

Festschrift

# CHRISTIAN NOWOTNY

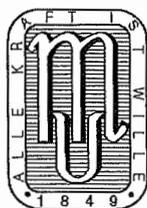
Zum 65. Geburtstag

Herausgeber

Prof. DDr. Walter Blocher

Prof. DDr. Martin Gelter, S.J.D. (Harvard)

Mag. Dr. Michael Pucher, LL.M. (Harvard)



Wien 2015

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

# Zur Verrechnung des Spaltungsverlustes mit gebundenem und ungebundenem Eigenkapital

*Hanns F. Hügel, Mödling*

## Übersicht:

- I. Das Problem
- II. Kapitalerhaltung und Vermögensbindung im Spaltungskreis
- III. Verdrängung der *lex generalis* des § 229 Abs 7 UGB durch die *lex specialis* des § 3 Abs 1 SpaltG: Kein „echter“ wirtschaftlicher Verlust
  - A. § 229 Abs 7 UGB als „vorgeschobene Verteidigungslinie“ des Nennkapitals gegen Verrechnung wirtschaftlicher Verluste
  - B. Spaltungsverluste sind keine wirtschaftlichen Verluste
  - C. Summenmäßige Aufrechterhaltung der Ausschüttungssperren durch § 3 Abs 1 SpaltG
  - D. Summenmäßige Aufrechterhaltung der ungebundenen Rücklagen infolge § 3 Abs 1 SpaltG
  - E. Verrechnung des Spaltungsverlustes mit dem Nennkapital der übertragenden Gesellschaft
- IV. Ergebnisse

## I. Das Problem

Die Abspaltung<sup>1)</sup> von einer Kapitalgesellschaft<sup>2)</sup> nach dem SpaltG führt regelmäßig<sup>3)</sup> zu einer Minderung des Gesellschaftsvermögens der übertragenden Gesellschaft. Anders als bei der Einbringung erhält die übertragende Gesellschaft keine Gegenleistung in Form von Anteilen an der übernehmenden<sup>4)</sup> Gesellschaft, die den Wert des Spaltungsvermögens repräsentieren und dessen Abgang ausgleichen, denn diese Anteile kommen den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft zu (§ 1 Abs 2 SpaltG). Die Minderung des Gesellschaftsvermögens erfordert gesetzliche Maßnahmen zum Schutze der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft.

Zum Zwecke der Erhaltung des haftenden Vermögens ordnet § 15 SpaltG die *gesamtschuldnerische Haftung* der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger an. Die Haftung jener Gesellschaft, der die Verbindlichkeiten im Spaltungsplan (Spaltungs- und Übernahmevertrag) nicht zugeordnet sind, ist mit dem Betrag des an sie übertragenen oder ihr verbleibenden Nettoaktivvermögens beschränkt. Somit wird der Haftungsfonds inklusive offener und stiller Reserven zugunsten der Alt-Gläubiger<sup>5)</sup> aufrecht erhalten. Die Gläubiger werden im Ergebnis so gestellt, als ob die Spaltung nicht vollzogen wäre<sup>6)</sup>. Dies kann als *Fiktion des unveränderten Fortbestehens der übertragenden Gesellschaft* für Zwecke des Gläubiger-

- 1) Die Untersuchung beschränkt sich auf die in der Praxis häufigste Spaltungsform der Abspaltung. Die Frage, ob der Spaltungsverlust gemäß § 229 Abs 7 UGB vorrangig mit ungebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft verrechnet werden muss, stellt sich bei der Aufspaltung nicht, weil die übertragende Gesellschaft hier ohne Liquidation erlischt.
- 2) Zu den schwierigen Fragen der Realteilung einer GmbH & Co KG aufgrund der analogen Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr vgl. H<sup>ü</sup>gel, Vermögensbindung und Kapitalschutz bei Sachdividende und Realteilung der GmbH und GmbH & Co KG, in Artmann/Rüffler/Torggler (Hrsg), Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 111 ff. Zur Kritik an der rechtsfortbildenden „Umwandlung“ der GmbH & Co KG in eine Kapitalgesellschaft vgl. die Beiträge von Hans-Georg Koppensteiner, Friedrich Rüffler und Ulrich Torggler sowie meinen vorgenannten Beitrag in dem zitierten Tagungsband, weiters Kalss/Eckert/Schörghofer, GesRZ 2009, 65; C. Nowotny, RdW 2009, 326. Zum Meinungsstand vgl. die Nachweise bei Karollus in Leitner (Hrsg), Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung (2014) 16 FN 71.
- 3) Anders nur im Falle einer Downstream-Abspaltung durch Übertragung des Spaltungsvermögens auf eine 100%-ige Tochtergesellschaft der abspaltenden Gesellschaft. Hier kann der Beteiligungsansatz an der übernehmenden Tochtergesellschaft wahlweise um den Buchwert oder Zeitwert (beizulegender Wert) des Spaltungsvermögens erhöht werden; im erstgenannten Fall bleibt das Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft unberührt, im letztgenannten Fall kommt es zu einem Spaltungsgewinn in der Höhe der aufgedeckten stillen Reserven: dazu H<sup>ü</sup>gel, Umgründungsbilanzen (1997) Rz 6.57 (S 129).
- 4) Sofern nicht anders angeführt, steht der Begriff „übernehmende Gesellschaft“ sowohl für die neue Gesellschaft bei der Abspaltung zur Neugründung als auch für die übernehmende Gesellschaft bei der Abspaltung zur Aufnahme.
- 5) Dies sind jene, deren Forderungen bis zur Eintragung der Spaltung begründet worden sind.
- 6) So treffend zur vergleichbaren spaltungsrechtlichen Haftung nach § 133 dUmwG: Schwab in Lutter (Hrsg), UmwG<sup>5</sup> (2014) § 133 Rz 11.

schutzes gedeutet werden. Diese Fiktion wird auch die Analyse anderer Gläubigerschutzfragen dieses Beitrags erleichtern.

