



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Titel of the Master's Thesis

Die freiwillige Kapitalbindung im Verschmelzungsvorgang

verfasst von / submitted by

Mag. Markus Umfahrer

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2024 / Vienna 2024

Studienkennzahl lt. Studienblatt / Postgraduate programme code as it appears on the student record sheet:

UA 992 044

Universitätslehrgang lt. Studienblatt / Postgraduate programme as it appears on the student record sheet:

Familienunternehmen und Vermögensplanung (LL.M.)

betreut von / Supervisor

Univ.-Prof. Mag. Dr. Friedrich Rüdfler

Inhaltsverzeichnis

1.	EINLEITUNG	6
1.1.	ALLGEMEINES	6
1.2.	PROBLEMAUFRISS	7
2.	EINFÜHRUNG IN DAS VERSCHMELZUNGSRECHT	11
2.1.	ALLGEMEINES	11
2.2.	DIE VERSCHMELZUNG IM ÜBERBLICK	12
2.2.1.	Der Ablauf	12
2.2.2.	Die vereinfachte Verschmelzung	20
2.3.	SCHUTZ DER GESELLSCHAFTER	22
2.4.	SCHUTZ DER GLÄUBIGER NACH DEM GESETZ	24
2.5.	SCHUTZ DER GLÄUBIGER NACH DER RECHTSPRECHUNG	25
2.5.1.	Allgemeines	25
2.5.2.	OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b, <i>Neutronics</i>	26
2.5.3.	Positiver Verkehrswert	28
2.5.4.	Kapitalherabsetzender Effekt	31
3.	DIE GEBUNDENE RÜCKLAGE	35
3.1.	ALLGEMEINES	35
3.2.	DIE FREIWILLIGE BILDUNG EINER GEBUNDENEN RÜCKLAGE	37
3.2.1.	Allgemeines	37
3.2.2.	Die satzungsmäßige Rücklage	38
3.3.	DIE EIGNUNG ZUM GLÄUBIGERSCHUTZ IZM EINER VERSCHMELZUNG	42
3.3.1.	Allgemeines – Problemaufriss	42
3.3.2.	Eigener Lösungsansatz	45
4.	CONCLUSIO	49
5.	LITERATURVERZEICHNIS	52
6.	ABSTRACT	55

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
abl	ablehnend
Abs	Absatz
aE	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Bundesgesetz über Aktiengesellschaften
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
arg	argumento (folgt aus)
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
Blg	Beilage,-n
BlgNR	Beilage,-n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
E	Entscheidung
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgrund, -gründe
et al	et alii, et aliae (und andere)
EU	Europäische Union
EU-VerschG	Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union
f	folgend
ff	fortfolgend
FN	Fußnote
gem	gemäß
ggf	gegebenenfalls

GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
iE	im Ergebnis
insb	insbesondere
iVm	in Verbindung mit
iW	im Wesentlichen
iZm	im Zusammenhang mit
iZw	im Zweifel
JA	Justizausschuss
Jud	Judikatur
Kap	Kapitel
krit	kritisch
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
Lit	Literatur
lit	litera (Buchstabe)
Mat	Materialien
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
NZ	Österreichische Notariatszeitung
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht

RdW	Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz	Randziffer
s	siehe
S	Seite
sog	sogenannt, -er, -e, -es
str	strittig
SWK	Steuer- und Wirtschaftskartei (Zeitschrift)
tw	teilweise
ua	unter anderem
uU	unter Umständen
va	vor allem
vgl	vergleiche
zB	zum Beispiel
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht

In dieser Arbeit wird zur besseren Lesbarkeit auf die Verwendung genderspezifischer Sprache verzichtet. Sämtliche personenbezogenen Ausdrücke sind geschlechtsneutral zu verstehen.

1. Einleitung

1.1. Allgemeines

In der in Fachkreisen mittlerweile als „Faschingsentscheidung“ oder „Neutronics-Entscheidung“ berühmten Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1999¹ beschäftigte sich das Höchstgericht mit der Frage der Zulässigkeit einer Down-Stream-Verschmelzung *va* in Hinblick auf das Verbot der Einlagenrückgewähr und den Gläubigerschutz. Dabei bejahte das Höchstgericht die grundsätzliche Zulässigkeit einer Down-Stream-Verschmelzung bei GmbHs und prägte idZ den nunmehr gängigen Begriff des „kapitalherabsetzenden Effekts“. Dieser besagt iW, dass durch die Verschmelzung zweier Kapitalgesellschaften, bei der die übertragende Gesellschaft über ein höheres Stammkapital als die übernehmende Gesellschaft verfügt, der Gläubigerschutz durch den teilweisen Wegfall der Ausschüttungssperre des Stammkapitals in Bezug auf die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft vermindert wird.² Ob dabei tatsächlich nur die Höhe der Stammkapitalien der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften zu vergleichen oder auch gebundene Rücklagen, die ebenso eine hohe Bestandskraft genießen, in den Vergleich miteinzubeziehen sind, beantwortet das Höchstgericht nicht ausdrücklich.

Zur Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts verlangt der OGH die Setzung von Ausgleichsmaßnahmen, um zu verhindern, dass durch die Verschmelzung gebundenes Kapital in ungebundenes umgewandelt wird und somit in der übernehmenden Gesellschaft zulasten der Gläubiger an die Gesellschafter ausgeschüttet werden könnte. Die Bestimmungen der §§ 54 ff GmbHG über die (ordentliche) Kapitalherabsetzung, die mitunter den Gläubigerschutz intendieren³, kommen den Gläubigern dabei nicht zugute. Auch werden den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft die Vorteile des Liquidationsverfahrens nach §§ 89 ff GmbH nicht zu eigen, da die Verschmelzung „*unter Ausschluss der Abwicklung*“ (§ 96 Abs 1 GmbHG), daher ohne Durchführung eines Liquidationsverfahrens, erfolgt.

Der OGH nennt in der vorzitierten Entscheidung eine Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft, eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft oder die freiwillige Bildung einer gebundenen Rücklage als mögliche Ausgleichsmaßnahmen zur Verhinderung des Eintritts des kapitalherabsetzenden Effekts. Ziel der vorliegenden Masterthesis

¹ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

² Zum Begriffsverständnis im Detail s Kap 2.5.4.

³ Vgl Völkl in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 54 Rz 1 mwN (Stand 01.11.2015, rdb.at).

ist es, letztere Maßnahme, und zwar die freiwillige Bildung einer gebundenen Rücklage zur Vermeidung eines kapitalherabsetzenden Effekts, in ihrer rechtlichen Grundlage, Wirkung und Bestandskraft zu erörtern. Dabei soll va auch auf die in der Praxis übliche Befristung einer solchen Rücklage eingegangen werden.

1.2. Problemaufriss

„Der Gläubigerschutz ist eine im Gesellschaftsrecht der Kapitalgesellschaft fest verankerte Leitidee [...]“⁴. Die **Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts** kann dabei als Mosaikstein des bewährten Gläubigerschutzes im Recht der Kapitalgesellschaften verstanden werden. Wenngleich der kapitalherabsetzende Effekt durch den OGH iZm einer Down-Stream-Verschmelzung behandelt wurde⁵ und das Höchstgericht dessen Anwendung auf die übrigen Verschmelzungsrichtungen bisher offen ließ⁶ bzw noch nicht zu entscheiden hatte, so ist nunmehr davon auszugehen, dass es sich bei der Identifizierung und Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts um einen allgemeinen Grundsatz des österreichischen Verschmelzungsrechtes handelt.⁷

Im Rahmen des GesRÄG 2007⁸ wurde dementsprechend ein Anlauf unternommen, die Rsp des OGH zum kapitalherabsetzenden Effekt legislativ in einem neuen **§ 224a AktG** fest- und fortzuschreiben. Der Gesetzesentwurf sah iW vor, dass ein kapitalherabsetzender Effekt bei Verschmelzungen, in dessen Beurteilung auch die gebundenen Rücklagen miteinbezogen wurden, dadurch auszugleichen sei, dass bei der übernehmenden Gesellschaft eine gebundene Rücklage in sinngemäßer Anwendung des § 130 Abs 4 AktG zu bilden ist.⁹ IdZ ist zur Vermeidung von Missverständnissen darauf hinzuweisen, dass zum damaligen Zeitpunkt die gebundenen Rücklagen in § 130 AktG geregelt waren und die damalige Bestimmung des § 130 Abs 4 UGB mit dem Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009¹⁰ wortgleich in § 229 Abs 7 UGB

⁴ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b (ErwGr 3).

⁵ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

⁶ OGH 26.06.2003, 6 Ob 70/03t (zur Side-Stream-Verschmelzung).

⁷ Vgl *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ (2007) § 82 Rz 17g; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 224 AktG Rz 51 (Stand 01.07.2021, rdb.at); idS offensichtlich auch *Schörghofer* in *Doralt/Nowotny/Kalss, AktG*³ § 224 Rz 18 (Stand 01.06.2021, rdb.at); vgl auch die Erläuterungen zu dem mittlerweile nicht mehr in Geltung stehenden EU-VerschG (ErläutRV 171 BlgNR 23. GP 13 f).

⁸ BGBl I 2007/72.

⁹ Vgl den vorgeschlagenen Gesetzestext in ErläutRV 171 BlgNR 23. GP 9.

¹⁰ BGBl I 2009/71.

übernommen wurde.¹¹ Die Bestimmung des § 224a AktG wurde jedoch letztlich nicht beschlossen, da im JA weiterer Diskussionsbedarf identifiziert wurde. Soweit aus den Mat ersichtlich ist, wurde vorgebracht, dass „*die Verschmelzung auf eine übernehmende Gesellschaft mit niedrigerem Nennkapital keineswegs in allen Fällen zu ‚freiem Kapital‘ bzw. ausschüttungsfähigen Beträgen führe, und zum anderen, dass es durchaus auch zu einem ausschüttungsfähigen Verschmelzungsgewinn in Fällen der Verschmelzung auf eine Gesellschaft mit höherem Nennkapital kommen könne*“ und es daher nicht auf „*die Reduktion des gebundenen Kapitals [an]komme [...]; vielmehr müsse primär auf das Entstehen eines Verschmelzungsgewinns abgestellt werden.*“¹²

Bis zu deren Außerkrafttreten am 31.07.2023 fand sich in § 13 EU-VerschG eine Bestimmung, die den kapitalherabsetzenden Effekt behandelte.¹³ Dabei wurde für die Definition des kapitalherabsetzenden Effekts, ohne diesen ausdrücklich zu erwähnen, auf den Vergleich der Stammkapitalien und der gebundenen Rücklagen der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften abgestellt. Als Ausgleichsmaßnahme wurde für Verschmelzungen nach dem EU-VerschG eine Sicherstellung zugunsten der Gläubiger angeordnet. Dass im Übrigen auch die **Firmenbuchpraxis**, unabhängig von der Verschmelzungsrichtung, das Vorliegen eines kapitalherabsetzenden Effekts prüft und bei dessen Vorliegen die Setzung von Ausgleichsmaßnahmen verlangt, bestärkt die Ansicht, dass der kapitalherabsetzende Effekt eine grundsätzliche Wertung des österreichischen Verschmelzungsrechtes darstellt.

Der Praktiker steht daher regelmäßig vor der Frage, wie in einem konkreten Verschmelzungsvorgang der kapitalherabsetzende Effekt ausgeglichen werden kann. Die vom OGH vorgeschlagene Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft und die Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft stellen dabei bekannte **Ausgleichsmaßnahmen** dar, die auch in den Bestimmungen des GmbHG (§§ 52 f und §§ 54 ff) und AktG (§ 149 ff und §§ 175 ff) ihre gesetzlichen Grundlagen finden. Insb kommt die Kapitalerhöhung als zweckmäßige Ausgleichsmaßnahme dann in Frage, wenn ohnehin eine Anteilsgewährung nach § 224 AktG vorzunehmen ist. Kann bzw muss eine Anteilsgewährung jedoch unterbleiben (vgl § 224 Abs 1 und 2 AktG), so besteht oftmals das Interesse, gerade kein neues Kapital im Rahmen

¹¹ Vgl auch ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 47.

¹² JA 218 BlgNR 23. GP 2; s auch die Überlegungen hiezu in *Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 82 Rz 11 mwN* (Stand 01.12.2017, rdb.at).

¹³ Weiterführend *Kohlhauser*, Gläubigerschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung europarechtskonform? RdW 2008/403.

einer Kapitalerhöhung aufbringen zu müssen. Die (ordentliche) Kapitalherabsetzung erscheint mitunter wegen der erforderlichen Aufgebotsfrist unflexibel (vgl § 55 Abs 2 GmbHG bzw § 178 Abs 2 AktG). Dies rückt daher die freiwillig gebundene Rücklage als weitere, nach der Rsp geeignete Ausgleichsmaßnahme in den Vordergrund. Deren gesetzliche Grundlage scheint jedoch fraglich zu sein.

