschaft schon vor der Verschmelzung über Gewinne, ist zu klären, ob eine nach der Verschmelzung beschlossene Ausschüttung aus den ungesperrten Altgewinnen oder dem gesperrten Verschmelzungsgewinn erfolgt. Besteht ein Wahlrecht oder muss – wie im früheren steuerrechtlichen Anrechnungsverfahren – eine starre Verwendung des verfügbaren Eigenkapitals geregelt werden? Konsequenz wäre wohl die Statuierung einer gebundenen Gewinnrücklage, um Wertungswidersprüche zur Aufgeldbindung zu vermeiden; dann käme die Ausschüttung nach Sicherheitsleistung, wie im Rahmen des § 150 AktG, freilich nicht in Betracht (dazu unten VI.2)

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass bei Upstream-Verschmelzungen eher selten Buchgewinne auftreten. Da der Beteiligungsansatz oft, insbesondere nach einem Beteiligungskauf, die stillen Reserven und/oder den Firmenwert – somit die über das Eigenkapital der Tochtergesellschaft hinausgehenden Beträge – umfasst, entsteht häufiger ein Verschmelzungsverlust (vgl. das Beispiel 7). Beruht die Differenz zwischen dem höheren Eigenkapital und dem Beteiligungsansatz indessen auf thesaurierten Gewinnen der übertragenden Untergesellschaft, bewirkt der in dieser Höhe zum Ausweis gelangende Verschmelzungsgewinn der übernehmenden Obergesellschaft keine Kapitalentsperrung im Verhältnis zu den Gläubigern der Untergesellschaft, wohl aber im Verhältnis zu den Gläubigern der übernehmenden Obergesellschaft.

Rückzahlungsbetrages zur Ertragskraft und zum Eigenkapital der Gesellschaft betroffen, auch hier wäre daher die Statuierung der Gläubigergefährdung als Anspruchsvoraussetzung rechtspolitisch zu befürworten.

Beispiel 6: Down Stream-Verschmelzung mit Bildung einer ungebundenen Kapitalrücklage

Übertrager-Mutter			
V	100	GK	80
Bet	140	GRL	80
		Sch	80
	240		240

Übernehmer-Tochter			
V	90	GK	80
		Sch	10
	90		90

Übernehmer-Tochter			
V	190	GK	80
		KRL	20
		Sch	90
	190		190

Obwohl kein Kapital herabsetzender Effekt vorliegt, führt der Übergang eines Vermögens mit positivem Buchwert von 20 (Vermögensgegenstände von 100 abzüglich Schulden von 80; die Beteiligung verbleibt nicht im Vermögen der Übernehmer-Tochter, sondern wird an die Gesellschafter der Übertrager-Mutter ausgekehrt) zur Dotierung einer ungebundenen Kapitalrücklage von 20.

Wiederum liegt darin kein Nachteil für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft, denn das Ausschüttungspotential sinkt von 80 auf 20. Anders wäre dies, wenn bei der Übertrager-Mutter anstatt einer ausschüttungsfähigen Gewinnrücklage von 80 eine gebundene Kapitalrücklage von 80 oder ein Nennkapital von 160 (ohne Rücklage) bestanden hätte. Soll im ersten Fall die positive Differenz eine ungebundene Rücklage dotieren, im zweiten Fall die Ausschüttung hingegen nur nach Sicherheitsleistung in Analogie zu den Kapitalherabsetzungsvorschriften zulässig sein? Wer dies bejaht, schafft ein überaus kompliziertes Kapitalbindungssystem für Umwandlungen, das den Vergleich des verwendbaren Eigenkapitals vor und nach der Verschmelzung (unter Ausblendung des zum Zeitpunkt der Verschmelzung noch nicht bekannten laufenden Ergebnisses) erfordert und uU mit Wertungswidersprüchen zur AG-Verschmelzung behaftet ist (siehe oben Beispiel 2). Wer in beiden Fällen ein gebundene Kapitalrücklage annimmt, stellt die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft nach der Verschmelzung anders als sie vor der Verschmelzung standen.

## VI. Gläubigerschutz durch Rechtsfortbildung oder Gesetzgebungsakt?

Ein Teil des deutschen Schrifttums hält – wie die OGH-Entscheidung vom 11. 11. 1999 – den Gläubigerschutz nach § 22 UmwG nicht für ausreichend und will eine insoweit konstatierte Gesetzeslücke durch die analoge Anwendung der für die ordentliche Kapitalherabsetzung geltenden Gläubigerschutzvorschriften schließen<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> Erstmals zur Diskussion gestellt von *Ihrig*, S. 336 f.; danach für die Analogie: *Naraschweski*, S. 360; *Maier-Reimer*, GmbHR 2004, 1131; *ders.*, in: *Semler/Stengel*, UmwG, 2. Aufl., § 22

Wie dargestellt, ist auch der österreichische OGH der Ansicht, der verschmelzungsrechtliche Gläubigerschutz reiche zur Bewältigung der Kapitalentsperrung nicht aus.

Meines Erachtens ergibt eine historische Interpretation, dass keine Gesetzeslücke vorliegt (dazu VI.1). Zusätzlichen Gläubigerschutz zu gewähren, ist daher dem Gesetzgeber vorbehalten. Die Bilanzierungsbeispiele haben demonstriert, dass die Anknüpfung an einen Kapital herabsetzenden Effekt teleologisch unstimmt wäre. Vielmehr geht es um die Erfassung von positiven Umwandlungsdifferenzbeträgen. Wie die österreichischen Reformbemühungen gezeigt haben, liegt darin eine vergleichsweise anspruchsvolle Regelungsaufgabe. Allerdings ist fraglich, ob Gefahren aufgrund Kapital entsperrender und Gewinn realisierender Umwandlungen so erheblich sind, dass sie einen Gesetzgebungsakt rechtfertigen (dazu unten VI.2).