Ist der Buchwert des Spaltungsvermögens positiv, entsteht in der Bilanz der übertragenden Gesellschaft ein *Spaltungsverlust*<sup>7)</sup>. Denn dem Vermögensabgang steht eben keine Gegenleistung gegenüber. Wie auch andere Umgründungsverluste ist der Spaltungsverlust nach nunmehr hA in der *Gewinn- und Verlustrechnung* nicht als außerordentlicher Aufwand (§ 231 Abs 2 Z 19 oder Abs 3 Z 18 UGB), der den Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag beeinflusst, auszuweisen, sondern als eigener – nicht ausdrücklich in § 231 UGB geregelter – Posten nach dem Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag. Denn der Umgründungsverlust stammt nicht aus dem operativen Betrieb der Gesellschaft, sondern beruht auf einer von den Gesellschaftern beschlossenen, gesellschaftsrechtlichen Maßnahme<sup>8)</sup>.

Auch die Berücksichtigung des Spaltungsverlustes in der *Bilanz* der übertragenden Gesellschaft ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Allerdings enthält § 3 Abs 1 SpaltG Eigenkapitalvorschriften, die die bilanzielle Berücksichtigung des Spaltungsverlustes erleichtern sollen. Dabei knüpft das Gesetz an die Erfahrungstatsache an, dass aufgrund der beträchtlichen Höhe des im Zuge von Spaltungen abgehenden Buchwertes das Nennkapital und/oder die gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft nach der Spaltung oft nicht mehr gedeckt wären. Dann müsste die übertragende Gesellschaft eine ordentliche Kapitalherabsetzung durchführen. Doch dies würde die Spaltung aufgrund der einzuhaltenden Aufgebotsfristen (§ 178 AktG, § 55 Abs 2 GmbHG) verzögern; zusätzlich wäre die Durchführbarkeit der Spaltung aufgrund der vorgeschalteten Sicherheitsleistungsansprüche gefährdet, letztlich wäre auch Erpressungspotential eröffnet.

Aus diesem Grund ist in § 3 Abs 1 Satz 1 SpaltG – anstatt der Durchführung einer ordentlichen Kapitalherabsetzung – die Einhaltung des *Summengrundsatzes* angeordnet. Danach müssen die Nennkapitalien und gebundenen Rücklagen der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften nach der Spaltung „in Summe“ mindestens dem Nennkapital und den gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung entsprechen. Kleinen und mittelgroßen GmbH ist die Bildung gebundener Rücklagen durch § 3 Abs 1 Satz 2 SpaltG ausdrücklich eingeräumt. Im Ergebnis regelt § 3 Abs 1 Satz 1 SpaltG die *Aufteilung des gebundenen Eigenkapitals* der spaltenden (übertragenden) Gesellschaft auf die aus der Spaltung hervorgehenden Gesellschaften („Gesellschaften im Spaltungskreis“).

7) Ist das Spaltungsvermögen hingegen überschuldet, führt die Spaltung bei der übertragenden Gesellschaft zu einem Buchgewinn.

8) Grundlegend *Welf Müller*, Zweifelsfragen zum Umwandlungsrecht, WPg 1996, 857, 865f; *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, Umwandlungsgesetz/Umwandlungssteuergesetz<sup>6</sup> § 17 Rz 56f; *Bula/Schlösser* in *Sagasser/Bula/Brünger*, Umwandlungen<sup>4</sup> § 19 Rz 46f; *Strimitzer* in *Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer* (Hrsg), Gewinnrealisierung (2012) 114; *Hirschler/Strimitzer/Grangl*, Neuerungen für die Bilanzierung von Umgründungen, in *Wirtschaftsprüfer Jahrbuch 2012*, 363; *Ludwig/Hirschler*, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen<sup>2</sup> (2012) 156; ebenso Rz 44 der Stellungnahme des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision zu Einzelfragen bei Rechnungslegung bei Umgründungen, KFS/RL 25; ebenso Tz 17 der IDW Stellungnahme zur Rechnungslegung: Auswirkungen einer Spaltung auf den handelsrechtlichen Jahresabschluss (IDW RS HFA 43 – Stand 6. 9. 2012).

Wahlweise<sup>9)</sup> kann im Falle der Abspaltung bei der übertragenden (abspaltenden) Kapitalgesellschaft eine *ordentliche Kapitalherabsetzung* durchgeführt werden. Dann muss der Summengrundsatz insoweit nicht eingehalten werden (§ 3 Abs 2 Satz 2 SpaltG). Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis, soweit ersichtlich, allerdings kein Gebrauch gemacht. Vielmehr hat sich der Summengrundsatz zu einer Erfolgsstory des österreichischen Spaltungsrechts entwickelt<sup>10)</sup>.

Dies soll anhand des folgenden Beispiels demonstriert werden: Die übertragende Gesellschaft beabsichtigt die Abspaltung eines Teilbetriebs mit Vermögensgegenständen („VG“) von 200 und Verbindlichkeiten von 150; der Nettobuchwert beträgt somit 50. Die übertragende Gesellschaft verfügt über ein Grundkapital von 100 und gebundene Rücklagen („gRL“) von 50. Ungebundene Rücklagen, Bilanzgewinn oder Gewinnvortrag, kurz ungebundenes Eigenkapital, sind nicht vorhanden. Aufgrund des Spaltungsverlustes in Höhe von 50 (Buchwertabgang) entstünde ohne Reduktion des gesperrten Kapitals somit eine (nicht bloß buchmäßige) Unterbilanz: Grundkapital und gebundene Rücklagen wären nicht mehr durch Gesellschaftsvermögen gedeckt<sup>11)</sup>.

Im Falle einer Abspaltung zur Neugründung muss die übertragende Gesellschaft ihr Grundkapital abstocken<sup>12)</sup>, um der neuen Gesellschaft die Aufbringung des Grundkapitals zu ermöglichen; der Rest des abgehenden Buchwerts wird mit den gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft verrechnet. In dieser Höhe ist aufgrund des Summengrundsatzes bei der übernehmenden Gesellschaft eine gebundene Rücklage zu bilden. Diese (buchhalterisch zu tren-

9) Findet der Buchwert des Spaltungsvermögens im ungebundenen Eigenkapital Deckung, kann sowohl die „Übertragung“ von gesperrten Kapitalbeträgen (Summengrundsatz) als auch die ordentliche Kapitalherabsetzung unterbleiben.