§ 229 UGB, die zentrale Bestimmung iZm gebundenen Rücklagen, sieht vor, dass AGs und große GmbHs iSd § 221 UGB gebundene Rücklagen auszuweisen haben, die aus gebundenen Kapitalrücklagen und gesetzlichen Rücklagen bestehen. Diese gebundenen Rücklagen genießen einen hohen Bestandsschutz, da sie gem Abs 7 leg cit nur zum Ausgleich eines ansonsten auszuweisenden Bilanzverlustes aufgelöst werden dürfen. Die gebundene Kapitalrücklage umfasst dabei das Agio bei der ersten oder späteren Ausgabe von Anteilen, den Betrag, der bei der Ausgabe von Schuldverschreibungen für Wandlungs- und Optionsrechte zum Erwerb von Anteilen erzielt wird, Zuzahlungen von Gesellschaftern zum Erwerb eines Vorzugs für dessen Anteile sowie jene Beträge, die bei der Kapitalherabsetzung nach §§ 185, 192 Abs 5 AktG und § 59 GmbHG zu binden sind. In die gesetzliche Rücklage, die eine reine Gewinnrücklage darstellt¹⁴, ist ein Betrag einzustellen, der mindestens dem zwanzigsten Teil des um einen allfälligen Verlustvortrag geminderten Jahresüberschusses entspricht, bis die gebundenen Rücklagen insgesamt 10% des Stammkapitals oder einen in der Satzung bestimmten höheren Teil des Stammkapitals erreichen (Abs 6 leg cit). Expressis verbis ist die gebundene Rücklage nach § 229 UGB jedoch nur für große GmbHs iSd § 221 UGB und AGs vorgesehen und eine freiwillige Bildungsmöglichkeit sucht der Leser der verba legalia vergebens.

In Bezug auf die gebundene Rücklage als Ausgleichsmaßnahme zur Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts stellt sich daher zunächst die **Frage**, ob eine freiwillige Etablierung einer gebundenen Rücklage – etwa nach Maßgabe des § 229 UGB – zulässig ist. Selbst wenn man diese Frage zustimmend beantworten könnte, bleibt die Frage, ob dies auch bei GmbHs möglich ist, die gerade nicht die Größenmerkmale einer großen GmbH iSd § 221 UGB erfüllen und bei denen daher auch grds keine gebundenen Rücklagen nach § 229 UGB ausgewiesen werden. Auch gilt es zu erfragen, welche Wirkungen eine freiwillig gebundene Rücklage, insb in Hinblick auf den Gläubigerschutz, entfaltet. Zuletzt bleibt die Frage, wie die

¹⁴ Chalupsky/Duursma/Ecker in Bertl/Mandl (Hrsg), Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz § 229 UGB Rz 107 (Stand Mai 2018, lexisnexis.at).

in der Praxis durchaus übliche Befristung der verschmelzungsgeborenen gebundenen Rücklagen begründet werden kann. Der Beantwortung dieser Fragen widmet sich die vorliegende Arbeit.

2. Einführung in das Verschmelzungsrecht

2.1. Allgemeines

Das AktG widmet sich in dessen neuntem Teil und den Bestimmungen der §§ 219 ff der Verschmelzung. Im GmbH-Recht werden mit wenigen Abweichungen die Bestimmungen des AktG sinngemäß angewendet (vgl §§ 96 ff GmbHG).¹⁵

Im Rahmen einer Verschmelzung wird das Vermögen einer oder mehrerer Kapitalgesellschaften¹⁶ im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine übernehmende Gesellschaft übertragen, wobei sämtliche übertragenden Gesellschaften ohne Durchführung eines Liquidationsverfahrens vollbeendet werden (vgl § 219 AktG). Die übernehmende Gesellschaft kann dabei eine bereits bestehende Gesellschaft (Verschmelzung durch Aufnahme, §§ 220 ff AktG) oder eine im Zuge des Verschmelzungsvorgangs neu gegründete Gesellschaft sein (Verschmelzung durch Neugründung, § 233 AktG). Weiters ist auch die Verschmelzung einer GmbH mit einer AG oder vice versa möglich (Rechtsformübergreifende Verschmelzung, §§ 234 ff AktG).

Die Lit unterscheidet über die gesetzliche Kategorisierung hinaus Verschmelzungsvorgänge wie folgt¹⁷:

a) Konzentrationsverschmelzung:

Im Rahmen der sog Konzentrationsverschmelzung werden Gesellschaften miteinander verschmolzen, die vor Durchführung der Verschmelzung nicht miteinander verbunden sind.

b) Konzernverschmelzung:

Demgegenüber führt eine Konzernverschmelzung zu einer Verschmelzung bereits vor dem Umgründungsvorgang konzernmäßig verbundener Gesellschaften. Diesbezüglich unterscheidet die hM je nach Verschmelzungsrichtung weiters zwischen der

¹⁵ Zur besseren Lesbarkeit werden in weiterer Folge lediglich die Bestimmungen und Begrifflichkeiten des AktG angeführt und die Bestimmungen des GmbHG nur bei Abweichungen gesondert genannt.

¹⁶ Zur Vereinfachung der Darstellung wird in weiterer Folge idR von der Verschmelzung zweier Gesellschaften gesprochen und nicht erneut auf die Möglichkeit der Beteiligung mehrerer übertragender Gesellschafter hingewiesen.

¹⁷ Vgl hierzu exemplarisch *Kalss*, Verschmelzung³ Vor §§ 219–236 AktG Rz 3 ff.

Up-Stream-, Down-Stream- und Side-Stream-Verschmelzung, wobei die Terminologie diesbezüglich nicht einheitlich ist.

2.2. Die Verschmelzung im Überblick

2.2.1. Der Ablauf

Verschmelzungen können je nach Umfang und Ausgestaltung unterschiedlich ablaufen. Zum besseren Überblick soll an dieser Stelle der „Standardablauf“ einer Verschmelzung zur Aufnahme, wie ihn der Gesetzgeber vor Augen hat, dargestellt werden, wobei die in der Lit übliche Dreiteilung in Vorbereitungs-, Beschluss- und Vollzugsphase übernommen wird¹⁸:

a) Vorbereitungsphase:

In einem ersten Schritt haben die Vorstände der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften einen **Verschmelzungsvertrag** in Notariatsaktsform¹⁹ abzuschließen oder einen Entwurf hievon aufzustellen (§ 220 Abs 1 AktG).²⁰ Dass dem Verschmelzungsvertrag oder dessen Entwurf ein mitunter umfangreicher Planungsprozess vorangeht, wird legistisch nicht abgebildet.

Jede übertragende Gesellschaft hat auf den Verschmelzungstichtag eine (**unternehmensrechtliche**) **Schlussbilanz** aufzustellen (§ 220 Abs 3 AktG).²¹ Diese wird üblicherweise dem Verschmelzungsvertrag als Beilage angeschlossen²², ist aber jedenfalls Teil der Informationen, die den Gesellschaftern vor der Beschlussfassung zur Verfügung gestellt werden müssen (vgl § 221a Abs 2 Z 2 AktG, s hierzu auch den nachfolgenden Unterpunkt), sowie zwingender Bestandteil der dem Firmenbuchgericht vorzulegenden Urkunden (§ 225 Abs 1 Z 6 AktG). Wird als Verschmelzungstichtag –

¹⁸ Vgl exemplarisch *Kalss*, Verschmelzung³ Vor §§ 219–236 AktG Rz 31.

¹⁹ Vgl *Eckert/Schopper* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 222 Rz 2 (Stand 01.07.2021, rdb.at); *Michael Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 17.22 (Stand 1.6.2021, rdb.at).

²⁰ Zum Mindestinhalt des Verschmelzungsvertrags oder dessen Entwurfs s § 220 Abs 2 AktG.

²¹ Es ist zu beachten, dass nach der Firmenbuchpraxis bisweilen die Erstellung eines Anhangs, nicht jedoch eines Lageberichts, erforderlich ist und eine allfällige Abschlussprüfpflicht auch iZm der Schlussbilanz einzuhalten ist (vgl *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung: Praxisleitfaden, V. B. 1. Rz 7 mwN [Stand Dezember 2014, lexisnexis.at]).

²² *Schörghofer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 220 Rz 19.

wie in der Praxis durchaus üblich – der Bilanzstichtag gewählt, kann der Jahresabschluss als Schlussbilanz herangezogen werden.²³

Der **Verschmelzungstichtag**, der nach § 220 Abs 2 Z 5 AktG zwingender Bestandteil des Verschmelzungsvertrags oder dessen Entwurfs ist, kann grds frei gewählt werden. Es ist jedoch zu beachten, dass der Verschmelzungstichtag höchstens neun Monate vor der Anmeldung der Verschmelzung zum Firmenbuch liegen darf (§ 220 Abs 3 letzter Satz AktG). Wird im Rahmen der Verschmelzung die Inanspruchnahme der steuerlichen Begünstigungen des Art I des UmgrStG²⁴, die in dieser Arbeit nicht weiter behandelt werden²⁵, beabsichtigt, haben die übertragenden Gesellschaften zum Verschmelzungstichtag weiters eine **Verschmelzungsbilanz** aufzustellen (§ 2 Abs 5 UmgrStG). Diese kann als steuerliches Pendant zur Schlussbilanz verstanden werden, in der die steuerlich maßgeblichen Werte dargestellt werden.²⁶

Liegt der letzte Jahresabschluss mehr als sechs Monate vor dem Abschluss des Verschmelzungsvertrages oder der Aufstellung des Entwurfs, ist die Erstellung einer **Zwischenbilanz** erforderlich (§ 221a Abs 2 Z 3 AktG).²⁷

In weiterer Folge haben die Vorstände jeder verschmelzungsbeteiligten Gesellschaft einen **Verschmelzungsbericht** zu erstatten, in dem die voraussichtlichen Folgen der Verschmelzung, der Verschmelzungsvertrag und insb auch das Umtauschverhältnis und die Höhe allfälliger barer Zuzahlungen rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und begründen sind (§ 220a AktG).

Die **Prüfung der Verschmelzung** (§ 220b AktG) durch den jeweiligen vom Aufsichtsrat bestellten²⁸ Wirtschaftsprüfer oder die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft²⁹ erstreckt sich

²³ *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, V. B. 1. Rz 2.

²⁴ BGBl 1991/699.

²⁵ Vgl einfürend *Walter*, Umgründungssteuerrecht 2021¹³.

²⁶ *Hirschler* in *Wiesner/Hirschler/Mayr* (Hrsg), Handbuch der Umgründungen A/I § 2 UmgrStG Rz 44a ff (Stand Dezember 2017, lexisnexis.at).

²⁷ Die Sinnhaftigkeit der Zwischenbilanz kann krit hinterfragt werden, was va durch die Abstellung auf den Stichtag des letzten Jahresabschlusses und nicht auf den Verschmelzungstichtag verdeutlicht wird (s hiezu das plakative Bsp in *Michael Umfahrer, GmbH*⁷ Rz 17.26). Der zusätzliche Aufwand iZm der Erstellung einer Zwischenbilanz wird jedoch durch die Verzichtsmöglichkeit nach § 232 Abs 2 AktG relativiert.

²⁸ Neben der Bestellung durch die Aufsichtsräte der Gesellschaften besteht auch die Möglichkeit der Bestellung eines gemeinsamen Verschmelzungsprüfers durch das Gericht über gemeinsamen Antrag aller Aufsichtsräte der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften (§ 220b Abs 2 AktG).

²⁹ *Kalss*, Verschmelzung³ § 220b AktG Rz 10.

iW auf die Frage der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses unter Zugrundelegung der konkret gewählten und weiterer Methoden und dient damit vor der Information und dem Schutz der Gesellschafter.³⁰ Im **GmbH**-Recht hat die Verschmelzungsprüfung hingegen nur auf Verlangen eines Gesellschafters zu erfolgen (§ 100 Abs 2 GmbHG).

Zuletzt erfolgt die **Prüfung durch den Aufsichtsrat** (§ 220c AktG). Hierbei haben die Aufsichtsräte der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften die beabsichtigte Verschmelzung auf Grundlage des Verschmelzungsberichts und des Prüfungsberichts des Verschmelzungsprüfers zu prüfen und darüber einen schriftlichen Bericht zu erstatten.

Kommt es im Rahmen der Verschmelzung zu einer **Kapitalerhöhung** bei der übernehmenden Gesellschaft, so hat gem § 223 AktG eine Gründungsprüfung unter Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen über die Kapitalerhöhung zu erfolgen. Dies rührt daher, dass die Verschmelzung im Kern eine Sacheinlage darstellt³¹, deren Werthaltigkeit es im Rahmen der Gründungsprüfung zu ermitteln gilt. In Bezug auf die umfassende Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen über die Kapitalerhöhung sieht § 223 AktG Erleichterungen vor – so werden etwa die Regelungen über das Verbot der Erhöhung des Grundkapitals bei ausstehenden Einlagen (§ 149 Abs 4 AktG), die Zeichnung neuer Aktien (§ 152 AktG) oder das Bezugsrecht (§ 153 AktG) für nicht anwendbar erklärt. Im Rahmen der Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft ist gem § 225a AktG ein Treuhänder für den Empfang der zu gewährenden Aktienurkunden und allfälliger barer Zuzahlungen zu bestellen. Im Recht der **GmbH** kommt ein Treuhänder lediglich für die Empfangnahme barer Zuzahlungen in Frage.³² Wird im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs bei einer GmbH als übernehmender Gesellschaft das Stammkapital erhöht, entfällt insb die Übernahmserklärung (§ 101 GmbHG). Der Vollständigkeit wegen sei darauf hingewiesen, dass auch bei der GmbH im Falle der Kapitalerhöhung grds eine Sacheinlagenprüfung erforderlich ist, diese jedoch durch Aufbringung der Hälfte des Stammkapitals durch bar zu leistende Stammeinlagen vermieden werden kann (§ 6a Abs 1 iVm § 52 Abs 6 GmbHG).

³⁰ *Kalss*, Verschmelzung³ § 220b AktG Rz 3 f, 19 ff.

³¹ *Kalss*, Verschmelzung³ § 223 AktG Rz 3, 7 mwN.

³² *Kalss*, Verschmelzung³ § 96 GmbHG Rz 20 mwN.