### 1. De lege lata

Die Keimzelle des Umwandlungsrechts ist das Verschmelzungsrecht<sup>55</sup>. Verschmelzungsregelungen kannten bereits das AHGB von 1861 und das HGB von 1900. Andere Umwandlungsformen gerieten erst später in das Blickfeld des Gesetzgebers. Als juristische Technik der Unternehmenskonzentration führt die Verschmelzung notwendig zur Vereinigung von Unternehmen unterschiedlicher Vermögens-, Finanz- und Ertragslage. Ungeachtet dessen hat der historische Gesetzgeber einen ursprünglich extensiven Gläubigerschutz in erheblichem Umfang zurück genommen: Im Rahmen der damals als Sonderfall der Liquidation der übertragenden Gesellschaft konzipierten Fusion war nach Art 243 AHGB ein dreimaliger Gläubigeraufruf vorgesehen. Danach war das sog. Sperrjahr einzuhalten. Zwar hinderte diese Frist nicht den Übergang des Verschmelzungsvermögens; aber nach Art 247 Nr. 5 Satz 2 AHGB durfte die „Vereinigung der Vermögen“ erst nach dreimaligem Gläubigeraufruf, Sicherstellung der Gläubiger und Ablauf des Sperrjahres erfolgen. Dies erforderte auch nach sachenrechtlichem Vermögensübergang die Aufrechterhaltung eines Sondervermögens, die getrennte Verwaltung der Vermögensmassen sowie eine getrennte Buchführung<sup>56</sup>. Gleiches galt nach § 306 Abs. 5 des HGB von 1897.

Erst das AktG von 1937 beseitigte nach intensiver und durchaus kontroverser Diskussion im Rahmen des Reformprozesses<sup>57</sup> die Verknüpfung der Verschmelzung mit der Auflösung der übertragenden Gesellschaft. In der Amtlichen Erläuterung wird der Gläubigerschutz des alten Rechts als „sehr weitgehend“ kritisiert. Die getrennte Verwaltung des Vermögens sei „praktisch nicht durchführbar“, weshalb

Rn. 65 f.; *Koppensteiner*, in: *FS Westermann*, S. 1164; *Schneider*, S. 892; aA: *Grunewald*, in: *Lutter* (Hrsg.), UmwG, 4. Aufl., § 22 Rn. 24; *Marsch-Barner*, in: *Kallmeyer* (Hrsg.), UmwG, 3. Aufl., § 22 Rn. 12; eingehend *Simon*, in: *KK-UmwG*, § 22 Rn. 58 ff.

<sup>55</sup> Zur Historie vgl. *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, S. 33 ff. sowie *Johannes Flume*, in: *KK-UmwG*, Einl. B Rn. 9 ff.

<sup>56</sup> *Staub*, AHGB, 5. Aufl., Art 247 § 13; *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, S. 33 ff.; eingehend *Goldschmidt*, S. 90 ff.

<sup>57</sup> Vgl. *Goldschmidt*, S. 103 ff.; *Brodmann*, S. 82 ff.; *Breit* ZHR 95 (1930) 373 ff.

sich die Praxis über sie vielfach hinweggesetzt hätte<sup>58</sup>. Der Gläubigerschutz schieße „sachlich weit über das Ziel hinaus“ (...) und sei „wirtschaftlich nicht nötig“. Die Kommission des 34. Deutschen Juristentages, die sich mit der Reform des Aktienrechts befasste, stellte fest, „nach den praktischen Erfahrungen (sei) die Möglichkeit einer Gläubigerschädigung durch Fusion verhältnismäßig gering“<sup>59</sup>. Hinweisen im Schrifttum zu diesem Rückbau des verschmelzungsrechtlichen Schutzes der Gläubiger der übertragenden<sup>60</sup> Gesellschaft ist zu entnehmen, dass der Kapital herabsetzende Effekt von Verschmelzungen keineswegs übersehen wurde<sup>61</sup>. Die getrennte Vermögensverwaltung entfiel im AktG 1937. Der vorgeschaltete liquidationsrechtliche Sicherheitsleistungsanspruch des AHGB und HGB wurde durch einen nachgeschalteten, gefährdungsunabhängigen Sicherheitsleistungsanspruch der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft ersetzt (§ 241 AktG 1937).

Demgegenüber sehen die für die ordentliche Kapitalherabsetzung und Liquidation geltenden Gläubigerschutzvorschriften, deren analoge Anwendung auf Kapitalentsperrende Umwandlungen erwogen wird, vor, dass Einlagenrückzahlung und Vermögensverteilung erst nach erfolgter Befriedigung und Sicherheitsleistung erfolgen dürfen (§§ 225 Abs. 2 AktG, 271 Abs. 3 AktG, 58 Abs. 1 Nr. 4, 73 Abs. 1 GmbHG; §§ 178 Abs. 2, 213 Abs. 3 öAktG, 56 Abs. 1 Nr. 3, 91 Abs. 2 öGmbHG).

Eine Totalentsperrung des gebundenen Kapitals findet bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft statt. Auch hier statuierten die früheren deutschen und österreichischen Umwandlungsgesetze – nach dem Vorbild des AHGB und HGB von 1897 – die getrennte Vermögensverwaltung für einen Zeitraum von sechs Monaten nach Eintragung und Bekanntmachung des Umwandlungsbeschlusses sowie einen nachgelagerten Sicherheitsleistungsanspruch. Zusätzlich bestand während der sechsmonatigen Frist und bis zur Befriedigung der Sicherheitsleistungsansprüche eine Entnahmesperre<sup>62</sup>. § 204 UmwG verweist demgegenüber nur auf den Sicherheitsleistungsanspruch nach § 22 UmwG. Die Amtliche Erläuterung begnügt sich mit dem knappen Hinweis, dies sei „trotz der formellen Erhaltung der Haftungsmasse“ erforderlich, weil aufgrund des Formwechsels „die Beachtung von Kapitalschutzvorschriften (vgl. § 30 GmbHG, § 57 AktG)

<sup>58</sup> Schlegelberger/Quassowski, AktG, 3. Aufl., 1939, § 241 Rn1; Schilling, in: Großkommentar AktG, 2. Aufl., 1965, § 241 Rn1 – beide mit dem Hinweis, dass die getrennte Vermögensverwaltung praktisch nicht durchführbar war und in vielen Fällen unter Inkaufnahme des Risikos der persönlichen Haftung der Organe unterblieben ist.

