

Sonderdruck

Hanns F. Hügel

Spaltungsverlust, Kapitalherabsetzung und „Summengrundsatz“ bei der Abspaltung

Ein deutsch-österreichischer Rechtsvergleich

Originalbeitrag erschienen in:

Jens Blumenberg, Georg Crezelius, Dietmar Gosch, Matthias Schüppen (Herausgeber):
Festschrift für Wilhelm Haarmann. Düsseldorf: IDW Verlag, 2015, S. 207-230.



Sonderdruck aus „Festschrift für Wilhelm Haarmann“ (ISBN 978-3-8021-2015-2)

© 2015 IDW Verlag GmbH, Tersteegenstraße 14, 40474 Düsseldorf

Die IDW Verlag GmbH ist ein Unternehmen des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V. (IDW).

www.idw-verlag.de

(Umschlag Seite 2)

Spaltungsverlust, Kapitalherabsetzung und „Summengrundsatz“ bei der Abspaltung Ein deutsch-österreichischer Rechtsvergleich

- 1 Vereinfachte Kapitalherabsetzung nach §§ 139, 145 UmwG
 - 1.1 Begrenzung durch den Spaltungsverlust nach Rücklagenverrechnung
 - 1.2 Zusätzliche Begrenzung der vereinfachten Kapitalherabsetzung durch spiegelbildliche Nennkapital-Aufbringung bei der übernehmenden Gesellschaft?

- 2 Kapitalerhaltung im Spaltungskreis
 - 2.1 § 3 Abs. 1 öSpaltG: Aufrechterhaltung der Ausschüttungssperren durch den Summengrundsatz
 - 2.2 Vergleich mit dem deutschen Spaltungsrecht

- 3 Wahlweise Verrechnung des Spaltungsverlustes mit ungebundenem und gebundenem Eigenkapital?
 - 3.1 Zum Verhältnis von § 229 Abs. 7 öUGB gegenüber § 3 Abs. 1 SpaltG
 - 3.2 Vergleich mit dem deutschen Spaltungsrecht

1 Vereinfachte Kapitalherabsetzung nach §§ 139, 145 UmwG

1.1 Begrenzung durch den Spaltungsverlust nach Rücklagenverrechnung

Die Abspaltung führt regelmäßig zu einer Minderung des Gesellschaftsvermögens der übertragenden Gesellschaft. Anders als bei der Ausgliederung erhält die übertragende Gesellschaft keine Gegenleistung in Form von Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft, die den Wert des Spaltungsvermögens repräsentieren, denn diese Anteile kommen den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft zu (§ 23 Abs. 2 UmwG).¹ Dies erfordert gesetzliche Maßnahmen zum Schutze der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft.

Zum Zwecke der (zumindest zeitlich befristeten) Aufrechterhaltung des haftenden Vermögens ordnet § 133 UmwG die *gesamtschuldnerische Haftung* der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger an.² Dadurch wird der Haftungsfonds inklusive offener und stiller Reserven zugunsten der Alt-Gläubiger³ beibehalten. Die Gläubiger werden im Ergebnis für fünf Jahre so gestellt, als ob die Spaltung noch nicht vollzogen wäre.⁴ Dies kann als *Fiktion des unveränderten Fortbestehens der übertragenden Gesellschaft* für Zwecke des Gläubigerschutzes gedeutet werden. Diese Fiktion wird sich auch bei den weiteren Gläubigerschutzfragen dieses Beitrags als fruchtbar erweisen.

In der Bilanz der übertragenden Gesellschaft führt die Abspaltung zu einem *Spaltungsverlust*⁵. Wie auch andere Umwandlungsverluste ist der Spaltungsverlust nach nunmehr hA. in der Gewinn- und Verlustrechnung nicht als außerordentlicher Aufwand (§ 275 Abs. 2 Nr. 16 oder Abs. 3 Nr. 15 HGB), der den Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag beeinflusst, auszuweisen, sondern als eigener

1 *Priester*, FS Schippel, 1996, 487, 488; ähnlich bereits *W. Müller*, WPg 1996, 857, 865; *Groß*, NZG 2012, 770.

