

# OLG Wien zur Einlagenrückgewähr und Kapitalaufbringung bei Umgründungen

Von Univ.-Prof. Dr. Hanns F. Hügel, RA in Mödling

*Schwesterneinbringungen ohne Anteilsgewährung sowie die Aufbringung von Grund- oder Stammkapital durch Ansatz eines Firmenwertes werden von den Firmenbuchgerichten zunehmend kritisch untersucht.*

Der Entscheidung des OLG Wien vom 29. 3. 1996<sup>1)</sup> lag – kurz zusammengefaßt – folgender Sachverhalt zugrunde: Die G-Steuerberatungs-GmbH wollte ihren „Teilbetrieb Klientenstock“ gemäß Art III und VI UmgrStG in die G-AG einbringen. Diese sollte ihr Grundkapital um 13.100,- S erhöhen. Die im Zuge der Kapitalerhöhung geschaffenen Aktien sollten nicht der einbringenden GmbH, sondern ihrem (ihren) Gesellschafter(n) gewährt werden<sup>2)</sup>. Obwohl in der Einbringungsbilanz der GmbH ein (wie noch zu schildern: derivativer) Firmenwert von ca 1,3 Mio S aktiviert war, bestand in der „Schlußbilanz“ der GmbH ein negatives Eigenkapital von ca 2,7 Mio S. Die Einbringungsbilanz wies aktivseitig nur den „Firmenwert“ von ca 1,3 Mio S aus<sup>3)</sup>. Das Firmenbuchge-

richt hatte den Antrag der GmbH, unter ihrer Firma die Einbringung des Teilbetriebes „Firmenwert“ (gem § 3 Z 15 FBG) einzutragen, abgewiesen, das OLG Wien dem Rekurs nicht stattgegeben. Der OGH bestätigte die abweisenden Entscheidungen der Unterinstanzen letztlich mit der Begründung, daß der Klientenstock eines Wirtschaftstreuhänders kein „Teilbetrieb“ sei. Mag diese Begründung im konkreten Fall, zumal das materielle Substrat des Betriebes offenkundig zur Gänze zurückbehalten wurde, im Ergebnis zutreffen<sup>4)</sup>, sind die Fragen der Kapitalerhaltung bei der einbringenden GmbH sowie der Kapitalaufbringung bei der übernehmenden AG von weit größerem Interesse. Dazu bemerkt der OGH nur, daß

<sup>4)</sup> Der OGH beruft sich darauf, daß die Einbringung eines freiberuflichen Betriebes nach Art III UmgrStG nur dann zulässig sei, wenn die übernehmende Körperschaft nach den berufsrechtlichen Vorschriften als Rechtsträger der freiberuflichen Tätigkeit auftreten könne und die den freiberuflichen Betrieb einbringende Person in diesem Fall ihre Tätigkeit in der übernehmenden Körperschaft fortsetze. Die Begründung ist in mehrfacher Hinsicht zu beanstanden: Ob die *steuerrechtlichen* Voraussetzungen des Art III UmgrStG vorliegen, ist für die – ausschließlich an den gesellschafts- und handelsrechtlichen Voraussetzungen zu messende – Eintragung in das Firmenbuch irrelevant. Die vom OGH zitierte Literaturmeinung gibt im übrigen (ohne Kommentar) eine Erlaßmeinung des BMF wieder, die auch steuerrechtlich abzulehnen ist.

<sup>1)</sup> Abgedruckt in diesem Heft Seite 597 ff.

<sup>2)</sup> Dem in der Entscheidung wiedergegebenen Sachverhalt ist nicht klar zu entnehmen, ob an der einbringenden GmbH nur ein oder mehrere Gesellschafter beteiligt waren und ob an der GmbH und AG identische Beteiligungsverhältnisse bestanden.

<sup>3)</sup> Dazu merkt die Entscheidungsbegründung kryptisch an, daß der Verkehrswert 13.100,- S betragen habe.