<sup>59</sup> Zitiert bei Breit ZHR 95 (130) 391 f.; vgl. auch Goldschmidt, S. 105.

<sup>60</sup> Sicherheitsleistungsansprüche zugunsten der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft wurden im Schrifttum zum AktG 1937 für entbehrlich gehalten, weil „kein Gläubiger (...) davor geschützt werden (kann), dass eine weitere Verschuldung seiner Schuldnerin eintritt“: Schlegelberger/Quassowski a.a.O.

<sup>61</sup> Schilling a.a.O.

<sup>62</sup> § 8 des Umwandlungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 6.11.1969, BGBl. I S. 2081 – abgedruckt bei Ganske, Umwandlungsrecht, 2. Aufl., S. 320 ff.; gleichlautend § 8 des Gesetzes über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und Bergrechtlichen Gewerkschaften vom 12.11.1956, BGBl. I S. 844 – abgedruckt bei Böttcher/Meilicke, Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 1958; ähnlich §§ 5 Abs. 2, 7 öUmwG idF vor dem Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1993 öBGBI 1993/458 (auch im Falle der verschmelzenden Umwandlung einer Kapitalgesellschaft auf den Hauptgesellschafter) – abgedruckt bei Schiemer, Handkommentar zum AktG, 1980, S. 834 ff.

entfallen kann; dies kann es den Anteilshabern ermöglichen, dem Unternehmensträger zum Nachteil der Gläubiger durch Entnahmen Vermögen zu entziehen“. In Kenntnis der Kapitalentsperrungsproblematik hat der deutsche Gesetzgeber somit die getrennte Verwaltung sowie die Entnahmesperre des früheren Umwandlungsrechts beseitigt und sich mit dem nachgeschalteten Sicherheitsleistungsanspruch begnügt<sup>63</sup>.

Das österreichische UmwG<sup>64</sup> enthielt ursprünglich ebenfalls ein aus getrennter Vermögensverwaltung, Sicherheitsleistung und Entnahmesperre bestehendes Gläubigerschutzkonzept. Die Nichteinhaltung der getrennten Vermögensverwaltung war überdies unter gerichtliche Strafe gestellt. Mit dem Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1993<sup>65</sup> wurde die Strafbestimmung durch eine Schadenersatzhaftung der Organe der umgewandelten Gesellschaft ersetzt. Die amtliche Begründung führte ins Treffen, die getrennte Vermögensverwaltung sei in der Praxis nicht durchgeführt, die Strafbestimmung offenkundig nie angewandt worden. Der Praxis sei durch die Einführung einer ausdrücklichen Haftungsbestimmung besser gedient<sup>66</sup>. Das EU-GesRAG beseitigte die getrennte Vermögensverwaltung und die Entnahmesperre. Für eine Sicherheitsleistung als Voraussetzung der Vermögensvereinigung bestand danach kein Raum mehr. Stattdessen wurde auch für die Umwandlung der der Firmenbucheintragung nachgeschaltete, von einer Gefährdungsbescheinigung abhängige Sicherheitsleistungsanspruch eingeführt (§§ 2 Abs. 3 und 5 Abs. 5 öUmwG jeweils iVm § 226 öAktG).

Auch das AktG 1937 hat aus Anlass der Reduktion des sehr weitgehenden, liquidationsrechtlichen Gläubigerschutzes auf die Haftung der Gesellschaftsorgane gesetzt. Inhaltlich wurde die Haftung erheblich verschärft. Während Vorstand und Aufsichtsrat auch damals im Regelfall nur intern, nämlich gegenüber der Gesellschaft hafteten, wurde in § 243 AktG 1937 ein unmittelbarer Schadenersatzanspruch der Gläubiger (und Aktionäre) gegenüber den Verwaltungsträgern der übertragenden Gesellschaft verankert. Dies geschah als Ausgleich für die Streichung der getrennten Vermögensverwaltung<sup>67</sup>. Dies entspricht auch dem geltenden Recht (§ 25 UmwG, § 227 öAktG<sup>68</sup>).

<sup>63</sup> Die Existenz persönlich haftender Gesellschafter der Nachfolge-Personengesellschaft hat bei der Reduktion der Gläubigerschutzvorschriften – soweit ersichtlich – keine Rolle gespielt. Andernfalls hätten Sonderregelungen für die Umwandlung auf eine GmbH & Co KG getroffen werden müssen. Die befristeten Entnahmesperren zeigen, dass auch die früheren Umwandlungsgesetze in der persönlichen Haftung von Gesellschaftern der Nachfolge-Personengesellschaft keine ausreichende Gläubigersicherung erblickten.

<sup>64</sup> BG vom 7. Juli 1954, öBGBI, 187 (abgedruckt bei Schiemer, Handkommentar zum AktG, 1980, S. 834 ff.), das auf das deutsche UmwG vom 5. 7. 1934, RGBl. I S. 569 zurückgeht.

<sup>65</sup> öBGBI 1993/458.

<sup>66</sup> Bericht des Justizausschusses zum Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1992 (später als Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1993 erlassen), 1016 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates 18. Gesetzgebungsperiode S. 10 f.

<sup>67</sup> AktG mit Amtlicher Begründung, 2. Aufl., 1939, S. 236: Die Ausführungen, wonach die übertragende Gesellschaft, ihre Aktionäre und Gläubiger „vor einem bei der Verschmelzung entstehenden Schaden weitgehend zu schützen“ seien, erfolgen unmittelbar nach der Begründung zur Streichung der getrennten Vermögensverwaltung. Zum Zusammenhang vgl. auch Goldschmidt, S. 105.