2 Das österreichische Spaltungsgesetz („öSpaltG“) begnügt sich hingegen mit einer Solidarhaftung, bei der die Haftung jener Gesellschaft, der die Verbindlichkeiten nicht zugeordnet sind, mit dem Betrag des an sie übertragenen oder ihr verbleibenden Nettoaktivvermögens beschränkt ist (§ 15 Abs. 1 öSpaltG). Durch die Werterhöhung des Gesellschaftsvermögens (Gewinne) nach der Spaltung wird die Haftung somit nicht erweitert.

3 Dies sind gem. § 133 Abs. 1 UmwG jene, deren Forderungen vor dem Wirksamwerden der Spaltung geändert worden sind. § 15 Abs. Satz 1 öSpaltG knüpft unmittelbar an die Eintragung der Spaltung an.

4 *Schwab*, in *Lutter*, UmwG, 5. Aufl., 2014, § 133 Rn. 11.

5 Vorausgesetzt ist ein positiver Buchwert des Spaltungsvermögens. Ist das Spaltungsvermögen hingegen buchmäßig überschuldet, führt die Spaltung bei der übertragenden Gesellschaft zu einem Spaltungsgewinn.

in § 275 HGB nicht erwähnter Posten nach dem Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag.⁶

Das Gesetz befasst sich nur mit den Auswirkungen des Vermögensabgangs auf das *Nennkapital*. Gemäß §§ 139, 145 UmwG kann das Stammkapital einer übertragenden GmbH bzw. das Grundkapital einer übertragenden AG in vereinfachter Form herabgesetzt werden, wenn dies zur Durchführung der Abspaltung „erforderlich“ ist. Dies betrifft den Fall, dass das Nennkapital nach dem Vermögensübergang nicht mehr gedeckt ist. Aus dem Kriterium der „Erforderlichkeit“ folgt ohne weiteres, dass die buchmäßige Vermögensminderung – der Spaltungsverlust – vorweg mit den ungebundenen Rücklagen, einem Gewinnvortrag oder Bilanzgewinn („ungebundenes Eigenkapital“) zu verrechnen ist.⁷ Zur Kapitalherabsetzung kommt es nur, wenn dies den Spaltungsverlust nicht deckt. Der Herabsetzungsbetrag entspricht dann der Differenz zwischen dem Spaltungsverlust und dem ungebundenen Eigenkapital.

Umstritten ist hingegen, ob der Spaltungsverlust bei einer übertragenden AG auch mit *gebundenen Rücklagen* iSv. § 150 AktG verrechnet werden muss. Da die §§ 139, 145 UmwG eine vereinfachte Kapitalherabsetzung zulassen, nimmt die hA.⁸ eine Tatbestands- oder Rechtsgrundverweisung auf die für die vereinfachte Kapitalherabsetzung geltenden Bestimmungen an: Bei einer übertragenden AG führt dies zu gemäß § 229 Abs. 2 AktG zur Verrechnung mit den gebundenen Rücklagen, soweit diese 10% des herabgesetzten Grundkapitals übersteigen.⁹

6 Vgl. Tz. 17 der IDW Stellungnahme zur Rechnungslegung: Auswirkungen einer Spaltung auf den handelsrechtlichen Jahresabschluss (IDW RS HFA 43 – Stand 6.9.2012); erstmals *W. Müller*, WPg 1996, 865 mit der Begründung, es handle sich um einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang; ebenso für Österreich: Rz. 44 der Stellungnahme des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision zu Einzelfragen bei Rechnungslegung bei Umgründungen, KFS/RL 25; *Ludwig/Hirschler*, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen, 2. Aufl., 2012, 179.

7 *Priester*, in Lutter, UmwG, 5. Aufl., 2014, § 139 Rn. 6; *Schwab*, in Lutter, UmwG, 5. Aufl., 2014, § 145 Rn. 11; *W. Müller*, WPg 1996, 866.