10) Im deutschen Umwandlungsgesetz, das die Spaltung in den §§ 123 ff regelt, fehlt eine vergleichbare Vorschrift. Dennoch wird ein ähnlicher Summengrundsatz interpretativ gewonnen: *Priester* in *Lutter* (Hrsg), UmwG<sup>5</sup> § 139 Rz 11; aufbauend auf *seine* früheren Untersuchungen in FS Schippel (1996) 498 und GmbHR 2008, 994; wie *Priester* bereits *Naraschewski*, GmbHR 1995, 701; Nachweise zu den Gegenansichten bei *Priester* in *Lutter* (Hrsg), UmwG<sup>5</sup> § 139 Rz 11 FN 1 und 2; wie *Priester* hingegen *Reichert* in *Semler/Stengel* (Hrsg), UmwG<sup>3</sup> § 139 Rz 10; *Diekmann* in *Semler/Stengel* (Hrsg), UmwG<sup>3</sup> § 145 Rz 7; *Schwab* in *Lutter* (Hrsg), UmwG<sup>5</sup> § 145 Rz 15; ferner mit eigenständiger Begründung: Amtsgericht Charlottenburg 28. 5. 2008, 99 AR 3278/08, GmbHR 2008, 993 mit Anm *Priester*.

11) Ausreichend wäre es allerdings, wenn der Betrag der Unterbilanz durch stille Reserven des Restvermögens abgedeckt wäre: *Nowotny*, Die Spaltung zur Aufnahme – ein neues handelsrechtliches Allzweckinstrument, RdW 1996, 298; *Kalss*, Verschmelzung Spaltung Umwandlung<sup>2</sup> § 3 SpaltG Rz 47; *Hügel*, Aktuelle Probleme des Spaltungsrechts, wbl 2001, 387.

12) Stattdessen kann der Spaltungsverlust auch zur Gänze mit der gebundenen Rücklage der übertragenden Gesellschaft verrechnet und dieser Betrag bei der übernehmenden Gesellschaft auf Grundkapital und gebundene Rücklagen „aufgeteilt“ werden: *Kalss*, Verschmelzung Spaltung Umwandlung<sup>2</sup> § 3 SpaltG Rz 22. Das Prinzip der Ersetzbarkeit von gebundenen Rücklagen durch Nennkapital ergibt sich auch aus § 2 Abs 3 Satz 3 Kapitalberichtigungsgesetz. Umgekehrt bejaht OGH 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b, GesRZ 2000, 25 – „Neutronics“, die Ersetzbarkeit von Nennkapital durch gebundene Rücklagen, weil nach dieser Entscheidung eine „kapitalherabsetzende Verschmelzung“ zulässig ist, wenn die übernehmende Gesellschaft eine „gebundene Rücklage zur Gläubigerbefriedigung“ bildet.

nenden) Vorgänge werden oft plastisch (wenn auch nicht präzise) als „Übertragung“ der Nennkapital- und Rücklagenbeträge beschrieben.

Vor Durchführung der Spaltung bilanziert die übertragende Gesellschaft wie folgt:

Übertragende Gesellschaft Schlussbilanz			
VG <sub>1</sub>	250	GK	100
VG <sub>2</sub>	200	gRL	50
		Verb <sub>1</sub>	150
		Verb <sub>2</sub>	150
	450		450

Nach einer *Abspaltung zur Neugründung* könnten die Bilanzen zB wie folgt lauten:

Übertragende Gesellschaft Spaltungsbilanz (Restbilanz)				Neue Gesellschaft Eröffnungsbilanz			
VG <sub>1</sub>	250	GK	75	VG <sub>2</sub>	200	GK	25
		gRL	25			gRL	25
		Verb <sub>1</sub>	150			Verb <sub>2</sub>	150
	250		250		200		200

Im Falle einer *Abspaltung zur Aufnahme* auf eine bereits bestehende Gesellschaft steht der Summengrundsatz als Alternative zur ordentlichen Kapitalherabsetzung aufgrund der in § 17 Z 3 SpaltG enthaltenen Anordnung leider nicht zur Verfügung<sup>13)</sup>. Erfolgt die im Beispiel genannte Übertragung im Wege der Abspaltung zur Aufnahme auf eine bereits bestehende Gesellschaft, die vorweg durch Bargründung errichtet wurde, kann der Spaltungsverlust immerhin zur Gänze mit gebundenen Rücklagen verrechnet werden. Denn bei der Spaltung zur Aufnahme gilt der Summengrundsatz zwar nicht für das Grundkapital (§ 17 Z 3 SpaltG), aber doch für die gebundenen Rücklagen<sup>14)</sup>.

Sofern keine ordentliche Kapitalherabsetzung durchgeführt wird, müssen die Bilanzen nach einer *Abspaltung zur Aufnahme* unter Inanspruchnahme des Summengrundsatzes wie folgt lauten:

Übertragende Gesellschaft Spaltungsbilanz (Restbilanz)				Übernehmende Gesellschaft Eröffnungs- und Übertragungsbilanz			
VG <sub>1</sub>	250	GK	100	VG <sub>2</sub>	200	GK	50
		gRL	-	Bank	50	gRL	50
		Verb <sub>1</sub>	150			Verb <sub>2</sub>	150
	250		250		250		250

13) Vgl die rechtspolitische Anregung zur Erweiterung des Summengrundsatzes auch auf die Spaltung zur Aufnahme bei H<sup>ü</sup>gel, wbl 2001, 395 f.

14) Kalss, Verschmelzung Spaltung Umwandlung<sup>2</sup> § 17 SpaltG Rz 87ff.

Die Spaltungsbilanzen zeigen:

Der Vermögensabgang (Spaltungsverlust) von 50 wird im Rahmen der Abspaltung zur Neugründung hälftig mit einer Herabsetzung des Grundkapitals und einer Reduktion der gebundenen Rücklagen verrechnet, bei der Abspaltung zur Aufnahme hingegen nur mit den gebundenen Rücklagen. Im letzteren Falle wäre infolge Beschränkung des Summengrundsatzes auf die gebundenen Rücklagen eine (teilweise) Verrechnung mit einer Kapitalherabsetzung nur bei Einhaltung der Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung zulässig.