Für die Frage, ob das Fehlen einer Ausschüttungssperre von umwandlungs- oder verschmelzungsbedingten positiven Differenzbeträgen als korrekturfähige Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes eingeordnet werden kann, folgt daraus: Sowohl der deutsche als auch der österreichische Gesetzgeber haben wesentlich weiter gehende Schutzmaßnahmen zugunsten der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft als nicht effektiv und unnötig beseitigt. Diese Maßnahmen beinhalteten auch ein Verbot der Ausschüttung finanzieller Mittel der übertragenden Gesellschaft an die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft. Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft waren vorrangig zu befriedigen oder sicherzustellen. Erst danach durften die Mittel zur Befriedigung von Gläubigern des übernehmenden Rechtsträgers verwendet werden. Dies hinderte auch eine Ausschüttung an deren Gesellschafter – als Dividendengläubiger<sup>69</sup>; auch deren Befriedigung war somit nachrangig gegenüber der Befriedigung und Sicherstellung der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft. Die Wiedereinführung dieser Nachrangigkeit im Wege der analogen Anwendung der vorgeschalteten Sicherheitsleistungsansprüche scheidet daher am Fehlen einer Gesetzeslücke.

Anders wäre nur dann zu entscheiden, wenn die Umwandlungspraxis seit den genannten gesetzlichen Maßnahmen neue Problemkonstellationen oder bereits früher bekannte Problemkonstellationen in verschärfter Form mit sich gebracht hätte, die der Gesetzgeber aus Anlass des Rückbaus der Gläubigervorschriften nicht berücksichtigt hat. So könnte der Einwand nahe liegen, der Gesetzgeber des AktG 1937 habe jedenfalls nicht die Leveraged Buy-Out-Finanzierungen, die in den M&A-Boom-Jahren der letzten Jahrzehnte zum Einsatz gelangten, vorausgesehen und einkalkuliert. Tatsächlich wirft insbesondere die Verschmelzung von Erwerbs-Holding und Target-Tochtergesellschaft nach einem LBO erhebliche Fragen des

<sup>68</sup> Diese Regelung gilt gemäß § 17 Nr. 5 öSpaltG auch für die Spaltung zur Aufnahme, nicht hingegen für die Spaltung zur Neugründung, bei welcher das Problem der Vereinigung von Unternehmen unterschiedlicher Vermögens-, Finanz- und Ertragslage nicht eintreten kann und bei der eine Reduktion der Ausschüttungssperren durch den Summengrundsatz des § 3 Abs. 1 öSpaltG ausgeschlossen ist. Für die übertragende Umwandlung einer Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft gilt gemäß § 2 Abs. 3 öUmwG die verschmelzungsrechtliche Haftungsnorm des § 227 öAktG.

<sup>69</sup> Selbst die Verteilung des Jahresgewinns des übertragenen Vermögens, das von der übernehmenden Gesellschaft für die Dauer der getrennten Verwaltung als Sondervermögen wertmäßig zu „konservieren“ war, durfte nur aus den Mitteln der übernehmenden Gesellschaft erfolgen, damit das Sondervermögen der Gläubigern ungemindert erhalten blieb: *Goldschmidt*, S. 94. Aus diesem Grund teile ich nicht die Meinung *Reich-Rohrwigs*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, S. 244, „der Gesetzgeber des AktG 1937 (habe) die kapitalherabsetzende Wirkung einer Verschmelzung und die daraus resultierende Notwendigkeit einer derartigen Regelung zur Vermeidung von Geldabflüssen nicht erkannt“. Das Argument kann von vornherein nur schlüssig sein, wenn nicht die durch die Verschmelzung bewirkte „Kapitalherabsetzung“, sondern die Ausschüttung bisher gebundener Mittel als Problem betrachtet wird. Hier ging das Gläubigerschutzkonzept, das durch das AktG 1937 eingeschränkt wurde, aber wesentlich weiter, denn es verhinderte jegliche Geldabflüsse an Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft zu Lasten des für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft reservierten, befristet fortgeführten, Haftungsfonds. Die Leistung an Dividendengläubiger wurde im Allgemeinen nicht eigens erwähnt (siehe aber *Goldschmidt*), weil die getrennte Vermögensverwaltung Leistungen an alle Gläubiger verhinderte. Dieses Konzept hat das AktG 1937 bewusst eingeschränkt, zugunsten aller Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft, auch zugunsten ihrer Gesellschafter als Dividendengläubiger.

Gläubigerschutzes auf, und gerade auch in diesem Zusammenhang wird die analoge Anwendung der vorgeschalteten Sicherheitsleistungsansprüche auf Umwandlungsgewinne gefordert<sup>70</sup>. Demgegenüber zeigt eine nähere Betrachtung der Bilanzeffekte, dass die Charakteristika einer LBO-Finanzierung im Zuge einer nachfolgenden Verschmelzung gerade nicht typischerweise zu Kapitalentsperrung oder Verschmelzungsgewinnen führen. Ganz im Gegenteil.

#### Beispiel 7: Upstream-Verschmelzung nach LBO

Die Erwerbs-Holding hat die Beteiligung an der Target-Gesellschaft um einen Kaufpreis von 90 gekauft. Aus Darstellungsgründen wird angenommen, dass im Vermögen der Target-Gesellschaft keine stillen Reserven vorhanden sind, sodass das Eigenkapital ebenfalls 90 beträgt.