IZm der **Vorbereitung der Beschlussfassung** in der Hauptversammlung sind die nachfolgenden Schritte zu setzen:

- aa) **Mindestens einen Monat vor dem Tag der Hauptversammlung**, in der die Zustimmung zur Verschmelzung beschlossen werden soll, ist der Verschmelzungsvertrag oder dessen Entwurf zum Firmenbuch einzureichen und ein Hinweis hierauf zu veröffentlichen (§ 221a Abs 1 AktG).³³ Vorab hat die Prüfung durch den Aufsichtsrat (vgl Abs 1 leg cit) und den Verschmelzungsprüfer zu erfolgen und der Verschmelzungsbericht ist durch die Vorstände schriftlich zu erstatten.³⁴ Alternativ zur Einreichung zum Firmenbuch samt Hinweisveröffentlichung kommt auch eine Veröffentlichung in der Ediktsdatei in Frage (Abs 1 oder Abs 2 leg cit).

Die Einreichung der Unterlagen bei Gericht und die Veröffentlichung eines Hinweises hierauf sind im Recht der **GmbH** nicht erforderlich (§ 97 Abs 1 GmbHG).

- bb) **Mindestens während eines Monats vor dem Tag der Hauptversammlung**, in der die Zustimmung zur Verschmelzung beschlossen werden soll, sind bei jeder Gesellschaft die in § 221a Abs 2 AktG genannten Urkunden bereitzustellen. Hierzu zählen der Verschmelzungsvertrag oder dessen Entwurf, die Jahresabschlüsse samt Lagebericht und ggf Corporate Governance-Berichte der letzten drei Geschäftsjahre aller verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften, ggf die Schlussbilanz, ggf die Zwischenbilanz, die Verschmelzungs- (§ 220a AktG) und Prüfungsberichte (§ 220b AktG) sowie die Berichte der Aufsichtsräte (§ 220c AktG). **In der Hauptversammlung** sind die vorgenannten Unterlagen aufzulegen (§ 221a Abs 5 AktG).

Im **GmbH-Recht** sind die nach § 221a Abs 2 AktG erforderlichen Unterlagen den Gesellschaftern zu übersenden, wobei zwischen dem Tag der Aufgabe der Sendung zur Post und der Beschlussfassung mindestens ein Zeitraum von 14 Tagen liegen

³³ Die Hinweisveröffentlichung erfolgt nach § 18 AktG in der Wiener Zeitung (*Schörghofer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 221a Rz 5). Am 01.07.2023 ist jedoch das WZEVI-Gesetz (BGBl I 2023/46) in Kraft getreten, nach dessen § 6 die Veröffentlichung nunmehr anstelle in der Wiener Zeitung oder im Amtsblatt zur Wiener Zeitung in der **elektronischen Verlautbarungs- und Informationsplattform des Bundes (EVI)** erfolgt.

³⁴ *Schörghofer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 221a Rz 3; *Kalss*, Verschmelzung³ § 221a AktG Rz 6 mwN.

muss. Eine Auflage der Unterlagen zur Einsicht³⁵ ist nicht erforderlich (§ 97 Abs 1 GmbHG). Ab dem Zeitpunkt der Einberufung haben die Geschäftsführer jedem Gesellschafter auf Verlangen Auskunft auch über alle für die Verschmelzung wesentlichen Angelegenheiten der anderen Gesellschaft zu geben. Die Gesellschafter sind hierauf in der Einberufung hinzuweisen (§ 97 Abs 2 GmbHG).

- cc) Daneben sind auch die **allgemeinen Bestimmungen und Fristen** in Bezug auf die Hauptversammlung zu beachten. Exemplarisch können idZ die Einberufungsfristen genannt werden. In Ermangelung abweichender satzungsmäßiger Einberufungsfristen ist die ordentliche Hauptversammlung am 28. Tag und die außerordentliche Hauptversammlung am 21. Tag vor der Hauptversammlung bekannt zu machen und die Einberufung ist zu veröffentlichen (vgl § 107 AktG). Weiters hat die Gesellschaft ab dem 21. Tag vor der Hauptversammlung die in § 108 Abs 3 AktG genannten Unterlagen zur Einsicht aufzulegen oder im Internet zugänglich zu machen; Minderheitsgesellschaftern (5%) kommt nach §109 AktG das Recht zur Beantragung von Tagesordnungspunkten zu.

Auch im **GmbH**-Recht kommen zusätzlich die allgemeinen Bestimmungen zur Anwendung: Mangels abweichender Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag ist die Generalversammlung daher mittels rekommandierten Schreibens einzuberufen, wobei zwischen dem Tag der Aufgabe zur Post und dem Tag der Generalversammlung mindestens ein Zeitraum von 7 Tagen liegen muss (§ 38 Abs 1 GmbHG). In der Einberufung ist die Tagesordnung der Generalversammlung anzugeben (§ 38 Abs 2 GmbHG).

b) Beschlussphase:

Wurden alle erforderlichen Schritte gesetzt oder wird, soweit zulässig, auf solche verzichtet, kann im Rahmen einer Hauptversammlung über die Zustimmung zur Verschmelzung beschlossen werden.

³⁵ Dies betrifft die Auflage bei der Gesellschaft während der Einberufungsfrist. Die Auflage der Unterlagen in der Generalversammlung ist jedenfalls erforderlich (vgl *Schindler/Brix* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 97 Rz 3, 10).

Für die Hauptversammlung sieht § 221a Abs 5 AktG Sonderregelungen vor: Zunächst sind die in § 221a Abs 2 AktG genannten **Unterlagen** in der Hauptversammlung aufzulegen und der Vorstand der Gesellschaft hat den Verschmelzungsvertrag oder dessen Entwurf mündlich zu erläutern. Weiters hat der Vorstand über wesentliche **Veränderungen der Vermögens- oder Ertragslage** einer der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften, die zwischen der Aufstellung des Verschmelzungsvertrags oder dessen Entwurf und dem Zeitpunkt der Beschlussfassung eingetreten sind, zu informieren.

Gesellschaftern kommt im Rahmen der Hauptversammlung ein **Auskunftsrecht** auch betreffend die übrigen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften zu (§ 221a Abs 6 AktG).

Der **Zustimmungsbeschluss** bedarf im Aktienrecht einer qualifizierten Mehrheit (vgl § 221 AktG). Unter Berücksichtigung der allgemeinen Beschlusserfordernisse in der AG bedarf der Zustimmungsbeschluss daher der Mehrheit von drei Vierteln des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals und zusätzlich der einfachen Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung.³⁶ Jeder Beschluss der Hauptversammlung bedarf im Übrigen der notariellen Beurkundung in Form eines notariellen Protokolls (§ 120 Abs 1 AktG).

In der **GmbH** bedarf der Beschluss einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen, sofern der Gesellschaftsvertrag keine weiteren Erfordernisse vorsieht, sowie der notariellen Beurkundung³⁷ (§ 98 GmbHG). Sieht der Gesellschaftsvertrag jedoch für einzelne Beschlussgegenstände, die nach dem Gesetz nur einer Dreiviertelmehrheit oder geringeren Mehrheit bedürfen, eine höhere Beschlussmehrheit vor, so gilt das erhöhte Mehrheitserfordernis zum Schutz einer Sperrminorität³⁸ auch für die Fassung des Verschmelzungsbeschlusses, es sei denn, in der übernehmenden Gesellschaft werden die Rechte der Minderheit durch Anhebung der Mehrheitserfordernisse für dieselben Beschlussgegenstände gewahrt (§ 99 Abs 3 GmbHG). Dabei genügt jedoch nicht bloß die formell gleichlautende Anhebung der Mehrheitserfordernisse. Vielmehr muss die Sperrminorität unter Berücksichtigung einer allfälligen Verwässerung der Anteilsverhältnisse

³⁶ *Kalss*, Verschmelzung³ § 221 AktG Rz 13.

³⁷ Dh notarielles Protokoll, wobei die Errichtung eines Notariatsaktes ebenso zulässig ist (vgl *Schindler/Brix* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 98 Rz 4 mwN).

³⁸ *Kalss*, Verschmelzung³ § 99 GmbHG Rz 25.

aufrechtbleiben.³⁹ Weiters sieht das GmbHG in § 99 besondere Zustimmungserfordernisse vor.⁴⁰ Demnach ist für die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses die Zustimmung von jenen Gesellschaftern erforderlich, deren durch den Gesellschaftsvertrag eingeräumte Rechte durch die Verschmelzung beeinträchtigt werden, es sei denn, die übernehmende Gesellschaft gewährt gleichwertige Rechte (Abs 1 leg cit).⁴¹ Dabei intendiert die Bestimmung den Schutz der (Minderheits-)Gesellschafter vor der Verschlechterung ihrer Rechtsposition⁴² in Bezug auf eingeräumte Sonderrechte.⁴³ Dazu zählen etwa das Sonderrecht auf Geschäftsführung, Bestellungs- und Nominierungsrechte oder vermögensrechtliche Sonderrechte. Je nach Ausgestaltung können auch Vorkaufs- oder Aufgriffsrechte ein Sonderrecht darstellen.⁴⁴ Weiters ist die Zustimmung zum Verschmelzungsbeschluss durch all jene Gesellschafter erforderlich, deren Zustimmung zur Übertragung von Geschäftsanteilen erforderlich ist (§ 99 Abs 2 GmbHG). Gewissermaßen als Umkehrschluss ist die Zustimmung aller Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erforderlich, wenn die Geschäftsanteile in der übertragenden Gesellschaft frei übertragbar sind und deren Übertragung in der übernehmenden Gesellschaft von bestimmten Voraussetzungen abhängig ist (§ 99 Abs 3 GmbHG). Da im Rahmen der GmbH die übrigen Gesellschafter eine Ausfallhaftung für offene Einlagenleistungen der übrigen Mitgesellschafter trifft (vgl § 70 GmbHG), ist bei nicht voll geleisteten Stammeinlagen konsequenterweise die Zustimmung aller Gesellschafter der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften erforderlich (§ 99 Abs 5 GmbHG), da die Erweiterung der Haftung andernfalls nicht zumutbar wäre.⁴⁵

Im Anschluss an die Hauptversammlung haben die Vorstände aller verschmelzungsbeteiligten Gesellschaft innerhalb der 9-Monatsfrist die Verschmelzung **zur Eintragung in**

³⁹ Schindler/Brix in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 99 Rz 9 mwN.

⁴⁰ Zum historischen Hintergrund vgl *Kalss*, Verschmelzung³ § 99 GmbHG Rz 2.

⁴¹ Der Schutz der Bestimmung erstreckt sich, da ausdrücklich auf die Verankerung im Gesellschaftsvertrag abgestellt wird, nicht auf außerhalb des Gesellschaftsvertrages vereinbarte Rechte, daher insb nicht auf Rechte aus einem Syndikatsvertrag (vgl *Warto* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² [2018] § 99 Rz 10).

⁴² Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 99 Rz 2.

⁴³ *Schindler/Brix* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 99 Rz 5 mwN.

⁴⁴ *Kalss*, Verschmelzung³ § 99 GmbHG Rz 9; *Fragner*, Ausgewählte Fragen des Aufgriffsrechts, GesRZ 2009, 155; weiterführend zur Ausgestaltung von Vinkulierungs- und Aufgriffsrechten vgl *Tichy*, Einführung und Aufhebung von Vinkulierungsklauseln und statutarischen Aufgriffsrechten mittels Mehrheitsbeschlusses? RdW 1998, 55.

⁴⁵ ErläutRV 32 BlgNR 20. GP 115.

das Firmenbuch anzumelden (§ 225 AktG). Dabei sind die in § 225 Abs 1 AktG genannten Unterlagen vorzulegen. Ggf ist neben der Anmeldung der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft auch die Kapitalerhöhung anzumelden (§§ 223 iVm 151 Abs 1 AktG). An dieser Anmeldung hat auch der Vorsitzende des Aufsichtsrats mitzuwirken und die Anmeldung kann mit jener der Verschmelzung verbunden werden.⁴⁶

Wesentlicher Bestandteil der Anmeldung der Verschmelzung ist die sog **Negativklärung** der Vorstände aller verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften (§ 225 Abs 2 AktG). Dabei haben die Vorstände zu erklären, dass innerhalb eines Monats nach Beschlussfassung eine Klage auf Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit des Verschmelzungsbeschlusses nicht erhoben oder zurückgezogen wurde oder dass alle Aktionäre durch notariell beurkundete Erklärung auf eine solche Klage verzichtet haben. Die Bestimmung dient primär dem Gesellschafterschutz, da Mängel der Verschmelzung gem § 230 Abs 2 AktG die Wirkungen der Eintragung unberührt lassen.⁴⁷ Kann diese Erklärung nicht abgegeben werden, hat das Gericht gem § 19 FBG vorzugehen. Demnach hat das Gericht eine Interessenabwägung anzustellen und entweder die Eintragung und damit den Vollzug der Verschmelzung vorzunehmen oder eine Unterbrechung des Eintragungsverfahrens anzuordnen.⁴⁸ Dabei ist zu berücksichtigen, ob die rechtlichen oder wirtschaftlichen Interessen an einer raschen Erledigung erheblich überwiegen (vgl § 19 Abs 2 FBG).⁴⁹

c) Vollzugsphase:

Die Anmeldung der Verschmelzung erfolgt durch die Vorstände der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften bei jenem Gericht, in dessen Sprengel die jeweilige Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 225 Abs 1 AktG). Handelt es sich um eine **sprengelübergreifende Verschmelzung**, so hat das Gericht, in dessen Sprengel die übertragende Gesellschaft ihren Sitz hat, die Beendigung seiner Zuständigkeit auszusprechen und dies dem Gericht, in dessen Sprengel die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz hat, mitzuteilen und ihm von Amts wegen die verwahrten Urkunden und sonstigen Schriftstücke zu übersenden (§ 225 Abs 3 AktG). Das Gericht, in dessen Sprengel die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz

⁴⁶ Schörghofer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 223 Rz 6.