Aus Darstellungsgründen liegt dem obigen Beispiel die Annahme zugrunde, dass die übertragende Gesellschaft über kein *ungebundenes Eigenkapital* (ungebundene Rücklagen, Bilanzgewinn, Gewinnvortrag) verfügt. Dies ist in der Praxis selten der Fall. Im Regelfall stellt sich somit die Frage, ob der Spaltungsverlust *vorweg mit dem ungebundenen Eigenkapital verrechnet werden muss*, sodass nur der restliche Spaltungsverlust zur „Übertragung“ von Nennkapital und/oder gebundenen Rücklagen auf die neue/übernehmende Gesellschaft zu verwenden ist. Konkret: Würde die übertragende Gesellschaft im obigen Beispiel über gebundene Rücklagen von bloß 30 und zusätzlich über ungebundene Rücklagen von 20 verfügen, könnte aus § 229 Abs 7 UGB<sup>15)</sup> die Verpflichtung zur vorrangigen Verrechnung mit den Letzteren aus § 229 Abs 7 UGB folgen. Erst danach dürften gebundene Rücklagen zum Ausgleich eines ansonsten auszuweisenden Bilanzverlustes aufgelöst werden. Nach § 229 Abs 7 Satz 2 steht das Vorhandensein ungebundener Rücklagen nur der Verrechnung mit der gesetzlichen Rücklage entgegen. Im Falle einer gebundenen Kapitalrücklage (§ 229 Abs 5 UGB) müssen Verluste hingegen vorrangig mit ungebundenen Rücklagen verrechnet werden. Darauf hat *Christian Nowotny* bereits im Jahr 1996 in einer grundlegenden Untersuchung zu den „Gebundenen Rücklagen“<sup>16)</sup> hingewiesen.

Gegenstand meines Beitrages ist die Frage, ob diese Verrechnungsbeschränkung *auch für den Spaltungsverlust* gilt. Die Antwort ist zwar nicht für die *Zulässigkeit* der Spaltung relevant. Sie hat aber Bedeutung für die nach der Spaltung gegebene *Ausschüttungsfähigkeit der übertragenden Gesellschaft*: Muss keine Verrechnung mit dem ungebundenen Eigenkapital erfolgen und kann folglich der Summengrundsatz auf den gesamten Spaltungsverlust angewendet werden, bleibt die Ausschüttungsfähigkeit unberührt. Ist der Spaltungsverlust hingegen gemäß § 229 Abs 7 UGB vorrangig mit dem ungebundenen Eigenkapital zu verrechnen, wird die Ausschüttungsfähigkeit reduziert. Angesichts der durchwegs hohen Buchwertabgänge aus Anlass von Spaltungen wird oft kein ausschüttungsfähiges Eigenkapital verbleiben.

Das Thema ist einerseits von erheblicher praktischer Bedeutung, weil eine Kapitalgesellschaft – neben gebundenen Rücklagen – nur selten über kein ungebundenes Eigenkapital verfügen wird. Andererseits wird die Frage – soweit er-

15) Die Regelung entspricht § 130 Abs 4 AktG vor dem AktRÄG 2009, BGBl I 71. Sie galt nach § 23 GmbHG idF vor dem GesRÄG 2013, BGBl I 109 auch für die große GmbH. Diese ist nunmehr unmittelbar durch § 229 Abs 7 UGB erfasst.

16) *Nowotny*, GesRZ 1996, 69, 76f; *Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 130 Rz 13 (Vorläuferbestimmung des § 229 Abs 7 UGB); *Hübner-Schwarzinger/Konecny* in *Hirschler* (Hrsg), Bilanzrecht (2010) § 229 UGB Rz 43.

sichtlich – weder im gesellschafts- noch im bilanzrechtlichen Schrifttum behandelt. Auch das Fachgutachten des Fachsenats der Kammer der Wirtschaftstreuhänder zur Rechnungslegung bei Umgründungen gibt keine Antwort. Dort steht lediglich, dass die Verminderung des bilanziellen Eigenkapitals unter anderem zur Verminderung eines Bilanzgewinns oder zur Auflösung nicht gebundener Rücklagen oder zur Auflösung gesetzlicher und/oder anderer gebundener Rücklagen führen kann<sup>17)</sup>. Eine Rangordnung der Verrechnung erwähnt das Fachgutachten aber nicht. Ob der Fachsenat § 229 Abs 7 UGB für unanwendbar hält, bleibt offen.

Wie viele Arbeiten *Christian Nowotnys* ist auch das Thema meines Beitrags durch die funktionelle Verzahnung des Bilanzrechts mit dem gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz gekennzeichnet. So darf der Autor hoffen, dass sein Beitrag das Interesse des Jubilars findet.

## II. Kapitalerhaltung und Vermögensbindung im Spaltungskreis

Der Summengrundsatz des § 3 Abs 1 SpaltG zwingt nicht in allen Fällen zu einer Reduktion der Kapitalbeträge:

- Verfügt die übertragende Gesellschaft über ungebundenes Eigenkapital in Höhe des Spaltungsverlustes, kann der Spaltungsverlust mit dem ungebundenen Eigenkapital verrechnet werden. Dem Summengrundsatz ist allein durch die Aufrechterhaltung der gesperrten Kapitalbeträge bei der übertragenden Gesellschaft entsprochen; für die Reduktion der gebundenen Kapitalbeträge in Anwendung des Summengrundsatzes durch Übertragung auf die neue Gesellschaft bleibt hier kein Raum.
- Anders, wenn der Spaltungsverlust höher ist als das ungebundene Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft. Hier ist die Reduktion des gebundenen Kapitals im Wege des Summengrundsatzes unvermeidbar. Dann stellt sich die Frage, ob der Spaltungsverlust vorweg mit dem ungebundenen Eigenkapital verrechnet werden muss, sodass nur der Rest-Verlust durch „Übertragung“ von gebundenem Eigenkapital auf die übernehmende Gesellschaft verrechnet werden kann.
- Die gleiche Frage stellt sich, wenn der Spaltungsverlust zwar im ungebundenen Eigenkapital Deckung fände, die Beteiligten aber das ungebundene Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft ganz oder teilweise aufrechterhalten wollen; dann müsste in Höhe des Spaltungsverlustes oder eines Teils desselben gesperrtes Kapital im Wege des Summengrundsatzes auf die neue Gesellschaft übertragen werden. Doch dies wäre nur zulässig, wenn kein Zwang zur vorrangigen Verrechnung mit ungebundenem Eigenkapital bestünde.