Erwerbs-Holding			
V	10	GK	30
Bet	90	Sch	70
	100		100

Target-Gesellschaft			
V	180	EK	90
		Sch	90
	180		180

Erwerbs-Holding nach Verschmelzung			
V	190	GK	30
		Sch	160
	190		190

Die Upstream-Verschmelzung führt zu keinem Verschmelzungsgewinn, weil der untergehende Beteiligungsansatz und das stattdessen einzubuchende Gesellschaftsvermögen der Target-Gesellschaft denselben Buchwert aufweisen. Dies ist keine realistische Annahme, denn typischerweise wird das Eigenkapital (= Buchwert des Gesellschaftsvermögens) – infolge eines Firmenwerts und/oder stiller Reserven – niedriger sein. Dann entsteht aber ein Verschmelzungsverlust, der eine zusätzliche Ausschüttungssperre begründet, sodass das Ausschüttungspotential nicht erhöht, sondern reduziert wird. Ein Verschmelzungsgewinn entsteht nur, wenn das Eigenkapital der Target-Gesellschaft höher ist als der Kaufpreis der Gesellschaft. Dies ist bei einer unmittelbar nach dem Anteilerwerb durchgeführten Verschmelzung aber unrealistisch.

<sup>70</sup> *Schneider*, S. 892.

Beispiel 8: Downstream-Verschmelzung nach LBO

Hier zeigen sich gleichartige Effekte.

Erwerbs-Holding			
V	10	GK	30
Bet	90	Sch	70
	100		100

Target-Gesellschaft			
V	180	GK	90
		Sch	90
	180		180

Target-Gesellschaft nach Verschmelzung			
V	190	GK	90
		Verlust (60)	
		Sch	160
	190		190

Bedenklich ist unter dem Blickwinkel des Verbots der Einlagenrückgewähr die Übertragung eines Schuldenüberhangs auf die Target-Gesellschaft. In Österreich scheitern derartige Verschmelzungen an den Grundsätzen der OGH-Entscheidung vom 11. 11. 1999. Gleiches dürfte der nunmehr herrschenden Ansicht in Deutschland entsprechen<sup>71</sup>. Zu einer positiven Verschmelzungsdifferenz kann die Downstream-Verschmelzung nach einem LBO aber ebenso wenig wie die Upstream-Verschmelzung führen. Kapitalentsperrung oder Gewinnrealisierung als Folgen einer Verschmelzung nach einem LBO sind praktisch auszuschließen.

Die dem AktG 1937 zugrunde liegenden, durch die Reform des Umwandlungsrechts zuletzt bestätigten Wertentscheidungen sind somit nicht durch neuere Finanzierungsstrategien überholt. All dies spricht für das Fehlen einer Gesetzeslücke, die durch eine analoge Anwendung der vorgeschalteten Sicherheitsleistungsansprüche geschlossen werden könnte.

Hinzu kommt: Das Schrifttum befürwortet eine Analogie zum Gläubigerschutz bei der Kapitalherabsetzung. Doch in Wahrheit hat die Ausschüttung positiver Verschmelzungsdifferenzbeträge mit einer Kapitalherabsetzung wenig gemein.

Zunächst steht eine verschmelzungsbedingte Kapitalrücklage der gemäß § 150 AktG (§ 229 Abs. 5 öUGB) gebundenen Kapitalrücklage näher als Nennkapital. Konsequenter wäre daher allenfalls die analoge Anwendung von § 150 AktG (§ 229 Abs. 5 öUGB). Diese Regelung gilt aber nur für die AG<sup>72</sup> und greift nur bei Anteilsgewährung gegen Aufgeld ein. Jedenfalls ab der Einführung einer (ungebundenen) Kapitalrücklage für Einlagen ohne Anteilsgewährung in § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB durch das BiRiLiG ist das Fehlen einer § 150 AktG vergleichbaren Bindung bei verschmelzungsbedingten Kapitalrücklagen (aufgrund einer Downstream- oder Schwesternverschmelzung) eine Wertentscheidung des Gesetzgebers gegen die Bindung solcher Beträge; auch dies spricht gegen eine Gesetzeslücke. Gleiches gilt für das Fehlen einer § 150 AktG entsprechenden Regelung im deutschen GmbHG.

<sup>71</sup> Klein/Stephanblome, S. 377f.

<sup>72</sup> Die Parallelnorm des § 229 Abs. 4 öUGB gilt auch für die große GmbH.

Schließlich ist die Verschmelzung, wie bereits ausgeführt (oben 5, Beispiel 5), selbst wenn sie zur Mittelfreisetzung führt, nicht mit einer ordentlichen Kapitalherabsetzung vergleichbar, weil der Primärzweck der Verschmelzung in der Vereinigung von Unternehmen bzw. Vermögen liegt. Bei einer Kapitalherabsetzung besteht der einzige Effekt in einer Reduktion des gesperrten Haftungsfonds um den Kapitalrückzahlungsbetrag. Dies mag den vorgeschalteten Sicherheitsleistungsanspruch ohne Gläubigergefährdung rechtfertigen. Demgegenüber sind die gläubigerrelevanten Konsequenzen einer Verschmelzung vielfältig. Der Mittel freisetzende Effekt kann durch andere Vorteile der Fusion mehr als aufgewogen werden. Ist die Ertrags-, Vermögens- oder Finanzlage der übernehmenden Gesellschaft erheblich besser als jene der übertragenden Gesellschaft, wird die Ausschüttung eines Verschmelzungsgewinns häufig keine Gläubigergefährdung bewirken. Den Gläubigerschutz in einer isoliert statischen Fixierung auf die ausschüttungsbedingte Vermögensminderung zu reduzieren, verkennt die Mehrdimensionalität der wirtschaftlichen Verschmelzungswirkungen, die die Verschmelzung von der Kapitalherabsetzung eben deutlich unterscheidet. Führt die Verschmelzung zur Aufnahme durch eine Gesellschaft mit erheblich höherer Wirtschafts- und Ertragskraft und folglich auch mit höherer Bonität, sollte die Entstehung eines begrenzten Verschmelzungsgewinns im Regelfall keinerlei Gläubigerbeeinträchtigung bewirken. Da die Gefährdung von Gläubigerinteressen von den Umständen der konkreten Umwandlung abhängt, ordnet das Gesetz die Umwandlung – anders als die Kapitalherabsetzung – zu Recht nicht generell-typisierend als gläubigergefährdend ein, sondern macht den Sicherheitsleistungsanspruch von der Bescheinigung der Gläubigergefährdung im Einzelfall abhängig.