⁴⁷ Kalss, Verschmelzung³ § 225 AktG Rz 50.

⁴⁸ Vgl auch weiterführend Szep in Artmann/Karollus, AktG III⁶ § 225 Rz 17 f (Stand 01.04.2019, rdb.at).

⁴⁹ Weiterführend Kalss, Verschmelzung³ § 225 AktG Rz 63 ff.

hat, nimmt die **Eintragung der Verschmelzung** bei Vorliegen aller Voraussetzungen bei allen beteiligten Gesellschaften vor (§ 225a AktG). Mit der Eintragung der Verschmelzung geht insb das Vermögen der übertragenden Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft über.⁵⁰ Die Eintragung ist nach der allgemeinen Bestimmung des § 10 UGB⁵¹ bekanntzumachen und dabei sind gem § 226 Abs 1 letzter Satz AktG die Gläubiger über ihre Rechte zu informieren. Innerhalb von 6 Monaten nach Eintragung der Verschmelzung steht **Gläubigern** nämlich das Recht zu, Sicherheit zu verlangen, wenn sie die Gefährdung der Erfüllung ihrer Forderung aufgrund der Verschmelzung glaubhaft machen (§ 226 AktG).⁵²

2.2.2. Die vereinfachte Verschmelzung

Im Rahmen von Konzernverschmelzungen besteht weitgehend kein oder nur ein geringer Bedarf an Mechanismen zum Schutz der Gesellschafter. Dies rührt daher, dass bei Konzernverschmelzungen oftmals die Anteilsgewährung gem § 224 AktG unterbleiben kann und sich diesfalls naturgemäß Regelungen zum Umtauschverhältnis und allfälligen Barabfindungen erübrigen. Ein mangelndes Schutzbedürfnis kann sich auch aus dem Verschmelzungsvolumen ergeben („Bagatellverschmelzung“)⁵³. IdZ erscheinen weitere Bestimmungen, die den Gesellschafterschutz intendieren, obsolet. Dazu können etwa der Verschmelzungsbericht, die Verschmelzungsprüfung und die Prüfung durch den Aufsichtsrat gezählt werden. Der Gesetzgeber erkennt diesen Regelungsbedarf und sieht in bestimmten Konstellationen abweichend von den allgemeinen Bestimmungen Erleichterungen vor.

So entfällt gem § 231 Abs 1 AktG die **Zustimmung der Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft** zur Aufnahme der übertragenden Gesellschaft, wenn (i) sich zumindest **90%** des Grundkapitals der übertragenden Gesellschaft in der Hand der übernehmenden Gesellschaft befinden⁵⁴, wobei eigene Aktien der übertragenden Gesellschaft oder andere Aktien, die einem anderen für Rechnung der Gesellschaft gehören, vom Grundkapital abzuziehen sind

⁵⁰ *Kalss, Verschmelzung*³ § 225a AktG Rz 27.

⁵¹ Zur darin angeordneten Veröffentlichung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung vgl bereits FN 33.

⁵² S hiezu Kap 2.4.

⁵³ *Kalss, Verschmelzung*³ § 231 AktG Rz 3.

⁵⁴ Hierbei ist es für das Vorliegen der Privilegierung unerheblich, ob die geforderte Beteiligungsschwelle durch unmittelbare, mittelbare und/oder treuhändig gehaltene Anteile hergestellt wird (*Kalss, Verschmelzung*³ § 231 Rz 4 mwN).

(Z 1 leg cit), oder (ii) wenn die zu gewährenden Aktien 10% des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft nicht übersteigen; wird zur Durchführung der Verschmelzung das Grundkapital der übernehmenden Gesellschaft erhöht, so ist der Berechnung das erhöhte Grundkapital zugrunde zu legen (Z 2 leg cit). Die Entscheidung, ob bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Hauptversammlungsbeschluss eingeholt wird oder nicht, liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Vorstands der übernehmenden Gesellschaft.⁵⁵ Flankiert wird diese Vereinfachungsbestimmung durch ein Minderheitenrecht – eine Minderheit von 5% kann die Einberufung der Hauptversammlung und die Fassung eines Verschmelzungsbeschlusses verlangen (§ 231 Abs 3 AktG).

Hält die übernehmende Gesellschaft mittelbar oder unmittelbar **100%** der übertragenden Gesellschaft („**Up-Stream-Verschmelzung**“), so sind (i) Angaben zum Umtauschverhältnis (§ 220 Abs 2 Z 3 und 4), (ii) die Verschmelzungsberichte der Vorstände (§§ 220a und 221a Abs 2 Z 4), (iii) die Verschmelzungsprüfung (§§ 220b und 221a Abs 2 Z 5) sowie (iv) die Prüfung und Berichterstattung durch die Aufsichtsräte (§§ 220c und 221a Abs 2 Z 6) nicht erforderlich (§ 232 Abs 1 AktG). Dies rührt bereits daher, dass bei einer Up-Stream-Verschmelzung gem § 224 Abs 1 Z 1 AktG die übernehmende Gesellschaft insoweit keine Aktien zu gewähren hat, als sie Aktien an der übertragenden Gesellschaft besitzt. Hält die übernehmende Gesellschaft somit sämtliche Aktien an der übertragenden Gesellschaft („100%-Up-Stream-Verschmelzung“), so erübrigt sich der durch die entfallenden Bestimmungen intendierte Schutz von Minderheitsgesellschaftern.⁵⁶ Weiters entfällt auch die **Beschlussfassung in der übertragenden Gesellschaft** (§ 232 Abs 1a AktG). Da folglich Beschlussfassungen sowohl in der übertragenden als auch in der übernehmenden Gesellschaft entfallen können, sieht die zuletzt zitierte Bestimmung Sonderregelungen zu den Fristen vor, die mangels Relevanz für die vorliegende Arbeit nicht weiter erörtert werden.⁵⁷

Weiters entfallen (i) die Verschmelzungsberichte (§ 220a AktG), (ii) die Verschmelzungsprüfung (§ 220b AktG), (iii) die Prüfung durch den Aufsichtsrat (§ 220c), (iv) die Veröffentlichung des Verschmelzungsvertrags (§ 221a Abs 1 und 1a AktG), (v) die Bereitstellung der Unterlagen gem § 221a Abs 2 AktG sowie (vi) die Aufstellung einer Zwischenbilanz (§ 221a Abs 3 AktG),

⁵⁵ *Kalss*, Verschmelzung³ § 231 AktG Rz 17 mwN.

⁵⁶ *Kalss*, Verschmelzung³ § 232 AktG Rz 4.

⁵⁷ Weiterführend *Kalss*, Verschmelzung³ § 232 AktG Rz 14.

wenn sämtliche Aktionäre aller verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften hierauf **verzichten** (§ 232 Abs 2 AktG).

Im **GmbH**-Recht gilt darüber hinaus, dass der Bericht der Geschäftsführer nach § 220a AktG und die Prüfung durch einen allenfalls vorhandenen Aufsichtsrat nach § 220c GmbHG nicht erforderlich sind, wenn alle Gesellschafter schriftlich oder in der Niederschrift zur Generalversammlung darauf verzichten (§ 100 Abs 1 GmbHG). Weiters ist die Prüfung der Verschmelzung nach § 220b AktG nur auf Verlangen eines Gesellschafters durchzuführen (§ 100 Abs 2 GmbHG).

2.3. Schutz der Gesellschafter

Im Zentrum jeder Verschmelzung steht die Frage der Anteilsgewährung, die va bei der Konzentrationsverschmelzung von wesentlicher Bedeutung ist. Im Zuge der Verschmelzung gehen die Mitgliedschaftsrechte an der übertragenden Gesellschaft unter und im Gegenzug erhalten die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteile an der übernehmenden Gesellschaft.

Da die verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften idR nicht denselben Wert haben, gilt es einen Ausgleich zwischen den Interessen der Gesellschafter der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft zu schaffen und sicherzustellen, dass der Wert ihrer Beteiligung durch die Verschmelzung nicht beeinträchtigt wird. Dies erfolgt durch die Berechnung und Festlegung des sog Umtauschverhältnisses, das das Verhältnis der Werte der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaft wiedergibt und über das bestimmt wird, wie viele Anteile die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft an der übernehmenden Gesellschaft erhalten.⁵⁸ Neben der Anteilsgewährung ist auch die Leistung barer Zuzahlungen möglich (vgl § 220 Abs 2 Z 3 und § 224 Abs 5 AktG). Die Leistung barer Zuzahlungen dient primär dem Ausgleich von Spitzen, kann aber nach hM auch zu anderweitigen Zwecken eingesetzt werden.⁵⁹ Wenngleich ein Spitzenausgleich im **GmbH**-Recht mangels Stückelung grds nicht erforderlich ist, bejaht die überwiegende Meinung in der Lit auch im GmbH-Recht die Zulässigkeit barer Zuzahlungen⁶⁰.

⁵⁸ In der Terminologie des GmbHG ist in Hinblick darauf, dass jedem Gesellschafter stets nur ein Geschäftsanteil zukommt (vgl § 75 Abs 2 GmbHG), für das Umtauschverhältnis danach zu fragen, in welcher Höhe die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft einen Geschäftsanteil an der übernehmenden Gesellschaft erhalten müssen.

⁵⁹ Vgl *Eckert/Schopper/Caramanica* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 224 Rz 19 mwN.

⁶⁰ Vgl zum Meinungsstand *Schindler/Brix* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 101 Rz 13.

Die Berechnung des Umtauschverhältnisses erfolgt in der Praxis idR durch Sachverständige, dies schmälert jedoch dessen Bedeutung für den Kautelarjuristen und Parteienvertreter in keiner Weise. Das Aktienrecht „entfaltet [...] ein umfangreiches Schutzinstrumentarium, das ex ante (dh vor wirksamer Durchführung der Verschmelzung) und ex post (dh nach rechtswirksam vollzogener Verschmelzung) greift“⁶¹. Zunächst ist das Umtauschverhältnis im Verschmelzungsvertrag festzulegen (§ 220 Abs 2 Z 3 AktG). Die Vorstände jeder verschmelzungsbeteiligten Gesellschaft haben in einem Verschmelzungsbericht insb auch das Umtauschverhältnis rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen (§ 220a AktG). Auch der Verschmelzungsprüfer (§ 220b AktG) und die Aufsichtsräte (§ 220c AktG)⁶² haben im Rahmen ihrer Prüfung ua die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses zu prüfen. Im Übrigen treffen die Vorstände der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften Hinweispflichten nach § 221a Abs 5 AktG im Rahmen der Beschlussfassung über die Verschmelzung. Wurde über die Verschmelzung ein Beschluss gefasst, so kann eine Beschlussanfechtung nicht mehr darauf gestützt werden, dass das Umtauschverhältnis und/oder bare Zuzahlungen nicht angemessen seien (§ 225b AktG). Dies dient der Vermeidung erpresserischer Anfechtungsklagen.⁶³ Um dennoch einen entsprechenden Schutz der (Minderheits-)Aktionäre zu gewährleisten, wurde in den §§ 225c ff AktG ein Überprüfungsverfahren etabliert.

Neben den bereits erwähnten Mechanismen bestehen auch umfangreiche Mitwirkungs-, Informations- und Auskunftsrechte, die den Schutz der Gesellschafter der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften intendieren. Exemplarisch sei auf die Bereitstellung der notwendigen Unterlagen vor der Beschlussfassung § 221a Abs 2 AktG, das Erfordernis der Errichtung des Verschmelzungsvertrags in Form eines Notariatsaktes⁶⁴ sowie die Zustimmung der Gesellschafter in Form einer Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit hingewiesen.

Im Rahmen des **GmbH**-Rechts dienen weitere Zustimmungsregelungen dem Schutz der (Minderheits-)Gesellschafter.⁶⁵

⁶¹ *Kalss*, Verschmelzung³ Vor §§ 219–236 AktG Rz 25.

⁶² *Kalss*, Verschmelzung³ § 220c Rz 13.

⁶³ Vgl *Eckert/Schopper* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 225b Rz 2 mwN.

⁶⁴ *Michael Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 17.22; *Eckert/Schopper* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 222 Rz 2.

⁶⁵ Vgl hierzu Kap 2.2.1.

2.4. Schutz der Gläubiger nach dem Gesetz

Während der Schutz der Gesellschafter umfangreich geregelt wird, beschränkt sich der Gesetzgeber in Bezug auf den Gläubigerschutz im Rahmen der Verschmelzung auf den Sicherstellungsanspruch des § 226 AktG und die Regelung von Schadenersatzansprüchen gegen Organmitglieder (§§ 227 ff AktG).