8 *Groß*, NZG 2010, 771; ähnlich *Zeidler*, WPg 2004, 324, 325 f. (§ 229 Abs. 2, 150 Abs. 3 und 4 AktG als „System des gestuften Eigenkapitalschutzes“); *Bultmann*, in Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 4. Aufl., 2011, § 18 Rn. 96; *Rieger*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand Sept. 1996, § 145 UmwG Rn. 15; *Hörtnagl*, in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, 6. Aufl., 2013, § 139 Rn. 25 und § 145 Rn. 4; aA. *Priester*, FS Schippel 492: keine Tatbestands-, sondern bloße Rechtsfolgenverweisung.

9 *Zeidler*, WPg 2004, 328; *Groß*, NZG 2010, 771 f.; *Bultmann*, in Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 4. Aufl., 2011, § 18 Rn. 96; IDW RS HFA 43 Tz. 14; *D. Mayer*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand Feb. 2013, § 139 UmwG Rn. 75. Für ein Wahlrecht zur Beibehaltung der gebundenen Rücklagen in Höhe von 10% des herabgesetzten Grundkapitals: *Hörtnagl*, in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, 6. Aufl., 2013, § 145 Rn. 4; ebenso *Rieger*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand Sept. 1996, § 145 UmwG Rn. 15.

gesetzliche Bindung der Agiorücklage (§§ 229 Abs. 5 öUGB, 150 Abs. 2 AktG) auch in anderen Fällen zur (unerwünschten) Erhöhung der Ausschüttungssperren führt. *De lege ferenda* sollte die Bindung der Agiorücklage überdacht werden.⁵⁴

Kommt es hingegen nicht zur zwingenden Dotierung der gebundenen Kapitalrücklage gemäß § 229 Abs. 5 öUGB, bleibt aufgrund des Summengrundsatzes nicht nur der Betrag der Ausschüttungssperren „in Summe“ gleich; Gleiches gilt vielmehr auch für die ungebundene Rücklage, die von der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft verlagert wird. Dies ist, obwohl ungebundene Rücklagen in § 3 Abs. 1 Satz 1 öSpaltG nicht explizit angesprochen sind, eine zwingende Folge des Summengrundsatzes: Da das Vermögen laut Bilanz der übertragenden Gesellschaft bei der Spaltung auf zwei (oder mehrere) Bilanzen aufgeteilt wird, bleibt das gesamte Eigenkapital „in Summe“ gleich. Da der Summengrundsatz das Gleichbleiben des gesperrten Kapitals anordnet, muss – sofern nicht zusätzlich neue Bindungsregelungen eingreifen (konkret: § 229 Abs. 5 öUGB) – auch das ungebundene Rest-Kapital zwangsläufig gleich bleiben. § 3 Abs. 1 Satz 1 öSpaltG *bewirkt somit die summenmäßige Aufrechterhaltung des gesamten Eigenkapitals und der Eigenkapitalgliederung.*

Daraus folgt: Werden ungebundene Rücklagen spaltungsbedingt bei der übertragenden Gesellschaft abgestockt, wandern sie zwingend zur übernehmenden Gesellschaft. Dies ist sachlich unberechtigt und steht auch mit dem Zweck des § 229 Abs. 7 UGB nicht im Einklang: Zunächst ist nicht ersichtlich, warum entgegen der sonst gegebenen spaltungsrechtlichen Zuordnungsfreiheit (oben 2.2) die Verlagerung des Ausschüttungspotentials von der übertragenden Gesellschaft zur übernehmenden Gesellschaft *erzungen* werden sollte; gerade dies wäre aber die buchtechnisch notwendige Folge des Summengrundsatzes bei Annahme einer vorrangigen Verpflichtung zur Verrechnung des Spaltungsverlustes mit den ungebundenen Rücklagen.