Ein *Zwang* zur vorrangigen Verrechnung mit dem ungebundenen Eigenkapital könnte, wie ausgeführt, bloß aus § 229 Abs 7 UGB folgen. Doch die nachstehende Analyse wird ergeben, dass § 3 Abs 1 SpaltG hinsichtlich des Spaltungsverlustes implizit von § 229 Abs 7 UGB abweicht. Der Letztere ist die allgemeine

17) Rz 44 der Stellungnahme des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision bei Einzelfragen der Rechnungslegung bei Umgründungen, KFS/RL 25, vom 29. 6. 2010.

Verrechnungsregelung (*lex generalis*). § 3 Abs 1 SpaltG hingegen bewirkt mit der dort angeordneten Aufteilung des Eigenkapitals, dass § 229 Abs 7 UGB nach seinem Schutzzweck ins Leere geht, und enthält folglich implizit eine *lex specialis* für Spaltungsverluste. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Wie am Beginn dargestellt, erspart der Summengrundsatz die Einhaltung der Gläubigerschutzkautele der ordentlichen Kapitalherabsetzung. Dies betrifft vor allem den Anspruch der Gläubiger auf *vorgeschaltete Befriedigung oder Sicherstellung*. Die Auszahlung des Kapitalherabsetzungsbetrags ist stets davon abhängig, dass bekannte Gläubiger zuvor befriedigt oder sichergestellt wurden (§ 178 Abs 2 AktG, § 57 GmbHG). Bei einer spaltungsbedingten Kapitalherabsetzung ohne Anwendung des Summengrundsatzes kann die Übertragung des Spaltungsvermögens im Wege der Eintragung der Spaltung (§ 14 Abs 2 Z 1 SpaltG) gleichfalls erst nach Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger und nach Ablauf der Aufgebotsfrist erfolgen<sup>18)</sup>, denn die Übertragung des Spaltungsvermögens gilt als Rückzahlung der Einlage an die Gesellschafter. Die Spaltung durchbricht die Vermögensbindung<sup>19)</sup>. Bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung wird dem Gläubiger nicht zugemutet, seinen Anspruch gegen eine Gesellschaft durchzusetzen, die – nach bereits erfolgter Rückzahlung des Kapitalherabsetzungsbetrags – über ein niedrigeres gebundenes Kapital verfügt als jenes, auf das er (in typisierter Betrachtungsweise) bei Begründung des Anspruches vertraut hat bzw aufgrund des Firmenbuchstands vertrauen durfte. Gleiches gilt im Falle der spaltungsbedingten Reduktion des gebundenen Kapitals.

Bei Anwendung des Summengrundsatzes indessen ist der transaktionsbehindernde Gläubigerschutz der ordentlichen Kapitalherabsetzung entbehrlich, weil das gegen Ausschüttungen gesperrte Vermögen „in Summe“ – nämlich im Rahmen der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften – gleich bleibt. Plastisch spricht *Susanne Kalss* von „*Kapitalerhaltung im Spaltungskreis*“<sup>20)</sup>. Die Aufteilung der Ausschüttungssperren auf mehrere Gesellschaften ist für die Gläubiger unschädlich, weil die Gesellschaften gemäß § 15 SpaltG *gesamtschuldnerisch haften*: Jene Gesellschaft, der die Verbindlichkeit nach dem Spaltungsplan (Spaltungs- und Übernahmevertrag) zugewiesen wird, haftet unbeschränkt, somit auch mit künftigen Vermögenszuwächsen; die anderen Gesellschaften haften bis zum Wert des ihnen jeweils zugeordneten Nettoaktivvermögens, worunter nicht der Buchwert, sondern der *Verkehrswert des jeweils übertragenen Spaltungsvermögens* zu verstehen ist<sup>21)</sup>. Aufgrund dieser Aufrechterhaltung der „*Vermögensbindung im Spaltungskreis*“ bleibt das den Gläubigern haftende Gesellschaftsvermögen

18) *Kalss*, Verschmelzung Spaltung Umwandlung<sup>2</sup> § 3 SpaltG Rz 17; *Hügel*, Umgründungsbilanzen, Rz. 6.49, 6.56.

19) *Priester* in FS Schippel 488; dazu sowie zu Praxisbedeutung der Durchbrechung der Vermögensbindung und Praxisgestaltungen: *Hügel*, Geschäftschancen und Konzernsynergien, in *Gruber/Rüffler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht Europarecht Wettbewerbsrecht (2006) 11, 41 f; weiters *Hügel*, Vermögensbindung und Kapitalschutz bei Sachdividende und Realteilung der GmbH und GmbH & Co KG, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07 p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 111, 118 ff.

20) *Kalss*, Verschmelzung Spaltung Umwandlung<sup>2</sup> § 3 SpaltG Rz 8.

21) *Kalss*, Verschmelzung Spaltung Umwandlung<sup>2</sup> § 15 SpaltG Rz 32 mwN.

gleich und darf auch nicht außerhalb der (offenen) Gewinnverteilung, insbesondere nicht durch verdeckte Gewinnausschüttungen, reduziert werden. Neben der unveränderten Begrenzung der jährlichen Gewinnverteilung durch das Kapitalerhaltungsgebot tritt die gleichfalls aus dem Einlagenrückgewährverbot (§ 52 AktG, § 82 GmbHG) abgeleitete Vermögensbindung, die den sonstigen (insbesondere verdeckten) Werttransfer an die Gesellschafter ausschließt<sup>22)</sup>. Auch insoweit wird gegenüber den Gläubigern das unveränderte Fortbestehen der übertragenden Gesellschaft fingiert.