Nach **§ 226 AktG** steht Gläubigern der beteiligten Gesellschaften das Recht zu, binnen sechs Monaten nach der Eintragung der Verschmelzung Sicherheit zu verlangen, wenn sie glaubhaft machen, dass die Verschmelzung die Erfüllung ihrer Forderung gefährdet und eine Befriedigung nicht verlangt werden kann. Auf dieses Recht sind die Gläubiger auch in der Veröffentlichung der Eintragung hinzuweisen (vgl Abs 1 letzter Satz leg cit). Von dem Sicherstellungsanspruch sind nur Gläubiger solcher Forderungen erfasst, die bis zur Eintragung der Verschmelzung zumindest dem Grunde nach entstanden sind.⁶⁶ Es handelt sich dabei um einen nachgeschalteten Gläubigerschutz. Insb richten sich die bereits dargestellten und mitunter verzichtbaren Informations- und Aufklärungspflichten im Rahmen des Verschmelzungsvorgangs ausschließlich an die Gesellschafter der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften und nicht an Gläubiger.⁶⁷ Die praktische Bedeutung des Sicherstellungsanspruchs ist aufgrund der hohen Anforderungen an dessen Geltendmachung und den durch die Rsp etablierten umfassenden Gläubigerschutz gering.⁶⁸

In den **§§ 227 ff AktG** normiert der Gesetzgeber abweichende Schadenersatzregelungen, die dem Umstand Rechnung tragen, dass die übertragende Gesellschaft durch die Verschmelzung untergeht und ein Ersatz des Schadens, den die Vertretungsorgane und Aufsichtsräte der übertragenden Gesellschaft deren Gesellschaftern und Gläubigern zugefügt haben, ohne diese Sonderregelung auch den Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft zukommen würde.⁶⁹

⁶⁶ Vgl OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t (ErwGr 4.2).

⁶⁷ *Kalss*, Verschmelzung³ § 226 AktG Rz 7 mwN.

⁶⁸ *Kalss*, Verschmelzung³ § 226 AktG Rz 17.

⁶⁹ *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III⁶ § 227 Rz 2; *Kalss*, Verschmelzung³ § 227 AktG Rz 3, je mwN.

2.5. Schutz der Gläubiger nach der Rechtsprechung

2.5.1. Allgemeines

Wie der OGH bereits mehrfach festgehalten hat, handelt es sich bei den gesetzlichen Gläubigerschutzbestimmungen nicht um eine abschließende Regelung. Vielmehr hat das Firmenbuchgericht die Zulässigkeit der Verschmelzung auch nach den Kapitalerhaltungsgrundsätzen zu prüfen.⁷⁰

Wenn die ErläutRV zum EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1996⁷¹, mit dem mehrere Richtlinien der EU umgesetzt und neue Bestimmungen iZm Verschmelzungen verankert wurden⁷², darauf hinweisen, dass sich die Lage der Gläubiger nach einer Verschmelzung meist verbessert, wird wohl darauf abgestellt, dass durch die Verschmelzung zumindest zwei Vermögensmassen verbunden werden und somit den Gläubigern der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften nach Durchführung der Verschmelzung idR ein größerer Haftungsfonds zur Verfügung steht.

Dabei wird jedoch übersehen, dass die Verbindung der Vermögensmassen nur dann eine Vergrößerung des Haftungsfonds bewirkt, wenn alle verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften einen **positiven Verkehrswert** aufweisen. Ist nämlich das Vermögen einer Gesellschaft negativ, so führt die Verschmelzung für die Gläubiger jener Gesellschaft, die über einen positiven Verkehrswert verfügt, zumindest im Ausmaß des negativen Verkehrswerts der anderen Gesellschaft zu einer Verringerung des Haftungsfonds und sie müssen nach der Verschmelzung weiters mit den Gläubigern der übrigen verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften konkurrieren.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass alle verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften über einen positiven Verkehrswert verfügen und sich somit der Haftungsfonds der Gläubiger für die jeweiligen Gläubiger grds vergrößert, kann eine Gläubigerbenachteiligung in Bezug auf die Gläubiger der übertragenden Gesellschafter dadurch eintreten, dass Kapital, welches bei der übertragenden Gesellschaft gebunden ist, im Rahmen der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft frei wird und somit an die Gesellschafter ausgeschüttet werden kann. Gem den

⁷⁰ Vgl grundlegend OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b (ErwGr 5); vgl auch RIS-Justiz RS0112747, zuletzt OGH 15.04.2010 6 Ob 226/09t.

⁷¹ ErläutRV 32 BlgNR 20. GP 105.

⁷² Zu den Neuerungen im Detail s *Michael Umfahrer, GmbH*⁷ Rz 17.2.

prominenten und iW gleichlautenden Bestimmungen des § 82 Abs 1 GmbHG und § 52 AktG haben die Gesellschafter nur Anspruch auf Ausschüttung des Bilanzgewinns. Wird ein Gewinn ausgeschüttet, der dadurch entsteht, dass gebundenes Kapital der übertragenden Gesellschaft nach der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft seine Bindungswirkung verliert, so verstößt dies nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Die Gläubiger könnten lediglich im Rahmen des § 226 AktG Sicherstellung verlangen.⁷³ Um dies zu vermeiden und den Gläubigern jene Kapitalbindung zu erhalten, auf die sie auch vor der Verschmelzung vertrauen durften, wurde von der Rsp der bereits erwähnte **kapitalherabsetzende Effekt** identifiziert und wurden Maßnahmen zu dessen Vermeidung vorgeschlagen.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass die Prüfung des positiven Verkehrswertes der übertragenden Gesellschaft die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft und die Verhinderung des Eintritts des kapitalherabsetzenden Effekts die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft schützt.⁷⁴

2.5.2. OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b, *Neutronics*

Zum besseren Verständnis soll an dieser Stelle die grundlegende E des OGH zum kapitalherabsetzenden Effekt dargestellt werden⁷⁵:

Im Firmenbuch war die A GmbH mit einem zur Gänze einbezahlten Stammkapital von ATS 25.000.000,00 eingetragen. Alleingeschafterin dieser Gesellschaft war die N GmbH, deren eigenes Stammkapital in der Höhe von ATS 160.000.000,00 zur Gänze einbezahlt war. An der N GmbH wiederum waren zwei natürliche Personen und eine Limited (USA) beteiligt.

Mit Notariatsakt vom 14.09.1998 wurde ein Verschmelzungsvertrag errichtet, nach dem die Muttergesellschaft (N GmbH) als übertragende Gesellschaft unter Inanspruchnahme der umgründungssteuerrechtlichen Begünstigungen des Art I UmgrStG mit der Tochtergesellschaft (A GmbH) rückwirkend zum 31.12.1997 verschmolzen wurde. Auf eine Anteilsgewährung wurde gem § 96 Abs 2 GmbHG iVm § 224 Abs 2 Z 2 AktG verzichtet. In den jeweiligen Generalversammlungen der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften wurde der Verschmelzungsvertrag – neben weiteren Beschlusspunkten – genehmigt.

⁷³ IdS OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b (ErwGr 9).

⁷⁴ Vgl auch OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b (ErwGr 9).

⁷⁵ Die in diesem Kap zitierten ErwGr verstehen sich iZw als solche der E OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

Der Antrag auf Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch wurde durch das **Erstgericht** abgewiesen. Dies wurde iW damit begründet, dass eine Down-Stream-Verschmelzung vorliege, bei der die übernehmende Gesellschaft als Tochtergesellschaft eigene Anteile erwerben würde, dem § 81 GmbHG entgegenstehe. Vielmehr hätten die Anteile der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft in einem ersten Schritt unter Beachtung des Verbots der Einlagenrückgewähr an die Gesellschafter der Muttergesellschaft übertragen werden müssen.

Das **Rekursgericht** gab dem Rekurs der Gesellschaft nicht Folge. Hierfür wurde neben der Verletzung der Notariatsaktsform bei der „Zuteilung der Anteile [der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft] an die Gesellschafter“ auch festgehalten, dass vonseiten des Erstgerichts nicht geprüft wurde, ob durch den Verschmelzungsvorgang eine Einlagenrückgewähr verwirklicht werde.

Der **OGH** erachtete den Revisionsrekurs als zulässig, aber nicht berechtigt. Zunächst bestätigte er die grundsätzliche Zulässigkeit einer Down-Stream-Verschmelzung und schloss sich der hM an, wonach die Anteile der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft mit Wirksamkeit der Verschmelzung zur Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft verwendet werden.⁷⁶ Weiters hielt das Höchstgericht fest, dass für die Auskehrung der Anteile der Tochtergesellschaft an die Gesellschaft keine rechtsgeschäftliche Übertragung in Notariatsaktsform erforderlich ist, da die Auskehrung der Anteile gem § 224 Abs 3 AktG aufgrund des – ebenfalls als Notariatsakt zu errichtenden – Verschmelzungsvertrags erfolgt und der Übergang auf die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ipso iure erfolgt.⁷⁷ Dass diese Auskehrung erfolgt, sei bei sonstiger Nichtigkeit (sic!) bereits im Verschmelzungsvertrag festzulegen.⁷⁸

Zur Frage, ob durch den Verschmelzungsvorgang gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen wird, stellte der OGH klar, dass eine Down-Stream-Verschmelzung nur dann zulässig ist, wenn der übernehmenden Gesellschaft unter Herausrechnung des Beteiligungsansatzes ein **positiver Verkehrswert** zukommt.⁷⁹

Wie bereits zuvor erwähnt, hielt der OGH weiters fest, dass die Gläubigerschutzbestimmungen der §§ 226 ff AktG nicht den allgemeinen Gläubigerschutzbestimmungen derogieren und somit

⁷⁶ ErwGr 1.

⁷⁷ ErwGr 2.

⁷⁸ ErwGr 1.

⁷⁹ ErwGr 3 f.

auch das Firmenbuchgericht die Zulässigkeit der Verschmelzung nach den Kapitalerhaltungsgrundsätzen zu prüfen hat.⁸⁰ Dabei hat das Firmenbuchgericht auf Grundlage der Schlussbilanz⁸¹ die Werthaltigkeit des übertragenen Vermögens zu prüfen und ist dabei befugt, Aufklärung zu verlangen und sogar die Prüfung durch einen Sachverständigen zu veranlassen.⁸²

Schließlich setzte sich der OGH ausführlich mit dem Gläubigerschutz *va* in Bezug auf die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft auseinander. Dabei identifizierte er eine Schutzlücke bei der Verschmelzung einer Gesellschaft mit hohem Stammkapital auf eine solche mit niedrigem Stammkapital, stellte klar, dass die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 226 ff AktG nicht geeignet sind, den Gläubigerschutz voll zu gewährleisten und prägte – soweit ersichtlich – erstmals den Begriff des „**kapitalherabsetzenden Effekts**“. Als Maßnahmen zu dessen Verhinderung werden dabei die ordentliche Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft, die Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft sowie die „*aus einer Eröffnungsbilanz [...] der übernehmenden Gesellschaft hervorgehende[n] Bilanzierung der übernommenen Aktiva als gebundene Rücklagen*“⁸³ genannt. Zuletzt wird auch ein nachprüfbarer Nachweis als Ausgleichsmaßnahme angedacht, dass alle Gläubiger der übertragenden Gesellschaft Sicherstellung oder Befriedigung erhalten haben oder sie eine solche nicht binnen angemessener Frist verlangt haben.⁸⁴

2.5.3. Positiver Verkehrswert

Im Anschluss an die E vom 11.11.1999⁸⁵ wurde das Erfordernis des positiven Verkehrswerts der übertragenden Gesellschaft in mehreren Judikaten behandelt. Dabei ist zu beachten, dass das österreichische Verschmelzungsrecht jedenfalls keinen positiven Verkehrswert verlangt. Ob es sich dabei um einen verallgemeinerungsfähigen Grundsatz des Verschmelzungsrechts handelt, musste das Höchstgericht bislang nicht beantworten.⁸⁶ Die Rsp hat jedoch klargestellt,

⁸⁰ ErwGr 5.

⁸¹ Zur Schlussbilanz hält der OGH ausdrücklich fest, dass die komplette und von einem Abschlussprüfer geprüfte Schlussbilanz vorzulegen ist (ErwGr 8).

⁸² ErwGr 7.

⁸³ ErwGr 9.

⁸⁴ ErwGr 9.

⁸⁵ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

⁸⁶ OGH 26.6.2003, 6 Ob 70/03t GesRZ 2003, 287.

dass für die Prüfung des Verkehrswertes jedenfalls nicht auf die Buch-, sondern auf die Verkehrswerte abzustellen ist.⁸⁷

In der E vom 11.11.1999⁸⁸ wurde im Rahmen einer **Down-Stream-Verschmelzung** klargestellt, dass die übertragende Gesellschaft unter Außerachtlassung des Beteiligungsansatzes an der übernehmenden Gesellschaft über einen positiven Verkehrswert verfügen muss. Dies erscheint va in Hinblick auf die übliche Praxis, Zielgesellschaften durch Zwischenschaltung einer weiteren Gesellschaft („SPV“)⁸⁹ zu erwerben, nachvollziehbar.⁹⁰ Problematisch sind solche Konstellationen, wenn – vereinfacht dargestellt – das SPV gegründet, mit Fremdkapital ausgestattet und nach dem Erwerb der Anteile an der Zielgesellschaft mit dieser down-stream verschmolzen wird. Nach dem Erwerb verfügt das SPV nämlich neben den neu erworbenen Anteilen an der Zielgesellschaft und den Verbindlichkeiten zur Finanzierung des Anteilskaufs idR über keine weiteren Vermögensbestandteile. Durch die anschließende (down-stream) Verschmelzung auf die Zielgesellschaft bewirkt man daher iE, dass der Zielgesellschaft die Verbindlichkeiten aus dem Anteilskauf aufgebürdet werden und sie dabei kein weiteres Vermögen erhält. Die Gesellschafter des SPV als übertragender Gesellschaft erhalten im Wege der Anteilsauskehr des § 224 Abs 3 AktG die Anteile an der Zielgesellschaft – Die Zielgesellschaft finanziert somit den Anteilskauf ihrer eigenen Anteile. Führt man sich dieses Ergebnis vor Augen, verstößt diese Vorgehensweise klar gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, weshalb der OGH dieser auch mit der vorzitierten E einen Riegel vorgeschoben hat. Die Ansicht des OGH, dass bei der Down-Stream-Verschmelzung ein positiver Verkehrswert der übertragenden Gesellschaft erforderlich ist, wurde in mehreren E des OGH wiederholt.⁹¹ Es ist daher davon auszugehen, dass in der Firmenbuchpraxis bei einer Down-Stream-Verschmelzung der positive Verkehrswert unter Außerachtlassung des Beteiligungsansatzes stets zu fordern ist, auch wenn mitunter vertreten wird, dass eine Down-Stream-Verschmelzung selbst bei Vorliegen eines negativen Verkehrswerts zulässig sein soll, wenn eine betriebliche Rechtfertigung vorliegt.⁹²

⁸⁷ OGH 25.11.2020, 6 Ob 203/20a AnwBl 2021/112.