Zusätzlich wäre die Anwendung von § 229 Abs. 7 öUGB der Gesellschaften im Spaltungskreis durch den Tatbestand nicht gerechtfertigt und hinsichtlich der Rechtsfolge funktionslos: Da kein „echter“ Verlust, sondern nur eine Vermögensverlagerung vorliegt, bewirkt die Spaltung bei Gesamtbetrachtung der

Umfanges der Kapitalrücklagen bei deutschen AG und die auch daraus abgeleitete positive Beurteilung der Rücklagenbindung bei *Bezzenberger*, Das Kapital der AG, 2005, 39 ff. Indessen dürfte dieser Befund in erster Linie das Emissionsagio börsennotierter AG betreffen, also insbesondere nicht das Sacheinlage-Agio.

54 Paradigmatisch ist die Ausgliederung von Vermögen aus einer GmbH mit niedrigem Stammkapital in eine Tochter-AG. Im Falle der Anteilsgewährung bei Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung dient der gesamte in der Bilanz der Tochter-AG eingebuchte Wert der Sacheinlage entweder der Aufbringung von Grundkapital oder ist in die gebundene Kapitalrücklage einzustellen.

Gesellschaften im Spaltungskreis keine Unterbilanz. Und: Während § 229 Abs. 7 öUGB im Interesse der Begrenzung der Reduktion der Ausschüttungssperren die Verrechnung des Verlustes mit den ungebundenen Rücklagen statuiert, wodurch Ausschüttungspotenzial wegfällt, würde die Verrechnung des Spaltungsverlustes mit den ungebundenen Rücklagen nicht zu deren Reduktion führen, sondern bloß zu deren Aufteilung auf die Gesellschaften im Spaltungskreis. Die Rechtsfolge des § 229 Abs. 7 öUGB ginge bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Gesellschaften im Spaltungskreis ins Leere.

Aus entsprechenden Gründen ist es zulässig, das Nennkapital der übertragenden Gesellschaft zu reduzieren und bei der übernehmenden Gesellschaft ein Nennkapital in Höhe des Herabsetzungsbetrags zu bilden, kurz: einen Teil des Nennkapitals zu übertragen, selbst wenn bei der übertragenden Gesellschaft ungebundenes Eigenkapital zurückbleibt. Auch hier wäre die zwangsweise Vorweg-Verrechnung mit dem ungebundenen Eigenkapital funktionslos. Jede Aufteilung des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen steht aber unter der Bedingung, dass das gesperrte Kapital nach der Spaltung sowohl bei der übertragenden als auch bei der übernehmenden Gesellschaft durch das aufgeteilte Gesellschaftsvermögen („Nettoaktivvermögen“) gedeckt ist (siehe oben 2.2 am Ende).

3.2 Vergleich mit dem deutschen Spaltungsrecht

Infolge Fehlens einer § 3 Abs. 1 öSpaltG vergleichbaren Regelung weicht die deutsche Rechtslage in folgenden Punkten von der österreichischen ab:

- Aufgrund des Erforderlichkeits-Kriteriums der §§ 139, 145 UmwG ist die nach österreichischem Recht zulässige *vorrangige Verrechnung* des Spaltungsverlustes *mit gebundenen Rücklagen und Nennkapital* der übertragenden Gesellschaft *ausgeschlossen*. Die Abspaltung führt daher zunächst zwingend zur *Beseitigung von Ausschüttungspotential* (ungebundene Kapital- und Gewinnrücklagen, Bilanzgewinn, Gewinnvortrag) der übertragenden Gesellschaft. Die für die Zuordnung zum Spaltungs- und Restvermögen geltende Gestaltungsfreiheit erstreckt sich nicht auf die Aufteilung der Eigenkapitalstruktur.
- Diese Begrenzung der Kapitalreduktion durch das Erforderlichkeits-Kriterium hat den Zweck, die ohne vorgeschalteten Gläubigerschutz zugelassene vereinfachte Kapitalherabsetzung *möglichst gering zu halten*. Dieser Effekt wird jedoch gewissermaßen aufgehoben, wenn der Beseitigung des Ausschüttungspotenzials bei der übertragenden Gesellschaft keine entsprechende Aufbringung gesperrten Kapitals bei der übernehmenden Gesellschaft gegenübersteht.