„die Ausführungen des Rekursgerichtes über die darüber hinaus noch vorliegende Verletzung zwingender gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen durch unzulässige Einlagenrückgewähr nach § 82 GmbHG zutreffend (sind)“. Diese Ausführungen beeinhalten die folgenden, für die Praxis außerordentlich wichtigen Aussagen:

### 1. Eintragung der (Teil-)Betriebsübertragung gem § 3 Z 15 FBG und zugrundeliegende Umgründung

Obwohl das Verfahren die Eintragung der Übertragung eines Teilbetriebes (§ 3 Z 15 FBG) unter der Firma der einbringenden GmbH betrifft, prüft das OLG Wien – in Übereinstimmung mit der ständigen Praxis der Firmenbuchgerichte – die *Zulässigkeit des zugrundeliegenden Umgründungsvorganges*. Im vorliegenden Fall geht es um die Erhaltung des Stammkapitals der *übertragenden Kapitalgesellschaft*. Dies entspricht zweifelsfrei dem Gesetz. § 3 Z 15 FBG dient der Publizität der Übertragung von Betrieben und Teilbetrieben, weil die Zuordnung der betriebsbezogenen Geschäftsbeziehungen für den Rechtsverkehr von Interesse ist<sup>3)</sup>. Eine allfällige Nichtigkeit des zugrundeliegenden Erwerbsvorganges (hier: wegen Verstoßes gegen § 82 GmbHG) ist für den Rechtsverkehr relevant, weil dann der Teilbetrieb eben nicht übergegangen wäre.

### 2. Begleitmaßnahmen zur Vermeidung einer verbotenen Einlagenrückgewähr bei Schwesterneinbringungen und Steuerspaltungen ohne Anteilsgewährung an die einbringende Gesellschaft

Erhält die einbringende Kapitalgesellschaft keine Gegenleistung, liegt – vom Sonderfall der Einbringung in eine Tochtergesellschaft abgesehen – eine verbotene Einlagenrückgewähr vor. Daß das Unterbleiben der Anteilsgewährung bei der Schwesterneinbringung gemäß § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG *steuerrechtlich* unschädlich ist, wird nirgends mehr als Argument für die handelsrechtliche Zulässigkeit derartiger Vorgänge ins Treffen geführt. Zutreffend bemerkt das OLG Wien im Anschluß an verschiedene Literaturmeinungen, daß das Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr durch Einhaltung der Vorschriften über die Gewinnausschüttung („Sachdividende“) oder durch eine ordentliche Kapitalherabsetzung vermieden werden kann. Weiters komme „ein den Wertabgang ausgleichender Gesellschaftereinschuß“ in Betracht. Hinzuzufügen ist, daß der Betrag der Dividende, der Kapitalherabsetzung oder des Gesellschafterzuschusses dem *tatsächlichen* Wert des eingebrachten Vermögens entsprechen muß. Der Ausgleich des Buchwertabganges reicht nicht. Denn die Vermögensbindung der §§ 52 AktG, 82 GmbHG umfaßt selbstverständlich auch die stillen Reserven. Auch außerhalb von Umgründungsvorgängen kommt die „Ausschüttung stiller Reserven“ nicht in Betracht. Vielmehr ist der Verkauf eines Vermögensgegenstandes gegen Bezah-

lung nur des Buchwertes an einen Gesellschafter geradezu der Paradefall einer verdeckten Gewinnausschüttung. Im Schrifttum wird denn auch kaum mehr bezweifelt, daß die genannten Begleitmaßnahmen (Sachdividende, Kapitalherabsetzung, Gesellschafterzuschuß) den tatsächlichen Wert des entzogenen Vermögens ausgleichen müssen<sup>4)</sup>.

Geht es um namhaftes Vermögen, scheidet die Schwesterneinbringung in der Regel aus. Abhilfe bringt dann nur eine Spaltung nach dem SpaltG<sup>5)</sup>.

Kurzen Prozeß konnte das OLG Wien mit dem Rekurseinwand machen, der entgeltlose Vermögensabgang „scheint handelsrechtlich – außerhalb eines handelsrechtlichen Spaltungsgesetzes – dann weniger problematisch zu sein, wenn der Wert der durchgeschleusten Anteile an der übernehmenden Körperschaft durch ausreichende ausschüttbare Gewinne und disponible Rücklagen gedeckt ist“<sup>6)</sup>; denn die Bilanz der übertragenden Gesellschaft wies keine Gewinne (Rücklagen), sondern Verluste und Verlustvorträge aus. Hinzu kommt: Das bloße Vorhandensein ungebundener Rücklagen ist nicht geeignet, eine (formlose) Einlagenrückgewähr auszugleichen. Vielmehr muß eine Sachdividende *beschlossen* werden, und dies setzt die Auflösung der ungebundenen Rücklagen im Rahmen der Feststellung des Jahresabschlusses und die Fassung eines entsprechenden Gewinnverteilungsbeschlusses voraus. Auch ungebundene Rücklagen können eben nicht „formfrei entnommen“ werden<sup>7)</sup>.