Die Ausschüttung eines Verschmelzungsgewinns (aufgrund einer Upstream-Verschmelzung) ist keine Kapitalrückzahlung. Vielmehr liegt eine gewöhnliche Gewinnausschüttung vor, die nicht an eine vorangehende Sicherheitsleistung gebunden ist. Für die Bindung von Verschmelzungsgewinnen könnte freilich ins Treffen geführt werden, dass es sich in aller Regel um unbare Vermögensmehrungen handelt, die somit typischerweise keine Liquiditätssteigerung bewirken, aus der die Ausschüttung finanziert werden könnte<sup>73</sup>. Freilich ist diese Problematik nicht spezifisch umwandlungsbezogen. Sie stellt sich ganz allgemein bei Gewinnen aufgrund von Tauschgeschäften<sup>74</sup>. Auch sonst mag der Bilanzgewinn zum Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses gelegentlich nicht mehr liquide vorhanden sein, weil die Liquidität bereits für Investitionen verwendet wurde. Die Ausschüttungsentscheidung unterliegt auch in diesen Fällen keinen gesetzlichen Einschränkungen, sondern muss von den Gesellschaftsorganen unter Beachtung ihrer Sorgfaltspflicht getroffen werden.

<sup>73</sup> So schon Goerdeler, S. 54 ff.; dazu Hügel, Verschmelzung und Einbringung, S. 564 ff.

<sup>74</sup> Bilanzrechtlich ist der Gewinn aus einer Upstream-Verschmelzung ein Tauschgewinn: Die Obergesellschaft gibt die Beteiligung an der Untergesellschaft auf und erhält dafür deren Gesellschaftsvermögen.

## 2. De lege ferenda

Wer die *lex lata* gleichwohl als unbefriedigend einstuft, sollte sich bewusst sein, dass die Bindung von positiven Verschmelzungsdifferenzbeträgen Regelungsprobleme mit sich bringt, die nicht durch richterliche Rechtsfortbildung, sondern nur durch einen Gesetzgebungsakt ausreichend präzise gelöst werden können. Andernfalls drohen Anwendungsprobleme, die die Umwandlungspraxis erheblich belasten. Dies hat sich im Gefolge der OGH-Entscheidung vom 11. 11. 1999 in der österreichischen Umgründungspraxis gezeigt<sup>75</sup>, und dies war der Grund für den Versuch des österreichischen Gesetzgebers, die Grundsätze des OGH in präziserer Form zu kodifizieren.

Wird nicht der sachlich verfehlte Kapitalerhaltungsansatz des OGH, sondern der Vorschlag des deutschen Schrifttums, die Ausschüttung von Verschmelzungsgewinnen zu beschränken, weiterverfolgt, stellen sich ähnliche Regelungsaufgaben:

Zunächst ist dem unterschiedlichen Charakter der Umwandlungsdifferenzbeträge Rechnung zu tragen. Anhand der Verschmelzungsfälle: Bei den verschmelzungsrechtlichen Einlagen – bei Verschmelzungen mit Anteilsgewährung, Downstream-Verschmelzungen und Schwesternverschmelzungen – müsste das nicht in (erhöhtem) Nennkapital gebundene Verschmelzungsvermögen einer gebundenen Kapitalrücklage zugeführt werden. Für Verschmelzungsgewinne aus Upstream-Verschmelzungen wäre demgegenüber eine gebundene Gewinnrücklage zu statuieren<sup>76</sup>.

Die sachliche Nähe durch Verschmelzung erstandener Kapitalrücklagen zur Agiorücklage (§ 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB; § 229 Abs. 2 Nr. 1 öUGB) müsste meines Erachtens zur Einbeziehung des § 150 AktG (§ 229 Abs. 5 öUGB) in die Reform führen. Die Bindung eines Verschmelzungsgewinns bei einer AG anders zu beurteilen als bei einer GmbH, beruht auf einer historischen, heute überholten *ratio legis* der Bindung von Aufgeldern<sup>77</sup>. Auch das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Anteilsgewährung kann nicht entscheidend sein, denn in allen Fällen geht es um den Schutz der Gläubiger vor Minderung des Haftungsfonds durch Ausschüttung von Mitteln, die vor der Verschmelzung nicht ausgeschüttet werden konnten. Zumal es wertungswidersprüchlich ist, dass die gemäß § 150 AktG (§ 229 Abs. 5 öUGB) gebundene Kapitalrücklage nicht einmal nach gewährtem Gläubigerschutz aufgelöst werden kann, also „härter“ ist als Nennkapital<sup>78</sup>, müsste wohl für sämtliche positiven Verschmelzungsdifferenzbeträge ein neues Rücklagenauflösungskonzept

<sup>75</sup> So aus deutscher Sicht auch *Simon*, in: KK-UmwG, § 22 Rn. 60 f.

<sup>76</sup> Dies müsste kraft Verweisungen auch für Auf- und Abspaltungen zur Aufnahme gelten.

<sup>77</sup> Die Aktienrechtsnovelle 1884 wollte der Ausschüttung von Scheingewinnen aus Aufgeldbeträgen, der sog. „Agiotage“, entgegenstehen. Derartige Manipulationen würden heute durch Rechnungslegung und kapitalmarktrechtliche Transparenzvorschriften aufgedeckt. Dazu *Hügél*, Verschmelzung und Einbringung, S. 267 ff.