- Die These *Priesters* soll diese *Reduktion der Ausschüttungssperren* im Zuge der Abspaltung verhindern.
- Da sich das Erforderlichkeits-Kriterium der §§ 139, 145 UmwG, auf das die These *Priesters* gestützt ist, nur auf das Nennkapital der übertragenden Gesellschaft bezieht, lässt sich ein für die *gebundenen Rücklagen* geltender Summengrundsatz *de lege lata* nicht begründen. Im Falle einer übernehmenden GmbH müsste die Abstockung ungebundener Rücklagen der übertragenden Gesellschaft somit durch (erhöhtes) Nennkapital der übernehmenden GmbH ausgeglichen werden. Hingegen kann dem Summengrundsatz in dieser Form bei der nicht verhältnismäßigen Spaltung nicht genügt werden, weil die Höhe des Nennkapitals der neuen oder übernehmenden Gesellschaft hier durch das Umtauschverhältnis determiniert ist.
- Im Falle einer übernehmenden AG sorgt die Bindung der Kapitalrücklage (§ 150 Abs. 2 AktG) automatisch für die Erfüllung des ungeschriebenen Summengrundsatzes. Dies gilt nicht im Falle einer Abspaltung zur Aufnahme, bei der die Kapitalerhöhung gemäß §§ 68, 125 UmwG unterbleibt.

Steuerrecht

SEBASTIAN BENZ UND OLIVER ROSENBERG

Die Treaty Overrides des § 50d EStG: Verfassungskonform oder Verfassungswidrig?

JOCHEN BERNINGHAUS

Die Wende im Streit um die Behandlung teilentgeltlicher Übertragungen nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG?

JENS BLUMENBERG UND FLORIAN LECHNER

Die Zukunft der Entstrickungs- und Wegzugsbesteuerung

EUGEN BOGENSCHÜTZ

Die Unternehmerschaft – das ungeliebte Stiefkind des Steuergesetzgebers?

GEORG CREZELIUS

Versicherungsteuer – terra incognita des Steuerrechts?

KLAUS-DIETER DRÜEN

Verfahrensrecht und Systemwechsel. Zu verfahrensrechtlichen Zweifelsfragen der Umgliederung des Körperschaftssteuerguthabens

MICHAEL FISCHER

Die ertragsteuerrechtliche Behandlung von sog. qualifizierten Genussrechten an Kapitalgesellschaften

JUTTA FÖRSTER

Unionsrechtswidrige Steuerbescheide: Beseitigung durch Änderung, Billigkeit oder unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch

DIETMAR GOSCH

Gutes tun und Steuern sparen.
Steuerliches Gemeinnützigkeitsrecht im „freien Markt“

PETER HAAS

Das strafrechtliche Kompensationsverbot im Umsatzsteuerrecht.
Zum Fall der Vorsteuerkompensation bei Schwarzeinkäufen

WOLFGANG HAAS

Base Erosion and Profit Shifting („BEPS“) –
Eine steuerpolitische Bewertung

MANFRED HAMANN UND SONJA HALVERSCHEID

Allgemeine Anforderungen an eine einheitliche körperschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage in Europa

Inhaltsverzeichnis

Gesellschaftsrecht und Schiedsverfahren

STEPHAN BUSCH

Die unberechtigte Schadensersatzklage gegen eine Anwaltskanzlei

SIEGFRIED H. ELSING

Das Interesse beim Schadensersatz in Post-M&A-Streitigkeiten
am Beispiel der Bilanzgarantie und der culpa in contrahendo

HERIBERT HIRTE

Rückkehr zu alten insolvenzrechtlichen Privilegien für den Fiskus
in neuem Gewand

PETER HOMMELHOFF UND GEORG LANFERMANN

Für eine mehrjährige Bestellperiode des Abschlussprüfers

HANNS F. HÜGEL

Spaltungsverlust, Kapitalherabsetzung und „Summengrundsatz“
bei der Abspaltung. Ein deutsch-österreichischer Rechtsvergleich

REINHARD MARSCH-BARNER

Zur grenzüberschreitenden Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften

ROLF NONNENMACHER

Neue gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für den Prüfungsausschuss