⁸⁸ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

⁸⁹ Die Praxis nennt solche Zweckgesellschaften auch „Special Purpose Vehicle“ oder kurz „SPV“.

⁹⁰ Zu möglichen Gestaltungsvarianten vgl *Karollus*, Debt Push Down bei der Akquisitionsfinanzierung, Verbot der Einlagenrückgewähr und Finanzierungsverbot, *ecolex* 2022/566; *Brugger*, Ende des Special Purpose Vehicle (SPV) durch 6 Ob 48/12w? NZ 2013/92.

⁹¹ Vgl ua OGH 25.11.2020, 6 Ob 203/20a; 07.11.2007, 6 Ob 235/07p.

⁹² Vgl *Kalss*, Verschmelzung³ § 224 AktG Rz 78 mwN.

Im Rahmen einer E aus dem Jahr 1999⁹³ hatte sich der OGH mit den Größenklassen iZm der Offenlegung nach einer **Up-Stream-Verschmelzung** auseinanderzusetzen und hielt obiter unter Verweis auf die E⁹⁴ desselben Jahres fest, dass auch hier ein positiver Verkehrswert der übertragenden Gesellschaft zu prüfen ist. Auch in dieser E wird darauf hingewiesen, dass der Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft für die Ermittlung des positiven Verkehrswerts nicht berücksichtigt werden dürfe, was iZm einer Up-Stream-Verschmelzung jedoch keine Relevanz haben kann.⁹⁵ Zuletzt hatte der OGH zu beurteilen, ob eine Up-Stream-Verschmelzung zulässig ist, wenn die übertragenden Gesellschaften ein negatives Eigenkapital aufweisen.⁹⁶ Unter Zugrundelegung der Annahme, dass kein Grundsatz besteht, wonach eine Umgründung eine Verbesserung der Stellung der Gläubiger bewirken muss⁹⁷, erachtete das Höchstgericht die Verschmelzung trotz Vorliegens der negativen Buchwerte im konkreten Fall für zulässig und folgte damit der überwiegenden Ansicht in der Lit. Dies wurde damit begründet, dass (i) das negative Eigenkapital beider Tochtergesellschaften bei Weitem von nicht gebundenen Rücklagen und dem Bilanzgewinn der übernehmenden Muttergesellschaft abgedeckt war und (ii) die übernehmende Gesellschaft nach Durchführung der Verschmelzung nicht buchmäßig überschuldet war und auch kein Hinweis auf einen Insolvenztatbestand der §§ 66 f IO vorgelegen hat. Für die Up-Stream-Verschmelzung werden die dargelegten Kriterien verallgemeinerungsfähig sein.

Die Frage, ob auch im Rahmen der **Side-Stream-Verschmelzung** das Vorliegen eines positiven Verkehrswerts der übertragenden Gesellschaft erforderlich ist, wird von der hL und OLG-Rsp bejaht.⁹⁸ Der OGH ließ die Beantwortung dieser Frage bis dato ausdrücklich offen.⁹⁹ Das OLG Wien hielt unter Verweis auf seine Vorjudikatur fest, dass auch bei einer Side-Stream-Verschmelzung grds ein positiver Verkehrswert des Vermögens der übertragenden Gesellschaft erforderlich ist, jedoch „*besondere Umstände bzw begleitende Maßnahmen selbst bei einem*

⁹³ OGH 25.11.1999, 6 Ob 163/99k.

⁹⁴ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

⁹⁵ Zu Überlegungen, ob der Beteiligungsansatz dem Aktivtausch iZm Verschmelzungen vergleichbar ist, vgl *Jennwein*, Verschmelzung up und down ist nicht dasselbe, GesRZ 2014, 175; *Umlauf*, Das Verbot der Einlagenrückgewähr im Lichte der jüngsten OGH-Rechtsprechung, NZ 2014/36.

⁹⁶ OGH 25.11.2020, 6 Ob 203/20a.

⁹⁷ Vgl OGH 07.11.2007, 6Ob236/07k, 6Ob235/07p.

⁹⁸ OLG Wien 30.05.2007, 28 R 15/07t NZ 2007, U9; 15.11.2004, 28 R 111/04f NZ 2005/75; *Kalss*, Verschmelzung³ § 224 AktG Rz 106 mwN.

⁹⁹ OGH 26.06.2003, 6 Ob 70/03t GesRZ 2003, 287.

negativen Verkehrswert der übertragenden Gesellschaft die Verschmelzung zulässig [machen können]“¹⁰⁰. Exemplarisch nennt das OLG Wien hierfür jenen Fall, in dem die übernehmende Gesellschaft über einen ausschüttbaren Bilanzgewinn in der Höhe des negativen Wertes der übertragenden Gesellschaft verfügt und die Gesellschafter gem § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG in Übereinstimmung mit dem Gesellschaftsvertrag einen Beschluss fassen, dass diese Mittel nicht an die Gesellschafter ausgeschüttet werden, sondern in der übernehmenden Gesellschaft zur Abdeckung der Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft verbleiben.

2.5.4. Kapitalherabsetzender Effekt

Der OGH prägte, wie bereits erwähnt, in der grundlegenden E vom 11.11.1999¹⁰¹ den Begriff des kapitalherabsetzenden Effekts und etablierte damit einen über das gesetzliche Instrumentarium hinausgehenden Gläubigerschutz zugunsten der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft.

Die **Terminologie** ist in Rsp und Lit nicht einheitlich. So wird zumeist vom kapitalherabsetzenden oder kapitalentsperrenden Effekt (auch als Kapitalentsperrung bezeichnet) gesprochen.¹⁰² Die Begrifflichkeiten sind dabei keineswegs synonym zu verstehen.

Der **OGH** vergleicht offensichtlich lediglich die Stammkapitalien der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften und spricht bei Vorliegen eines geringeren Stammkapitals aufseiten der übernehmenden Gesellschaft von einem kapitalherabsetzenden Effekt.

In der **Lit** werden mitunter neben dem Stammkapital auch gebundene Rücklagen in den Vergleich miteinbezogen, da auch der Wegfall einer Rücklage, die bei der übertragenden Gesellschaft gebunden war, bei der übernehmenden Gesellschaft frei ausschüttbares Kapital darstellt.¹⁰³ Werden daher bei der übertragenden Gesellschaft und der übernehmenden Gesellschaft sowohl Stammkapital als auch gebundene Rücklagen verglichen und würde im Rahmen der Verschmelzung gebundenes Kapital zur Ausschüttung an die Gesellschafter frei werden, so

¹⁰⁰ OLG Wien 30.05.2007, 28 R 15/07t NZ 2007, U9; s auch OLG Wien 15.11.2004, 28 R 111/04f NZ 2005/75.

¹⁰¹ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

¹⁰² Vgl auch *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, VII. C. 4. Rz 40 ff mwN.

¹⁰³ Vgl *Kalss*, Verschmelzung³ § 224 AktG Rz 46 f mwN.

wird diese Folge von der hM auch als Kapitalentsperrung oder kapitalentsperrender Effekt bezeichnet.¹⁰⁴ Mitunter wird dem OGH auch unterstellt, dass er bei der Definition des kapitalherabsetzenden Effekts in der E vom 11.11.1999¹⁰⁵ bereits auf das gebundene Kapital – somit auf das Stammkapital und die gebundenen Rücklagen – abstellt.¹⁰⁶ Betrachtet man den vorgeschlagenen Gesetzestext der RV zum GesRÄG 2007¹⁰⁷, mit dem ein Anlauf unternommen wurde, in einem – schlussendlich nicht beschlossenen – neuen § 224a AktG die Rsp zum kapitalherabsetzenden Effekt festzuschreiben, fällt auf, dass in dieser Bestimmung der als solcher bezeichnete kapitalherabsetzende Effekt durch den Vergleich der Summen des Grundkapitals und der gebundenen Rücklagen jeweils der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft definiert wurde und somit auf den kapitalentsperrenden Effekt iSd Lit abgestellt wurde. Eine ähnliche Bestimmung fand sich bis zu deren Außerkrafttreten am 31.07.2023 auch in § 13 EU-VerschG. Mitunter wurde zu § 13 EU-VerschG vertreten, dass dessen Wertungen, wonach die gebundenen Rücklagen in die Prüfung des kapitalherabsetzenden Effekts miteinzubeziehen sind, analog auf rein nationale Verschmelzungen anzuwenden seien.¹⁰⁸

Die **Firmenbuchpraxis** prüft nach der Wahrnehmung des Verfassers dieser Arbeit den kapitalherabsetzenden Effekt, ebenso wie die überwiegende Lit, durch den Vergleich der Stammkapitalien und der gebundenen Rücklagen der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften.¹⁰⁹

Für Zwecke dieser Arbeit wird weiterhin iSd oberstgerichtlichen Terminologie vom kapitalherabsetzenden Effekt gesprochen, wobei darunter verstanden wird, dass nicht nur die Stammkapitalien der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften verglichen, sondern auch die gebundenen Rücklagen in den Vergleich miteinbezogen werden.

¹⁰⁴ Vgl zum Begriffsverständnis *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, VII. C. 4. Rz 40 ff; *Kalss*, Verschmelzung³ § 224 AktG Rz 46 f.

¹⁰⁵ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

¹⁰⁶ *G. Nowotny*, Verschmelzungen nach der "Down-Stream-Merger-E" (Teil I), *ecolex* 2000, 722 mwN.

¹⁰⁷ RV 171 BlgNR 23. GP 9.

¹⁰⁸ *Kalss* in *Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Ch. Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer* (Hrsg), Sonderbilanzen bei Umgründungen (2008) 102; idS offensichtlich auch *Eckert/Schopper* in *U. Torggler, GmbHG – Kurzkomentar* § 101 Rz 26 (Stand 01.08.2014, rdb.at); *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, VII. C. 4. Rz 50 (FN 146).

¹⁰⁹ IdS *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, VII. C. 4. Rz 44; *Stingl*, Gesamtrechtsnachfolge im Gesellschaftsrecht (2016) 65; offensichtlich auch *Schörghofer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 224 Rz 18.

Ein kapitalherabsetzender Effekt tritt va dann ein, wenn entweder auf eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft gem § 224 AktG verzichtet werden kann oder wenn eine durchgeführte Kapitalerhöhung nicht das Ausmaß des kapitalherabsetzenden Effekts erreicht.¹¹⁰ Würde man keine Ausgleichsmaßnahmen zur Vermeidung desselben verlangen, könnte das somit „entsperrte“ Kapital an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. § 235 UGB, der Ausschüttungssperren im Rahmen von Umgründungen unter Zugrundelegung des beizulegenden Werts vorsieht, kommt auf dieses frei gewordene Kapital nach hM nicht zur Anwendung.¹¹¹ Auch verstieße eine solche Ausschüttung nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, da es sich bei dem frei gewordenen Kapital bei der übernehmenden Gesellschaft um Bilanzgewinn handeln würde, der nach § 82 Abs 1 GmbHG bzw § 52 AktG an die Gesellschafter ausgeschüttet werden kann.¹¹² Den Gläubigern stünde nur der Sicherstellungsanspruch nach § 226 AktG zur Verfügung.¹¹³

Folglich verlangt die Firmenbuchpraxis in Entsprechung der Rsp des OGH die Setzung von **Ausgleichsmaßnahmen** zur Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts. Dadurch wird vermieden, dass durch die Verschmelzung Kapital frei wird, welches an die Gesellschafter ausgeschüttet werden kann und somit dem Zugriff der Gläubiger entzogen wird. Der **OGH** nennt insb die Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft, die Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft sowie die Bildung einer gebundenen Rücklage als mögliche Ausgleichsmaßnahmen.¹¹⁴ Darüber hinaus anerkennt die Firmenbuchpraxis den Nachweis der mangelnden Gläubigergefährdung.¹¹⁵

In der **Lit** werden darüber hinaus weitere Ausgleichsmaßnahmen als zulässig angesehen: Zunächst wurde vorgeschlagen, eine Sicherheitsleistung in sinngemäßer Anwendung des (nicht mehr in Geltung stehenden) § 13 EU-VerschG vorzunehmen¹¹⁶; Weiters sei es zulässig, dass sich die Parteien des Verschmelzungsvertrages (dh die Geschäftsführer und/oder Vorstände der

¹¹⁰ Ch. Nowotny in Bertl et al, Sonderbilanzen bei Umgründungen 79.

¹¹¹ Vgl Vanas in Zib/Dellinger (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch: Großkommentar III/2 § 235 UGB Rz 35 mwN (Stand September 2015, lexisnexus.at).

¹¹² Kals, Verschmelzung³ § 224 AktG Rz 47; vgl auch OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b (arg: „Eine solche Ausschüttung verstieße dann nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr.“ [ErwGr 9]).