### 3. Aufbringung von Nennkapital bei (Teil-)Betriebseinbringungen durch Ansatz des Firmenwertes

Von Bedeutung sind schließlich die Ausführungen des OLG Wien zur Kapitalaufbringung bei der *übernehmenden* AG, auch wenn diese vom Wortlaut der oben zitierten höchstgerichtlichen „Absegnung“ nicht umfaßt sind: Wie im Falle der berühmten – wenn auch umstrittenen – Entscheidung des OLG Innsbruck vom 15. 2. 1988<sup>8)</sup> war in der Einbringungsbilanz der übertragenden GmbH ein Firmenwert aktiviert. Während der Innsbrucker Einbringung jedoch – um überhaupt ein positives Einbringungskapital ausweisen zu können – den nicht von einem Dritten erworbenen, sondern den selbst geschaffenen („*originären*“) Firmenwert aktiviert hatte, handelte es sich im vorliegenden Fall um einen von einem Dritten erworbenen Klientenstock, der bereits bei der einbringenden GmbH zu Recht gem § 203 Abs 5 HGB als Firmenwert angesetzt war. Zutreffend ging das OLG Wien daher davon aus, daß dieser („*derivativ*“) Firmenwert „einer Einbringung als Sacheinlage zugänglich“ ist<sup>9)</sup>.

<sup>3)</sup> Nachweise bei *Hügel*, Umgründungsbilanzen 92 FN 61.

<sup>4)</sup> Näheres bei *Hügel*, *ecolex* 1996, 529 ff.

<sup>5)</sup> *Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG<sup>2</sup> § 32 S 326.

<sup>6)</sup> Vgl *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 4.61 sowie Rz 2.64 ff zur vergleichbaren Problematik beim Down Stream Merger.

<sup>7)</sup> NZ 1988, 261 = WBI 1988, 396; Nachweise zur literarischen Diskussion zuletzt bei *Hügel*, Umgründungsbilanzen 75 FN 24.

<sup>8)</sup> *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 320.

<sup>9)</sup> Vgl AB zum GesRÄG 1993, 1016 BlgNR 18. GP 11.

Denn der Firmenwert wurde beim Erwerb des Klientenstockes „auf dem Markt“ bestätigt; daß die spätere Einbringung kein „Markttest“ ist, schadet *hier* nicht. Zutreffend betont das OLG Wien ferner, daß „der originäre Firmenwert nicht aktiviert werden darf ... und daher einer Einbringung der (richtig wohl: als) Sacheinlage nicht zugänglich ist“. Damit schließt sich das OLG Wien der von *mir*<sup>12)</sup> im Anschluß an das OLG Innsbruck begründeten und nunmehr auch von *Koppensteiner*<sup>13)</sup> vertretenen Auffassung an<sup>14)</sup>.

Zu beachten ist allerdings, daß die Aufbringung von Nennkapital (oder Kapitalrücklagen) nur im Falle der *ausgliedernden* Einbringung – also immer dann, wenn infolge identischer Beteiligungen an der übertragenden

und übernehmenden Gesellschaft kein „Markttest“ vorliegt<sup>15)</sup> – unzulässig ist. Besteht keine Beteiligungsidentität, wie insbesondere bei der *fusionsähnlichen* Einbringung<sup>16)</sup> oder der *Konzentrationsverschmelzung*, liegt in dem zwischen unabhängigen, zueinander in einem Interessengegensatz stehenden Parteien vereinbarten Umtauschverhältnis ein „Markttest“. Der Aktivierung des Firmenwertes in der Bilanz der übernehmenden Gesellschaft steht hier auch nicht die Neufassung des § 20 Abs 2 AktG durch das EU-GesRÄG 1996 entgegen. Dies ergibt sich unzweifelhaft aus den §§ 203 Abs 5, 202 Abs 2 HGB, die die Aktivierung des Firmenwertes bei Vorliegen einer – wie zu ergänzen ist: zwischen unabhängigen Dritten ausgehandelten – „Gegenleistung“ erlauben<sup>17)</sup>.

<sup>12)</sup> Verschmelzung und Einbringung 300 ff, 325 ff; Umgründungsbilanzen Rz 4.23 ff.

<sup>13)</sup> GmbHG § 6a Rz 15.