### III. Verdrängung der *lex generalis* des § 229 Abs 7 UGB durch die *lex specialis* des § 3 Abs 1 SpaltG: Kein „echter“ wirtschaftlicher Verlust

#### A. § 229 Abs 7 UGB als „vorgeschobene Verteidigungslinie“ des Nennkapitals gegen Verrechnung wirtschaftlicher Verluste

Wie die Vorläuferregelung des § 130 Abs 4 Satz 1 AktG idF vor dem AktRÄG 2009 bestimmt § 229 Abs 7 UGB, dass der Auflösung der *gesetzlichen Rücklage* durch Verrechnung mit einem Verlust das Vorhandensein von ungebundenen Rücklagen nicht entgegensteht. Ein Umkehrschluss ergibt, dass ungebundene Rücklagen die Verrechnung der Verluste mit einer gebundenen *Kapitalrücklage* hindern<sup>23)</sup>. Dies entspricht der Funktion der gebundenen Rücklage als „vorgeschobene, elastische Verteidigungslinie des Grundkapitals“ (*Kropff*<sup>24)</sup>). Die Reduktion der Ausschüttungssperre soll nicht erfolgen können, um der Gesellschaft Ausschüttungspotenzial zu erhalten. Andernfalls würde nach Verlusten in Höhe des ungebundenen Eigenkapitals die folgende Ausschüttung zur (weiteren<sup>25)</sup>) Absenkung des Nettobuchvermögens unter den Betrag der ursprünglichen Ausschüttungssperren, bestehend aus Grundkapital und gebundenen Rücklagen (vor Verlustverrechnung), führen. Der Zwang zur vorrangigen Verlustverrechnung mit ungebundenem Eigenkapital dient im Sinne der ge-

22) Zu Kapitalerhaltung und Vermögensbindung als zwei zu unterscheidende Elemente des Einlagenrückgewährverbots vgl *Hügel*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht, in *Kalss/Torggler* (Hrsg), Einlagenrückgewähr, 2. Wiener Unternehmensrechtstag (2014) 19, 25 ff.

23) *Nowotny*, Gebundene Rücklagen, *GesRZ* 1996, 68, 76 und 78; *Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG (2003) § 130 Rz 13 (Vorläuferbestimmung des § 229 Abs 7 UGB); *Hübner-Schwarzinger/Konecny*, in *Hirschler* (Hrsg), Bilanzrecht (2009) § 229 UGB Rz 43. Vgl auch die Kritik an der „leichteren“ Auflösbarkeit der gesetzlichen Rücklage bei *Schummer*, Auflösung der gesetzlichen Rücklage bei gleichzeitiger Gewinnausschüttung? *GesRZ* 1998, 193, 202.

24) *Gesler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG (1973) § 150 Rz 3.

25) Entspricht die Höhe des Verlustes der ungebundenen Rücklage und könnte der Verlust mit der gebundenen Rücklage verrechnet werden, führt die Ausschüttung aus der ungebundenen Rücklage zur Reduktion des Nettobuchvermögens unter den Betrag der ursprünglichen Ausschüttungssperren (Grundkapital zuzüglich gebundener Rücklage vor Verlustverrechnung). War der Verlust hingegen höher als die ungebundene Rücklage, hat bereits dieser zur Unterbilanz geführt; gleichzeitige oder spätere Ausschüttungen aus der ungebundenen Rücklage führen zu weiteren Reduktionen des Nettobuchvermögens unter den Betrag der ursprünglichen Ausschüttungssperren.

nannten „Verteidigungslinie“ der möglichst weitgehenden Kapitalerhaltung in Höhe der ursprünglichen Ausschüttungssperren. Das gleiche Prinzip liegt § 150 Abs 3 Nr 1 dAktG zugrunde, allerdings mit dem gewichtigen Unterschied der praxisfreundlichen Beschränkung des Verrechnungsverbots auf den 10%-igen Mindestbetrag der gebundenen Rücklagen<sup>26)</sup>.

#### *B. Spaltungsverluste sind keine wirtschaftlichen Verluste*

Ganz anders die Situation aufgrund eines Spaltungsverlustes. Hier kommt – um im militärischen Bild zu bleiben – ein „Einbruch“ in die „Verteidigungslinie“ von vornherein nicht in Betracht: Der Spaltungsverlust ist zwar nicht, wie manchmal bemerkt wird, ein bloßer „Buchverlust“; vielmehr liegt bei *isolierter Betrachtung der übertragenden Gesellschaft* ein „echter“ (wirtschaftlicher) Verlust vor, denn das Gesellschaftsvermögen wird durch den Abgang des Spaltungsvermögens real gemindert. Allerdings ist aufgrund der §§ 3, 15 SpaltG eine *Gesamtbeachtung der Gesellschaften im Spaltungskreis* geboten. Im Spaltungskreis aber kommt es zu keiner Minderung. Vielmehr wird die bei der übertragenden Gesellschaft eintretende Vermögensminderung durch den spiegelbildlichen Vermögenszugang bei den anderen Gesellschaften ausgeglichen, sodass die Gläubigerinteressen durch die Spaltung nicht beeinträchtigt werden: Einerseits wird die Vermögensbindung im Wege der solidarischen Haftung nach § 15 SpaltG aufrechterhalten, andererseits ist aufgrund von § 3 Abs 1 SpaltG zugunsten der Gläubiger die Kapitalerhaltung unverändert; der Betrag des gegen Ausschüttungen gesperrten Vermögens bleibt gleich.

#### *C. Summenmäßige Aufrechterhaltung der Ausschüttungssperren durch § 3 Abs 1 SpaltG*

Richtet sich § 3 Abs 1 SpaltG somit gegen die *Reduktion* der Ausschüttungssperren, besteht andererseits kein Grund, das gegen Ausschüttungen gesperrte Vermögen zugunsten der Gläubiger zu *erhöhen*. Exakt dies wäre aber die Folge einer vorrangigen Verrechnung des Spaltungsverlustes mit ungebundenem Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft: Verfügte – wie im modifizierten Beispiel – die übertragende Gesellschaft vor der Spaltung über gebundene Rücklagen von 30 und ungebundene Rücklagen („uRL“) von 20, sind Ausschüttungen bis zum Betrag von 20 zulässig. Fällt das ungebundene Eigenkapital infolge teilweiser Verrechnung mit dem Spaltungsverlust weg, kann die übertragende Gesellschaft zunächst – ohne nach der Spaltung erzielte Gewinne – keine Gewinnausschüttungen vornehmen. Dennoch müsste das vor der Spaltung gebundene Kapital von 130 „in Summe“ aufrechterhalten werden.