<sup>78</sup> Unabhängig davon, ob positive Verschmelzungsdifferenzbeträge generell gebunden werden, sollte die Auflösung der gebundenen Kapitalrücklage in entsprechender Anwendung der Kapitalherabsetzungsvorschriften eröffnet werden. So auch sec. 610 (4) des englischen Companies Act 2006 zum *share premium account*.

geschaffen werden. Wie im Entwurf des österreichischen Gesellschaftsrechtsänderungsgesetzes 2007 wäre zu überlegen, die Auflösung gebundener Kapitalrücklagen und gebundener Gewinnrücklagen aufgrund von Umwandlungen nach Befriedigung der Gläubiger oder Sicherheitsleistung zu gestatten.

Ferner ist die Höhe der Rücklagenbindung regelungsbedürftig: War das Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft teilweise ungebunden, darf nicht der gesamte positive Verschmelzungsdifferenzbetrag bei der übernehmenden Gesellschaft gebunden werden, sondern nur der Mehrbetrag (siehe Beispiel 5); auch hier wäre die Harmonisierung mit § 150 AktG (§ 229 Abs. 5 öUGB) zu beachten, der eine derartige Differenzierung nicht kennt<sup>79</sup>. Ist danach etwa bei einer Upstream-Verschmelzung keine Erhöhung des Ausschüttungspotentials gegenüber dem ungebundenen Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft festzustellen, so kann dennoch im Einzelfall eine Bindung der positiven Differenz zugunsten der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft in Betracht kommen (siehe wiederum Beispiel 5).

Wer eine effektive und in der Unternehmenspraxis rechtssicher vollziehbare Sperre positiver Umwandlungsdifferenzen verwirklichen will, wird sich den vorgenannten Regelungsaufgaben zu stellen haben. Vorrangig ist aber die Frage, ob derartige Ausschüttungssperren rechtspolitisch überhaupt zu befürworten sind. Im Zuge der Beratungen zum Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2007 habe ich in der Arbeitskommission des öBMJ die Ansicht vertreten, dass das österreichische Kapital- und Vermögensbindungssystem eher einer Deregulierung, insbesondere auch im Zusammenhang mit den gebundenen Kapitalrücklagen, bedarf, keinesfalls aber einer weiteren Komplexitätssteigerung durch Bindung von positiven Verschmelzungsdifferenzbeträgen. Die verdienstvolle rechtsvergleichende Untersuchung von *Susanne Kalss*<sup>80</sup> hat keine vergleichbaren Regelungen in ausländischen Rechtsordnungen zutage gefördert. Auch im Rahmen der rechtspolitischen Beurteilung fällt ins Gewicht, dass die Mittelfreisetzung nur eine mögliche Folge einer Verschmelzung ist, die – auch aus der Sicht der Gläubiger – durch positive Effekte der Verschmelzung mehr als aufgewogen werden kann. Dem kann auch nicht durch einen gefährdungsabhängigen Sicherheitsleistungsanspruch Rechnung getragen werden, denn die Bewertung aller Verschmelzungsfolgen, unter Einbeziehung der Ertragsaussichten der vereinigten Unternehmen, auch aufgrund von prognostizierten Synergieeffekten, Bonitätsveränderungen und Mittelfreisetzungen, sollte sinnvoller Weise nicht Gegenstand eines vor der Gewinnausschüttung durchzuführenden Gerichtsverfahrens sein<sup>81</sup>. Die Vor- und Nachteile einer Umwandlung gegeneinander abzuwägen, ist auch künftig der alleinigen Verantwortung der Gesellschaftsorgane zu überlassen.

Die Gefahr der Umgehung der Kapitalherabsetzungsvorschriften ist gering: Aus der österreichischen Praxis sind keine Fälle bekannt, in denen Verschmelzungen zur Schaffung von Ausschüttungspotential beim übernehmenden Rechtsträger ein-

<sup>79</sup> Vgl. schon die Kritik bei *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, S. 256.

<sup>80</sup> ZGR 2009, 74.

<sup>81</sup> Ebenso *Simon*, in: KK-UmwG, § 22 Rn. 60.

gesetzt wurden<sup>82</sup>. Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, weil Verschmelzungen in aller Regel mit höheren Kosten als eine ordentliche Kapitalherabsetzung und nicht selten mit Nachteilen, wie der Auslösung von Change of Control-Regelungen in Dauerverträgen, dem Wegfall von Verlustvorträgen oder dem Anfall von Grunderwerbsteuer, verbunden sind. Als mögliche Umgehung wurde im Schrifttum folgende Transaktion genannt<sup>83</sup>: Eine Gesellschaft mit hohem Nennkapital gründet eine Tochter- oder Schwester-Kapitalgesellschaft mit niedrigem Nennkapital und führt anschließend eine Verschmelzung durch, um den vorgeschalteten Sicherheitsleistungsanspruch nach den Kapitalherabsetzungsvorschriften zu vermeiden. Indessen gehen die beteiligten Organe bei einer derartigen Transaktion ein hohes Risiko ein. Aufgrund ihrer Sorgfaltspflicht müssen die Organe anhand einer Liquiditätsplanung beurteilen, ob die Verschmelzung zur Gefährdung von Gläubigern führt. Ist dies der Fall, müssen die Organe damit rechnen, dass die nachgeschalteten Sicherheitsleistungsansprüche (§ 22 UmwG, § 226 öAktG) nicht erfüllt werden können. Führen sie die Verschmelzung dennoch durch Abschluss des Verschmelzungsvertrags und Anmeldung der Verschmelzung zur Eintragung in das Handelsregister durch<sup>84</sup>, haften sie für Schadenersatz (§§ 25 ff UmwG, §§ 227 ff öAktG); die Organe der übertragenden Gesellschaft sogar unmittelbar gegenüber Gläubigern und Aktionären. Im Allgemeinen dürften Organe ein derartiges Risiko nicht eingehen, nur um zu erreichen, dass Sicherheitsleistung nicht vor, sondern erst nach der Maßnahme gewährt werden muss.