¹¹³ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b (ErwGr 9).

¹¹⁴ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

¹¹⁵ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b; vgl auch Kals, Verschmelzung³ § 224 AktG Rz 65.

¹¹⁶ Szep in Artmann/Karollus, AktG III⁶ § 224 Rz 13 mwN.

verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften) und die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft dazu verpflichten, den Betrag, in dem der kapitalherabsetzende Effekt eintritt, innerhalb der 6-Monatsfrist des § 226 AktG für die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger bereitzuhalten und daher nicht an die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft auszuschütten¹¹⁷; Außerdem könne der Nachweis erbracht werden, dass sämtliche Gläubiger der Verschmelzung zustimmen und damit eine Gläubigergefährdung nicht zu befürchten ist¹¹⁸; Schließlich schlägt *G. Nowotny*¹¹⁹ eine Klausel im Verschmelzungsvertrag vor, in der iW die Gläubiger über ihren Sicherstellungsanspruch informiert, eine Ausschüttungssperre in Höhe der Differenz der Stammkapitalien vereinbart und die Bildung einer freiwilligen gebundenen Rücklage bei der übernehmenden Gesellschaft in Höhe der gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft etabliert werden. Demnach kämen den Gläubigern die Rechte aus dem Verschmelzungsvertrag als echtem Vertrag zugunsten Dritter zu.

Mit der von der oberstgerichtlichen Rechtsprechung angesprochenen freiwillig gebundenen Rücklage als Maßnahme zur Verhinderung des Eintritts des kapitalherabsetzenden Effekts setzt sich das nachfolgende Kapitel auseinander.

¹¹⁷ *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, VII C. 4. Rz 57; *Schörghofer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 224 Rz 20; *Kalss*, Verschmelzung³ § 224 AktG Rz 13, je mwN.

¹¹⁸ *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III⁶ § 224 Rz 13 mwN.

¹¹⁹ *G. Nowotny*, Verschmelzungen nach der "Down-Stream-Merger-E" (Teil II), *ecolex* 2000, 800.

3. Die gebundene Rücklage

3.1. Allgemeines

Wie bereits mehrfach erwähnt, besteht nach der Rsp und in der Firmenbuchpraxis die Möglichkeit, den kapitalherabsetzenden Effekt durch Bildung einer freiwillig gebundenen Rücklage zu vermeiden. Wörtlich nennt der OGH „*eine aus einer Eröffnungsbilanz der übernehmenden Gesellschaft (zur Aufstellung einer solchen ist diese allerdings gesetzlich nicht verpflichtet) hervorgehende Bilanzierung der übernommenen Aktiva als gebundene Rücklagen zur Gläubigerbefriedigung*“¹²⁰ als alternative Ausgleichsmaßnahme zum Zweck des Gläubigerschutzes. Soweit ersichtlich, sprach das Höchstgericht in keiner weiteren Entscheidung über diese Möglichkeit ab, weshalb es Lit und Praxis überantwortet wird, die offenen Fragen und Problemstellungen idZ aufzuarbeiten.

In **Reaktion** auf die vorzitierte E des OGH bezweifelten *Damböck/Hecht* die Zweckmäßigkeit und Durchführbarkeit der freiwillig gebundenen Rücklage als Gegenmaßnahme zur Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts, insb da eine solche relativ leicht auflösbar sei.¹²¹ Nach *Reich-Rohrwig* sei der kapitalherabsetzende Effekt dadurch auszugleichen, dass die bisher gebundenen und durch die Verschmelzung freiwerdenden Eigenkapitalbeträge in analoger Anwendung des § 229 Abs 2 Z 4 UGB (vereinfachte Kapitalherabsetzung) unabhängig von den Größenklassen in eine gebundene Kapitalrücklage einzustellen sind.¹²² *Fellner* befand, dass für eine freiwillig gebundene Kapitalrücklage nach § 229 HGB kein Raum bestehe und daher lediglich eine auf Gesellschafterbeschluss beruhende Rücklage gebildet werden könne, deren einfache Auflösung am Grundsatz der Bilanzkontinuität scheitern würde.¹²³

Tatsächlich fällt bei Lektüre der einschlägigen **Gesetzesbestimmungen** auf, dass die freiwillige Bildung einer gebundenen Rücklage per se nicht vorgesehen ist. Nach § 229 UGB, der zentralen Bestimmung iZm gebundenen Rücklagen, sind gebundene Rücklagen von AGs und großen

¹²⁰ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b (ErwGr 9).

¹²¹ *Damböck/Hecht*, OGH: Allgemeine Kapitalerhaltungsgrundsätze gelten bei Verschmelzung! RdW 2000/1; zust *Ludwig/Hirschler*, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen³ (2018) Rz 2.12 (FN 203); ebenso krit *Kohlhauser*, Gläubigerschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung europarechtskonform? RdW 2008/403.

¹²² *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 255 ff (261).

¹²³ *Fellner*, Vermögensbindung bei der Verschmelzung, NZ 2000, 225.

GmbHs iSd § 221 UGB zu bilden. Gebundene Rücklagen werden dabei in gebundene Kapitalrücklagen und gesetzliche Rücklagen unterteilt. Als **gebundene Kapitalrücklage** sind gem § 229 Abs 2 UGB das Agio bei der ersten oder späteren Ausgabe von Anteilen, der Betrag, der bei der Ausgabe von Schuldverschreibungen für Wandlungs- und Optionsrechte zum Erwerb von Anteilen erzielt wird, Zuzahlungen von Gesellschaftern zum Erwerb eines Vorzugs für dessen Anteile sowie jene Beträge, die bei der Kapitalherabsetzung nach §§ 185, 192 Abs 5 AktG und § 59 GmbHG zu binden sind, auszuweisen.¹²⁴ Für die **gesetzliche Rücklage** des § 229 Abs 6 UGB ist ein Betrag in eine **Gewinnrücklage**¹²⁵ einzustellen, der mindestens dem zwanzigsten Teil des um einen allfälligen Verlustvortrag geminderten Jahresüberschusses entspricht, bis die gebundenen Rücklagen insgesamt 10% des Stammkapitals oder einen in der Satzung bestimmten höheren Teil des Stammkapitals erreicht. Gesellschaftsvertraglich kann daher eine höhere Quote als 10% vereinbart werden. Gemein ist der gebundenen Kapital- als auch der Gewinnrücklage, dass deren Bildung für **große GmbHs** und **AGs** zwingend vorgesehen ist.¹²⁶ Außerdem bewirken beide Rücklagen eine verstärkte Kapitalbindung, da sie gem § 229 Abs 7 UGB nur zum Ausgleich eines ansonsten auszuweisenden Bilanzverlustes aufgelöst werden können.

Es fällt auf, dass keiner der genannten Tatbestände des § 229 UGB, weder die gebundene Kapitalrücklage noch die gesetzliche Rücklage, den hier interessierenden Fall erfasst, dass Gesellschafter zum Zweck des Gläubigerschutzes freiwillig die Bildung einer gebundenen Rücklage beschließen. Insb drängt sich die Frage auf, wie – würde man eine freiwillig gebundene Rücklage nach Maßgabe dieser Bestimmung zulassen – bei einer GmbH, die gerade nicht groß iSd § 221 UGB ist und für die gebundene Rücklagen daher nicht vorgesehen sind, die Bindungswirkung einer gebundenen Rücklage zum Schutz der Gläubiger erreicht werden könnte. Dass mitunter vertreten wird, dass auch kleine und mittelgroße GmbHs gebundene Rücklagen unter bestimmten Voraussetzungen ausweisen können, schafft idZ wenig Abhilfe.¹²⁷

¹²⁴ Hofians/Ressler in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG³ § 229 Rz 13 ff (Stand 1.12.2018, rdb.at).

¹²⁵ Vgl Chalupsky/Duursma/Ecker in Bertl/Mandl, Rechnungslegungsgesetz § 229 UGB Rz 107.

¹²⁶ Hofians/Ressler in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG³ § 229 Rz 31.

¹²⁷ Vgl Bachner, Verluste, Rücklagen und Ausweisvorschriften im Zusammenhang mit der vereinfachten Kapitalherabsetzung nach dem IRÄG 1997, RWZ 2000/46; Bergmann in Fraberger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Ludwig/Mayr (Hrsg), Handbuch Sonderbilanzen I, Kap 4.1.1.2. mwN (Stand November 2010, lexisnexis.at); aA Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 59 Rz 5; ebenso abl OLG Wien, 18.04.2016, 28 R 318/15p (veröffentlicht in Birnbauer/Saria, Gesellschaftsrechtliche Entscheidungen der Firmenbuchgerichte [Stand Oktober 2017, lexisnexis.at]).

3.2. Die freiwillige Bildung einer gebundenen Rücklage

3.2.1. Allgemeines

Da die Identifizierung des kapitalherabsetzenden Effekts und die Versuche, diesen im Rahmen von Verschmelzungen zu vermeiden, erst als Folge der oberstgerichtlichen Rsp virulent wurden, besteht de lege lata keine darauf zugeschnittene Norm, insb wird die freiwillige Bildung einer gebundenen Rücklage nach § 229 UGB, wie zuvor dargestellt, ausscheiden. Der bereits erwähnte § 224a AktG hätte die Schaffung einer gebundenen Rücklage zur Vermeidung des Eintritts des kapitalherabsetzenden Effekts vorgesehen. Da die Bestimmung bekanntermaßen jedoch nicht Gesetzesrang erlangte, gilt es zu untersuchen, wie die in der Praxis geläufige Bildung einer gebundenen Rücklage begründet werden kann.

Im vorstehenden Unterkapitel wurde das Konzept des § 229 UGB zu gebundenen Rücklagen, insb deren Unterscheidung in Kapital- und Gewinnrücklagen, dargestellt. Dabei ist zu beachten, dass Kapitalrücklagen iSd § 229 Abs 2 UGB – zB ein Agio oder ein Gesellschafterzuschuss – auf einem Vermögenszufluss an die Gesellschaft basieren und daher auch als Außenfinanzierung bezeichnet werden, wohingegen die Gewinnrücklage aus durch die Gesellschaft selbst erwirtschafteten Gewinnen gebildet wird und daher eine Form **Innenfinanzierung** darstellt.¹²⁸ Führt man sich diese Wertung vor Augen, so wäre die hier interessierende Rücklage zur Vermeidung des Eintritts des kapitalherabsetzenden Effekts jedenfalls nicht als Kapital-, sondern als **Gewinnrücklage** zu qualifizieren. Es liegt nämlich kein Zuschuss von dritter Seite zur Stärkung des Eigenkapitals der Gesellschaft vor. Vielmehr ist die Umwandlung eines ansonsten auszuweisenden Bilanzgewinns¹²⁹ in eine gebundene Rücklage beabsichtigt, um den (potenziellen) Vermögensabfluss an die Gesellschafter im Ausmaß des kapitalherabsetzenden Effekts zu vermeiden. Dass ohne die Setzung von Ausgleichsmaßnahmen die Differenz der Stammkapitalien nach der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft als Bilanzgewinn auszuweisen wäre und dessen Ausschüttung nicht dem Verbot der Einlagenrückgewähr widersprechen würde, ergibt sich bereits aus der E vom 11.11.1999, wenn diese davon spricht, dass „gebundenes Kapital in freies verwandelt und in der Folge an die Gesellschafter ausgeschüttet werden kann“¹³⁰. Dies gilt ebenso für die gebundenen Rücklagen, die nach der hA,

¹²⁸ Vgl Hofians/Ressler in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG³ § 229 Rz 3 mwN.

¹²⁹ Vgl Baumann, Fusionsgewinne und -verluste – Zur Frage der bilanziellen Behandlung von Verschmelzungsgewinnen, SWK 1994/25, 031.

¹³⁰ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b (ErwGr 9).

wie in dieser Arbeit bereits erläutert wurde, in die Beurteilung des kapitalherabsetzenden Effekts miteinzubeziehen sind.

Folglich überzeugen auch jene Ansichten nicht, die eine **analoge Anwendung von § 229 Abs 2 Z 4 UGB** befürworten¹³¹, da es sich dabei um eine Kapitalrücklage handelt, die eben keine Form der Innenfinanzierung darstellt. Außerdem bleibt bei diesem Lösungsvorschlag fraglich, wie die gesetzlich fehlende Bindungswirkung der Rücklage bei GmbHs ermöglicht werden kann, die nicht groß iSd § 221 UGB sind, wenn man nicht auch hierfür die Analogie bedienen möchte.¹³² Wenn der OGH mit der Identifizierung des kapitalherabsetzenden Effekts zugleich Alternativmaßnahmen zur Vermeidung desselben vorstellt¹³³, so wird davon auszugehen sein, dass die gebundene Rücklage eine von mehreren Ausgleichsmaßnahmen darstellt und es dem Rechtsanwender daher freisteht, eine der zulässigen Ausgleichsmaßnahmen zu wählen. Folglich müsste die in der Lit vorgeschlagene Analogie – würde man ihr folgen – mE dahingehend eingeschränkt werden, dass diese nur dann greift, wenn keine oder keine ausreichenden anderweitigen Ausgleichsmaßnahmen zur Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts, insb keine (ausreichende) Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft, gesetzt werden würden. Andernfalls würde man in konsequenter Anwendung der Analogie dem Rechtsanwender die Möglichkeit nehmen, zwischen den möglichen Ausgleichsmaßnahmen zu wählen. Schließlich wird, soweit ersichtlich, kein Vorschlag angeboten, wie die in der Praxis übliche Befristung bewerkstelligt werden kann. Wenn daher die der propagierten Analogie zugrunde liegende Bestimmung des § 229 UGB eine Befristung nicht kennt, würde die Analogie spätestens hier an ihre Grenzen stoßen.