26) Allerdings konsequenterweise ohne Verschiedenbehandlung von gesetzlicher Rücklage und gebundener Kapitalrücklage.

Die Spaltung wird in den Bilanzen wie folgt abgebildet:

Übertragende Gesellschaft Schlussbilanz			
VG <sub>1</sub>	250	GK	100
VG <sub>2</sub>	200	gRL	30
		uRL	20
		Verb <sub>1</sub>	150
		Verb <sub>2</sub>	150
	450		450

Übertragende Gesellschaft Spaltungsbilanz (Restbilanz)		Neue Gesellschaft Eröffnungsbilanz	
VG <sub>1</sub>	250	VG <sub>2</sub>	200
		GK	20
		gRL	10
		uRL	20
		Verb <sub>1</sub>	150
	250		200

Wie diese Bilanzen zeigen, hätte die vorrangige Verrechnung des Spaltungsverlustes mit den ungebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft folgende Effekte:

Da der Vermögenszugang bei der übernehmenden Gesellschaft – wie im Ausgangsbeispiel – entsprechend dem Buchwert des Spaltungsvermögens 50 beträgt und nach der Teilverrechnung des Spaltungsverlustes mit den ungebundenen Rücklagen lediglich ein Rest-Spaltungsverlust zur Kürzung des *gebundenen* Kapitals in Höhe von 30 verbleibt, muss die übernehmende Gesellschaft nur ein gebundenes Kapital *in Höhe von 30* bilden. Dadurch wird dem Summengrundsatz genügt. Da der Vermögenszugang aber höher ist, nämlich 50 beträgt, wird zusätzlich eine Kapitalrücklage in Höhe von 20 dotiert, die nicht nach § 3 Abs 1 SpaltG gebunden ist. Je nach Rechtsform der übernehmenden Gesellschaft kann die Bindung aber aus der *Agioregelung in § 229 Abs 2 Z 1 und Abs 5 UGB* folgen:

- *Übernehmende AG*: Gebunden ist die Kapitalrücklage zunächst bei einer Spaltung auf eine übernehmende AG, wenn die Spaltung mit einer Anteilsgewährung verbunden ist, denn hier greift § 229 Abs 2 Z 1 und Abs 5 UGB ein. Dies gilt für die Spaltung zur Neugründung und die Spaltung zur Aufnahme, wenn die übernehmende AG ihr Grundkapital erhöht; die Kapitalerhöhung kann bei der Spaltung zur Aufnahme allerdings nach § 224 AktG iVm § 17 Z 5 SpaltG unterbleiben. Dann führt der gesamte eingebuchte Wert des Spaltungsvermögens zur Dotierung einer ungebundenen Kapitalrücklage (§ 229 Abs 2 Z 5 UGB).
- *Übernehmende GmbH*: Im Falle der Spaltung zur Neugründung auf eine GmbH ist der das gebundene Kapital von 30 übersteigende Buchwert des Spaltungsvermögens von 20 stets in eine *ungebundene* Kapitalrücklage ein-

zustellen<sup>27</sup>). Für die Spaltung zur Aufnahme durch eine *große GmbH* gelten die gleichen Grundsätze wie für eine übernehmende AG.

Die Erhöhung der Ausschüttungssperren führt zu einer ungerechtfertigten Besserstellung der Gläubiger. Dies verdeutlicht der Summengrundsatz des § 3 Abs 1 SpaltG, denn mehr als die Aufrechterhaltung von Vermögensbindung und Kapitalerhaltung dürfen die Gläubiger nicht erwarten. *De lege lata* mag dies auf den ersten Blick nicht irritieren, weil die gesetzliche Bindung der Agiorücklage (§ 229 Abs 5 UGB) auch in anderen Fällen zur (unerwünschten) Erhöhung der Ausschüttungssperren führt<sup>28</sup>). *De lege ferenda* sollte die Bindung der Agiorücklage überdacht werden<sup>29</sup>).

Der historische Zweck der mit der Aktienrechtsnovelle 1884 eingeführten Regelung, Ausschüttungen aus baren Aufgeldern zwecks Vortäuschung laufender Gewinne, die sog. „Agiotage“, zu unterbinden<sup>30</sup>), ist überholt. Heute würden derartige Anlegertäuschungen an der Jahresabschlusspublizität und den Prospektanforderungen scheitern (im Jahr 1884 war nicht einmal die Aufstellung einer Gewinn- und Verlustrechnung gesetzlich angeordnet). *De lege ferenda* sollte die Bindung jedenfalls bei einem Sacheinlage-Agio gestrichen und im Übrigen die Auflösung gebundener Kapitalrücklagen bei Einhaltung der Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung zugelassen werden. So enthält der (UK-) Companies Act 2006 in section 611 Ausnahmen von der Dotierung (!) des *share premium account* im Falle konzerninterner Sacheinlagen (*group reconstruction relief*) und in den sections 612 und 613 für *mergers* geltende Ausnahmen. Nach *Gower and Davies*<sup>31</sup>), führte die von der Judikatur bejahte Bindung des Agios bei einem *merger* und der dadurch verursachte Ausschluss der Ausschüttung zuvor ungesperrter Gewinne zu einem „*furor in commercial circles*“, was im Jahr 1981 zur Erlassung der genannten Ausnahmeregelungen führte. Auf das *share premium account* kommen gemäß section 610 para 4 grundsätzlich die für das *paid up*

27) Selbst im Falle einer großen GmbH käme es infolge des verzögerten Eingreifens der Größenmerkmale gemäß § 221 Abs 4 Z 2 öUGB zu keiner gebundenen Kapitalrücklage. Vgl die rechtspolitische Kritik bei Hügel, Umgründungsbilanzen, Rz 1.45; zustimmend Nowotny, in Straube (Hrsg), Wiener Kommentar UGB<sup>3</sup> (2011) § 221 Rz 30. Dem trägt nunmehr § 221 Abs 4 Satz 2 UGB idF RÄG 2014 Rechnung.

28) Paradigmatisch ist die Einbringung von Vermögen einer Kapitalgesellschaft mit niedrigem Nennkapital 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.