ANDREAS PENTZ UND SILJA MAUL

Zur Einziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH

KARSTEN SCHMIDT

§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG – Business Judgment Rule als Lehrstück
zwischen Positivismus und Rechtsfortbildung.
Ein Streifzug nach dem 70. Deutschen Juristentag

MATTHIAS SCHÜPPEN

Unternehmensbewertungsinformationen im Übernahmerecht

GERHARD WEGEN

Aspekte des Kollisionsrechts im Unternehmenskaufrecht

HANS-ULRICH WILSING

Der Vergleich über Organhaftungsansprüche – Überlegungen zum
materiellen Prüfungsmaßstab des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG

ALEXANDER HEMMELRATH UND CARMEN MIELKE-VINKE

Unbenannte (ehebedingte) Zuwendungen unter Ehegatten. Werden die derzeitigen Regelungen zum steuerfreien Vermögenszuwachs unter Ehegatten zukünftig Bestand haben?

NORBERT HERZIG

Steuerliche Behandlung eigener Anteile nach BilMoG

FELIX HIERSTETTER

Berücksichtigung von Verbindlichkeiten im Abwicklungs-Endvermögen iSd. § 11 Abs. 3 KStG

CHRISTIAN KAESER

Steuerhinterziehung: Eventualvorsatz und Bestimmtheitsgrundsatz

MORIS LEHNER

Die zwischenstaatliche Abgrenzung der Besteuerungszuständigkeit im Licht des Unionsrechts

LUKA MUCIC, INA SCHLIE UND SEBASTIAN SCHULZ

Die Besteuerung der digitalen Wirtschaft – BEPS

WELF MÜLLER

Internationale Rechnungslegungsgrundsätze als Rechtsquellen besonderer Art und ihre Auslegung

DETLEV J. PILTZ

Mehrheitsmacht und Minderheitenschutz in der Steuergesetzgebung

ARNDT RAUPACH UND FLORIAN REICHTHALHAMMER

Die Selbstanzeige im Spiegel der Meinungen

REINHART RÜSKEN

Steuerlicher Dispositionsschutz durch verbindliche Auskunft?

ANDREAS SCHAFLITZL UND MARTIN LAUSTERER

Die vermeintliche und die verkannte Geschäftsveräußerung im Ganzen

MICHAEL SCHMITT

Die steuerrechtliche Behandlung der „Goldfingergeschäfte“

WOLFGANG SCHÖN

Zur steuerlichen Behandlung von Verwaltungsratsvergütungen in der monistisch verfassten SE

RAINER STADLER

Ausgewählte Aspekte der Besteuerung von Kapital-Investmentgesellschaften und deren Anteilseignern

ELISABETH STROBL-HAARMANN

Zur grenzüberschreitenden Organschaft (Gruppenbesteuerung)

CHRISTOPH WÄGER

Grenzüberschreitende Organschaft im Umsatzsteuerrecht

FRANZ WASSERMEYER

Abgrenzungsfragen zwischen dem Abkommens-
und dem innerstaatlichen Recht

GÖTZ WEITBRECHT

Steuerliche Gewinnaufteilung internationaler Bankbetriebstätten aus
der Sicht der Kreditwirtschaft unter Berücksichtigung des Authorised
OECD Approachs

SIEGFRIED WIDMANN

Stille Lasten und Umwandlungsvorgänge.
Auswirkungen der Neuregelung im EStG

WERNER WIDMANN

Die neuen Leiden der alten Mehrwertsteuer

Bezugshinweis

Festschrift für Wilhelm Haarmann

Herausgegeben von Jens Blumenberg, Georg Crezelius, Dietmar Gosch, Matthias Schüppen,

IDW Verlag, 2015, Hardcover, 1.088 Seiten, EUR 149,00

ISBN 978-3-8021-2015-2

Verlagsanschrift:

IDW Verlag GmbH

Postfach 32 05 80

40420 Düsseldorf

E-Mail: kundenservice@idw-verlag.de

oder Online: www.idw-verlag.de