Danach ist die dem Verschmelzungsrecht des AktG 1937 zugrunde liegende, durch die jüngere Umwandlungsgesetzgebung bestätigte Bewertung, eine Verschmelzung sei im Allgemeinen mit keiner besondere Maßnahmen erfordernden Gläubigergefährdung verbunden, noch immer aktuell. Meines Erachtens besteht kein Bedarf an einem bei jeder verschmelzungsbedingten Mittelfreisetzung eingreifenden Gläubigerschutz durch vorgeschaltete Sicherheitsleistung. Ausreichend sind unverändert der nachgeschaltete Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 22 UmwG, § 226 öAktG) sowie die unmittelbare Haftung der Gesellschaftsorgane gegenüber den Gläubigern (§ 25 UmwG, § 227 öAktG).

<sup>82</sup> Hingegen ist es vorgekommen, dass eine Einbringung zur Erzielung eines ausschüttungsfähigen Aufwertungsgewinnes beim einbringenden Rechtsträger eingesetzt wurde. Ein derartiger Effekt kann erzielt werden, wenn der einbringende Rechtsträger die erhaltenen Anteile zum Zeitwert (und nicht zum Buchwert) der abgehenden Sacheinlage ansetzt. Dazu *Bula/Schlösser*, in: *Sagasser/Bula/Brünger* (Hrsg.), *Umwandlungen*, 2. Aufl., O Rn. 18 mwN; *Hügél*, *Umgründungsbilanzen*, Rn. 4.70. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen müsste eine Ausschüttungsbegrenzungsregelung auch derartige Umgründungsgewinne erfassen, wodurch der Komplexitätsgrad einer derartigen Regelung noch weiter gesteigert würde.

<sup>83</sup> *Reich-Rohrwig*, *Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung*, S. 240.

<sup>84</sup> Zwar sind die Verschmelzungsbeschlüsse für die Organe grundsätzlich verbindlich (*Lutter/Drygala*, in: *Lutter* (Hrsg.) *UmwG*, 4. Aufl., § 13 Rn. 18; *Szep*, in: *Jabornegg/Strasser* (Hrsg.) *AktG*, 5. Aufl., § 221 Rn. 3); im Falle einer Gläubigergefährdung müssen die Organe jedoch bei sonstiger Schadenersatzhaftung die Beschlüsse mit Anfechtungsklage bekämpfen: *Strasser*, in: *Jabornegg/Strasser* (Hrsg.) *AktG*, 5. Aufl., §§ 77 – 84 Rn. 115.

## Literatur

*Breit*, Fusion und Aktienrechtsreform, ZHR 94 (1929) 356, ZHR 95 (1930) 1, 337; *Brodmann*, Über den Bericht der Aktienrechtskommission des Juristentages, ZHR 94 (1229) 31; *Georg Eckert*, Kapitalentsperrung bei Verschmelzungen, österr. Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht (GeS) 2006, 383, 436; *Goerdeler*, Bilanzierungs-Probleme bei Verschmelzung und Umwandlung, FS Schmalz, 1970, S. 54; *Goldschmidt*, Die sofortige Verschmelzung (Fusion) von Aktiengesellschaften, 1930; *Hügél*, Verschmelzung und Einbringung, 1993; *Hügél*, Umgründungsbilanzen – Handelsrecht und Steuerrecht, 1997; *Hügél*, Aktuelle Probleme des Spaltungsrechts – Zuordnung und Teilung von Vertragsverhältnissen, Squeeze-out-Spaltung, Konzern-Spaltung, Summengrundsatz österr. Wirtschaftsrechtliche Blätter (wbl) 2001, 387; *Hügél*, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht – Kommentierung des Art. I Umgründungssteuergesetz, 2009; *Ibrig*, Verschmelzung und Spaltung ohne Gewährung neuer Anteile? ZHR 160 (1996) 317; *Kalss*, Handkommentar zur Verschmelzung Spaltung Umwandlung, 1997; *Kalss/Eckert*, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, GesRZ 2007, 222; *Kalss*, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften, ZGR 2009, 74; *Koppensteiner*, Verschmelzung und Vermögensbindung, österr. Wirtschaftsrechtliche Blätter (wbl) 1999, 333; *Koppensteiner*, Zum Gläubigerschutz bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, FS Westermann, 2008, 1157; *Klein/Stephanblome*, Der Downstream Merger – aktuelle umwandlungs- und gesellschaftsrechtliche Fragestellungen, ZGR 2007, 351; *Maier-Reimer*, Vereinfachte Kapitalherabsetzung durch Verschmelzung? Replik zu *Petersen*, GmbHR 2004, 728, GmbHR 2004, 1128; *Naraschewski*, Gläubigerschutz bei der Verschmelzung von GmbH, GmbHR 1998, 356; *Christian Nowotny*, Kapitalerhaltung bei Verschmelzungen und Spaltungen – Lehren aus OGH 11. 11. 1999, österr. Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen (RWZ) 2000, 97; *Georg Nowotny*, Umgründungsrecht wohin? oder: Der Hilferuf eines Firmenbuchrichters, eclex 2000, 116; *Georg Nowotny*, Verschmelzungen nach der „Down-Stream-Merger-E“, eclex 2000, 722, 800; *Mayer*, Das Umwandlungsrecht als Instrumentarium der Unternehmensnachfolge, DNotZ 1998 Sonderheft 159; *Petersen*, Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, 2001; *Petersen*, Vereinfachte Kapitalherabsetzung durch Verschmelzung? GmbHR 2004, 728; *Petersen*, Der Gläubigerschutz im System des Umwandlungsrechts, Der Konzern 2004, 185; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, 2004; *Riegger*, Kapitalgesellschaftsrechtliche Grenzen der Finanzierung von Unternehmensübernahmen durch Finanzinvestoren, ZGR 2008, 233; *Karsten Schmidt*, Gläubigerschutz bei Umstrukturierungen – Zum Referentenentwurf eines Umwandlungsgesetzes, ZGR 1993, 366ff; *Uwe H. Schneider*, Missbräuchliches Verhalten durch Private Equity, NZG 2007, 888