<sup>14)</sup> Nachweise zum Meinungsstand *Hügel*, Umgründungsbilanzen 75 FN 24.

<sup>15)</sup> *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 4.21.

<sup>16)</sup> *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 4.17.

<sup>17)</sup> *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 4.23 ff mwN.

## § 2 KO und die „drohende Zahlungsunfähigkeit“

Von o. Univ.-Prof. Dr. Bernhard König, Innsbruck

*Durch die Einführung der (bloß) „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ als Ausgleichsvoraussetzung ist die fristenmäßige Automatik des Anschlußkonkurses (§ 2 KO) nicht mehr gerechtfertigt; § 2 KO ist daher berichtend auszulegen.*

§ 1 Abs 1 AO idFd IRÄG 1997 (BGBl 1997/106) gibt einem Schuldner die Möglichkeit, die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens über sein Vermögen bereits bei „drohender Zahlungsunfähigkeit“ zu beantragen. Bisher stimmten die Ausgleichsvoraussetzungen, soweit sie den Vermögenszustand des Schuldners betroffen haben, mit den Konkursvoraussetzungen überein; der Schuldner mußte sohin zahlungsunfähig bzw – § 67 KO – überschuldet sein. Mit dieser Gesetzesänderung reagiert der Gesetzgeber<sup>1)</sup> auf eine Rechtsprechung, die nur fällige Forderungen in die Beurteilung, ob der Schuldner zahlungsunfähig ist oder nicht, einbezieht<sup>2)</sup>. Diese Rechtsprechung – so die Erl zur RV – zwingt den Schuldner, auch dann mit der Beantragung des Ausgleichsverfahrens zuzuwarten, wenn künftig Forderungen, die nicht gedeckt werden können, fällig werden; dieses Zuwarten verringert aber die Chance für das Zustandekommen einer Sanierung durch Ausgleich.

Damit findet eine lange Diskussion ihren Abschluß: Die KO hat die Auslegung des Begriffs Zahlungsunfähigkeit der Rechtsprechung und Lehre überlassen<sup>3)</sup>.

Schon *Petschek*<sup>4)</sup>, besonders aber die neuere Lehre vertrat die Ansicht, daß Zahlungsunfähigkeit nicht nur das (dauernde) Nichtzahlenkönnen *fälliger* Forderungen bedeutet, sondern bereits dann vorliege, wenn zu erwarten ist, daß *künftig fällig werdende* Forderungen, für die bei ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung nach Maßgabe ihrer Größe und ihres Fälligkeits- bzw Einforderbarkeitsdatums schon vor Fälligkeit im Wege der kaufmännischen Vorsorge „Rückstellungen“ zu bilden gewesen wären, nicht bezahlt werden können, weil tatsächlich solche „Rückstellungen“ nicht gebildet wurden<sup>5)</sup> (Zeitraum-Zahlungsunfähigkeit). Manche Instanzgerichte<sup>6)</sup> folgten dieser Ansicht. Ein anderer Teil der Lehre<sup>7)</sup> und insb der OGH sahen hingegen Zahlungsunfähigkeit (nur) dann für gegeben an, wenn der Schuldner *fällige* Schulden in angemessener Frist nicht erfüllen kann (Zeitpunkt-Zahlungsunfähigkeit). Auffallend war aber, daß das Höchstgericht trotz dieser (verbalen) Ablehnung eines „prognostischen“ Elements bei der Auslegung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit – ein solches „prognostisches“ Element wäre eben die Berück-

<sup>4)</sup> In *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 35.

<sup>5)</sup> *Sprung/Schumacher*, Die Zahlungsunfähigkeit als Konkursöffnungsgrund (§ 68 KO), JBl 1978, 122 ff mwN; *Chalupsky/Ennöckl/Holzappel*, Handbuch des österreichischen Insolvenzrechts (1986) 11.

<sup>6)</sup> ZB OLG Innsbruck 14. 10. 1987, 3 R 267/87; EvBl 1990/147.

<sup>7)</sup> Etwa *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 36; *Dellinger*, Quo vadis Kridahaftung?, eolex 1990, 345 Anm 42.

<sup>1)</sup> Siehe Erl zur RV, 734 BlgNR 20.GP, 52.

<sup>2)</sup> OGH SZ 63/124 = ÖBA 1990, 946; ÖBA 1993, 415.

<sup>3)</sup> Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 64.