29) Vgl aber auch die informative Darstellung der historischen Entwicklung des Umfangs der Kapitalrücklagen bei deutschen Aktiengesellschaften 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 Gesellschaften betreffen, also insbesondere nicht das Sacheinlage-Agio.

30) Dazu Hügel, Verschmelzung und Einbringung (1993) 267 ff. Die ersten Informationen zum historischen Hintergrund der gebundenen Kapitalrücklage verdanke ich im Übrigen dem Jubilar, der mir während der Arbeit an meiner Habilitationsschrift das Manuskript seines leider unveröffentlichten Aufsatzes zu diesem Thema überließ. Vgl den Hinweis bei Hügel, aaO 267 FN 72.

31) Principles of Modern Company Law, 9th edition (2012) 278f.

*share capital* geltenden Vorschriften zur Anwendung, insbesondere jene über die Kapitalherabsetzung.

Nach dieser Zwischenbemerkung zur Agiobindung zurück zur Frage der Anwendbarkeit von § 229 Abs 7 UGB auf den Spaltungsverlust:

#### *D. Summenmäßige Aufrechterhaltung der ungebundenen Rücklagen infolge § 3 Abs 1 SpaltG*

Ohne Eingreifen der Agiobindung bleibt der Betrag der Ausschüttungssperren „in Summe“ gleich; Gleiches gilt aber auch für ungebundene Rücklagen, die von der übertragenden auf die neue Gesellschaft verlagert werden. Dies ist, obwohl in § 3 Abs 1 Satz 1 SpaltG nicht explizit statuiert, 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 UGB) – auch das ungebundene Rest-Kapital zwangsläufig gleich bleiben. *§ 3 Abs 1 Satz 1 SpaltG bewirkt somit die summenmäßige Aufrechterhaltung des gesamten Eigenkapitals und der Eigenkapitalgliederung.*

Daraus folgt: Werden ungebundene Rücklagen spaltungsbedingt bei der übertragenden Gesellschaft abgestockt, wandern sie zwangsläufig zur übernehmenden Gesellschaft. Dies durch die Anwendung von § 229 Abs 7 UGB zu erzwingen, ist indessen sachlich unberechtigt und steht auch mit dem Zweck der Regelung nicht im Einklang: Zunächst ist nicht ersichtlich, warum entgegen der sonst gegebenen spaltungsrechtlichen Zuordnungsfreiheit die Verlagerung des Ausschüttungspotentials von der übertragenden Gesellschaft zur übernehmenden Gesellschaft erzwungen 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 UGB der Gesellschaften im Spaltungskreis durch den Tatbestand nicht gerechtfertigt und hinsichtlich der Rechtsfolge funktionslos: Da kein „echter“ Verlust, sondern nur eine Vermögensverlagerung vorliegt, kann die Spaltung bei Gesamtbetrachtung der Gesellschaften im Spaltungskreis keine Unterbilanz bewirken. Und: Während § 229 Abs 7 UGB im Interesse der Begrenzung der Reduktion der Ausschüttungssperren die Verrechnung des Verlustes mit den ausschüttbaren ungebundenen Rücklagen statuiert, wodurch Ausschüttungspotenzial wegfällt, kann 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 UGB ginge bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Gesellschaften im Spaltungskreis ins Leere.

### E. Verrechnung des Spaltungsverlustes mit dem Nennkapital der übertragenden Gesellschaft

Aus entsprechenden Gründen ist es auch 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.

### IV. Ergebnisse

1. Bei Gesamtbetrachtung der aus der Abspaltung hervorgehenden Gesellschaften („Gesellschaften im Spaltungskreis“) bleiben aufgrund des Summengrundsatzes (§ 3 Abs 1 Satz 1 SpaltG) die *Kapitalerhaltung*, der Betrag der Ausschüttungssperren und aufgrund der Solidarhaftung (§ 15 Abs 1 SpaltG) auch die *Vermögensbindung* gleich. Dies führt für Zwecke des Gläubigerschutzes zu einer *Fiktion des unveränderten Fortbestehens der übertragenden Gesellschaft, so als wäre die Abspaltung nicht erfolgt*.
2. § 229 Abs 7 UGB ordnet die vorrangige Verrechnung „echter“ (wirtschaftlicher) Verluste mit dem ungebundenen Eigenkapital an, um die *Reduktion der Ausschüttungssperren* durch Verlustverrechnung möglichst gering zu halten und *Ausschüttungen trotz Unterschreitung der ursprünglichen Ausschüttungssperren zu verhindern*.
3. Der Spaltungsverlust ist zwar bei isolierter Betrachtung der übertragenden Gesellschaft ein „echter“ Verlust im Sinne einer Vermögensminderung. Aufgrund des Summengrundsatzes, der die Aufrechterhaltung der Ausschüttungssperren gewährleistet, und der solidarischen Haftung gemäß § 15 SpaltG, die die Aufrechterhaltung der Vermögensbindung, nämlich des den Gläubigern haftenden Gesellschaftsvermögens (inklusive stiller Reserven), sicherstellt, ist eine Einheitsbetrachtung der Gesellschaften im Spaltungskreis geboten, und hier ist der Spaltungsverlust *kein echter Verlust, sondern bloß buchmäßiger Ausdruck der Vermögensverlagerung im Spaltungskreis*. Da der relevante Tatbestand nicht verwirklicht ist, greift § 227 Abs 7 UGB nicht ein.
4. Zusätzlich kann die von § 227 Abs 7 UGB intendierte Rechtsfolge der Reduktion des Ausschüttungspotentials (des ungebundenen Eigenkapitals) bei der Abspaltung nicht eingreifen, weil der Summengrundsatz nicht bloß die summenmäßige Aufrechterhaltung des gebundenen Eigenkapitals, sondern zwangsläufig auch die summenmäßige Aufrechterhaltung des Rest-Eigenkapitals – somit des ungebundenen Eigenkapitals – bewirkt. Abweichendes gilt, sofern die Agiobindung nach § 229 Abs 5 UGB zu einer Erhöhung der Ausschüttungssperren im Spaltungskreis führt, was – gemessen an den spaltungsspezifischen Gläubigerschutzerfordernissen – indessen überschießend ist.