3.2.2. Die satzungsmäßige Rücklage

Dass Gesellschafter im Wege einer Satzungsbestimmung eine Rücklage etablieren können, ergibt sich bereits aus § 82 Abs 1 GmbHG bzw § 52 AktG.¹³⁴ Das UGB sieht im Rahmen der Gliederung der Bilanz in dessen § 224 Abs 3 auf der Passivseite unter A. Eigenkapital, III. Gewinnrücklagen, Z 2, den Ausweis von sog **satzungsmäßigen Rücklagen** vor. Mangels Legaldefinition kann zur Ergründung des Anwendungsbereichs dieses Bilanzpostens auf die einschlägige Lit zurückgegriffen werden. Diese versteht hierunter Gewinnrücklagen, die auf

¹³¹ Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 255 ff (261); Kalss, Verschmelzung³ § 224 AktG Rz 63.

¹³² So Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 255 ff (261).

¹³³ Vgl OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

¹³⁴ Chalupsky/Duursma/Ecker in Bertl/Mandl, Rechnungslegungsgesetz § 229 UGB Rz 119.

einer Satzungsbestimmung beruhen und nicht eine allfällige Erhöhung der gesetzlichen Rücklage des § 229 Abs 6 UGB betreffen.¹³⁵ Mitunter wird die Definition um den zwingenden Charakter der Satzungsbestimmung ergänzt, wonach die satzungsmäßige Rücklage eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag voraussetzt, nach der die Rücklage zwingend zu bilden ist.¹³⁶ Eine Zweckwidmung ist für die satzungsmäßige Rücklage nicht erforderlich, aber möglich.¹³⁷ Dass eine satzungsmäßige Rücklage als (befristete) Gewinnrücklage auch als Vehikel der Kapitalbindung iZm Umgründungen eingesetzt werden kann, wird auch von der bilanzrechtlichen Lit anerkannt.¹³⁸ Von satzungsmäßigen Rücklagen zu unterscheiden und als „andere Rücklagen“ bezeichnet sind solche Rücklagen, die aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Ermächtigung von der Geschäftsführung gebildet werden.¹³⁹

Es kann somit als Zwischenergebnis für den hier interessierenden Fall festgehalten werden, dass im Wege einer **Satzungsbestimmung** vorgesehen werden kann, dass eine Gewinnrücklage im Betrag des kapitalherabsetzenden Effekts als satzungsmäßige Rücklage zu bilden ist. Wenn daher – mitunter ohne Bezugnahme auf die satzungsmäßige Rücklage – vertreten wird, dass für die Rücklagenbildung zur Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts ein Gesellschafterbeschluss ausreichend sei¹⁴⁰ und dies so zu verstehen ist, dass damit lediglich ein Umlaufbeschluss gem § 34 GmbHG gemeint ist, so ist diese Meinung entsprechend den vorstehenden Ausführungen jedenfalls abzulehnen, da gerade eine Bestimmung im

¹³⁵ Vgl ua *Hirschler/Sulz/Schaffer* in *Hirschler* (Hrsg), Bilanzrecht I² (2019) § 224 UGB Kommentierung UGB Rz 72 (dabei wird explizit auf die Kapitalbindung iZm Umgründungen hingewiesen); *Bergmann* in *U. Torggler*, Unternehmensgesetzbuch Kommentar³ § 229 Rz 23 (Stand 01.01.2019, rdb.at); *Hofians/Ressler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § 229 Rz 35; *Chalupsky/Duursma/Ecker* in *Bertl/Mandl*, Rechnungslegungsgesetz § 229 UGB Rz 120.

¹³⁶ *Bertl/Deutsch-Goldoni/Hirschler*, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch¹² 294 (Stand Juli 2022, lexisnexis.at).

¹³⁷ *Hofians/Ressler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § 229 Rz 35; zur Zweckwidmung iZm einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (Kapitalberichtigung) vgl *Blumauer/Jernej* in *Gratzl/Hausmaninger/Justich* (Hrsg), Aktiengesellschaft² Kap 12 Rz 333 (Stand Oktober 2016, lexisnexis.at).

¹³⁸ *Hirschler/Sulz/Schaffer* in *Hirschler*, Bilanzrecht I² § 224 UGB Kommentierung UGB Rz 72.

¹³⁹ *Hofians/Ressler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § 229 Rz 35; *G. Sopp/Grünberger* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch: Großkommentar III/1 § 224 UGB Rz 192 (Stand April 2013, lexisnexis.at).

¹⁴⁰ Vgl *Grünwald/Ch. Nowotny* in *Wiesner/Hirschler/Mayr* (Hrsg), Handbuch der Umgründungen D/II zu Art I UmgrStG Rz 119 mwN (Stand Juni 2018, lexisnexis.at); vgl auch *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, VII. C. 4. Rz 57; *Fellner*, Vermögensbindung bei der Verschmelzung, NZ 2000, 225.

Gesellschaftsvertrag erforderlich ist.¹⁴¹ Selbst wenn die Form des notariellen Protokolls, die bekanntermaßen für die Änderung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH erforderlich ist¹⁴², für die Beschlussfassung über die Rücklagenbildung eingehalten werden würde und man gegebenenfalls über die an dieser Stelle nicht zu vertiefende „Satzungsdurchbrechung“¹⁴³ eine Bindungswirkung erreichen könnte, so wird mE dennoch eine aus dem Firmenbuch ersichtliche Satzungsbestimmung zu fordern sein. Durch die Einsicht in die Urkundensammlung des Firmenbuchs können Gläubiger auf die Satzungsbestimmung vertrauen. Jene Ansichten, wonach die Festlegung der gebundenen Rücklagen im Verschmelzungsvertrag und deren Erläuterung im Verschmelzungsbericht ausreichend sei¹⁴⁴, sind mangels zugrundeliegender Satzungsbestimmung ebenso abzulehnen.

Für die **Beschlussfassung** zur Etablierung einer satzungsmäßigen Rücklage werden die allgemeinen Bestimmungen über die Abänderung des Gesellschaftsvertrages zur Anwendung gelangen. Daher wird ein Beschluss in der Form eines notariellen Protokolls (§ 49 Abs 1 GmbHG)¹⁴⁵ zu fassen sein. Der Beschluss wird mangels abweichender Satzungsbestimmungen der Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen bedürfen. Eine Erhöhung des Zustimmungsquorums ist zulässig, eine Herabsetzung jedoch nicht.¹⁴⁶ Dies entspricht im Übrigen auch dem Zustimmungsquorum beim Beschluss über die Verschmelzung (vgl § 98 GmbHG).¹⁴⁷ Die besonderen Zustimmungserfordernisse des Verschmelzungsrecht (§ 99 GmbHG) werden idZ jedoch nicht anzuwenden sein, da durch die Beschlussfassung zur Etablierung von satzungsmäßigen Rücklagen mE in keine durch § 99 GmbHG geschützten Rechtspositionen¹⁴⁸ eingegriffen wird.

¹⁴¹ Ausdrücklich aA, ohne auf die satzungsmäßige Rücklage einzugehen, *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, VII. C. 4. Rz 57.

¹⁴² Vgl *Rauter/Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 49 Rz 102 mwN.

¹⁴³ Überblick zur „Satzungsdurchbrechung“ bei *Rauter/Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 49 Rz 56 ff.

¹⁴⁴ *Kalss*, Verschmelzung³ § 224 AktG Rz 63 unter Verweis auf die Firmenbuchpraxis; *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, VII C. 4. Rz 57.

¹⁴⁵ Vgl *Rauter/Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 49 Rz 102 mwN.

¹⁴⁶ *Michael Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 9.12.

¹⁴⁷ Vgl *Kalss*, Verschmelzung³ § 98 GmbHG Rz 12.

¹⁴⁸ Vgl hierzu *Kalss*, Verschmelzung³ § 99 GmbHG Rz 3 ff.

Da sich Bildung und Auflösung der satzungsmäßigen Rücklage nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages richten¹⁴⁹, kann die Satzungsbestimmung insb auch die in der Praxis übliche **Befristung** der satzungsmäßigen Rücklage vorsehen.¹⁵⁰ Hinsichtlich der Befristung der Rücklage wird – ohne auf die Frage einzugehen, ob es sich hiebei um eine satzungsmäßige Rücklage handelt – unter Verweis auf §§ 178, 226 AktG vertreten, dass eine Frist von 6 Monaten ab Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch ausreichend sei, wobei von den Firmenbuchgerichten mitunter verlangt werde, dass die freiwillig gebundene Rücklage noch in dem auf die Verschmelzung folgenden Jahresabschluss ersichtlich sei.¹⁵¹ Es deckt sich auch mit den Wahrnehmungen des Verfassers, dass Firmenbuchgerichte gebundene Rücklagen mit einer Befristung von unter einem Jahr idR als nicht ausreichend erachten.

Der Mehrwert der Befristung wird bisweilen in der scheinbar leichteren Auflösbarkeit gesehen, da gebundene Rücklagen iSd § 229 UGB nur zum Ausgleich eines ansonsten auszuweisenden Bilanzverlusts aufgelöst werden können (vgl Abs 7 leg cit). Abgesehen davon besteht die Möglichkeit, eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (Kapitalberichtigung) nach Maßgabe des Kapitalberichtigungsgesetzes (KapBG) durchzuführen und hiebei auch tw¹⁵² gebundene Rücklagen in Stammkapital umzuwandeln. Würde man anschließend eine effektive Kapitalherabsetzung durchführen, so würde man iE eine (tw) Auflösung gebundener Rücklagen erreichen. Dieser „Umweg“ ist aber zur Auflösung von satzungsmäßigen Rücklagen, die iZm einem Verschmelzungsvorgang etabliert wurden, gerade nicht erforderlich, da sich deren Begründung und Auflösung, wie bereits mehrfach erwähnt, nach der Satzungsbestimmung richten. Wie im Nachfolgenden zu zeigen sein wird, hat die Vereinbarung einer Befristung jedoch weiterhin ihre Berechtigung.

¹⁴⁹ Egger/Bertl/Hirschler, Der Jahresabschluss nach dem Unternehmensgesetzbuch I¹⁸ Kap 5.1.4.2.2 (Stand August 2022, lindedigital.at).

¹⁵⁰ Vgl auch Hirschler/Sulz/Schaffer in Hirschler, Bilanzrecht I² § 224 UGB Kommentierung UGB Rz 72.

¹⁵¹ Vgl Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung, VII. C. 4. Rz 57 (FN 158); zust Schörghofer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 224 Rz 20.

¹⁵² Die gebundenen Rücklagen können nur umgewandelt werden, soweit sie den zehnten oder den in der Satzung bestimmten höheren Teil des Grundkapitals nach der Umwandlung übersteigen (§ 2 Abs 3 KapBG).

3.3. Die Eignung zum Gläubigerschutz iZm einer Verschmelzung

3.3.1. Allgemeines – Problemaufriss

Im Rahmen dieser Arbeit wurde nunmehr versucht, die in der Praxis übliche gebundene Rücklage zur Vermeidung des Eintritts des kapitalherabsetzenden Effekts methodisch zu begründen und auch die Spielart der gebundenen Rücklage, die eine Befristung vorsieht, auf eine rechtliche Grundlage zu stellen. Die Begründung der Zulässigkeit scheint in der satzungsmäßigen Rücklage bei der übernehmenden Gesellschaft gefunden worden zu sein, nach der die Satzungsbestimmung die Rücklage etabliert, aber auch deren Auflösung, insb durch die Verankerung einer Befristung, vorzeichnet. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass die gebundene Rücklage idZ stets das Ziel verfolgen muss, die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft durch die Vermeidung eines Vermögensabflusses an die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft zu schützen. Die satzungsmäßige Rücklage muss sich daher der Frage stellen, ob sie geeignet ist, dieses Ziel auch zu erreichen.

Wenn die **Lit** in der Bildung einer satzungsmäßig gebundenen Rücklage zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr undifferenziert eine geeignete Maßnahme zum Schutz der Gläubiger erblickt¹⁵³, so bezieht sie sich hiebei offensichtlich nicht auf die Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts bei der Verschmelzung, da die Ausschüttung eines Verschmelzungsgewinns – würde man keine Ausgleichsmaßnahmen setzen – nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen würde.¹⁵⁴ Die Frage, ob die satzungsmäßige Rücklage eine geeignete Maßnahme zum Gläubigerschutz iZm dem kapitalherabsetzenden Effekt darstellt, bedarf mE vielmehr einer differenzierten Betrachtung.

Primär gilt es mE, die konkrete **Ausgestaltung der Satzungsbestimmung** zu untersuchen, da sich nach dieser, wie bereits ausgeführt, Bildung und Auflösbarkeit der satzungsmäßigen Rücklage richten.¹⁵⁵ Zum Gläubigerschutz ist eine Bindung des Kapitals mit einer der gebundenen Rücklage des § 229 UGB vergleichbaren Wirkung beabsichtigt, weshalb es sich empfiehlt, die Satzungsbestimmung in Anlehnung an diese Bestimmung zu gestalten. Ob eine konkret gewählte Klausel zur Kapitalbindung geeignet ist, wird im Sinne einer Einzelfallbeurteilung von den Firmenbuchgerichten zu entscheiden sein. Dabei wird va auch auf die Auflösbarkeit und

¹⁵³ *Chalupsky/Duursma/Ecker in Bertl/Mandl*, Rechnungslegungsgesetz § 229 UGB Rz 131.

¹⁵⁴ Vgl OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b (ErwGr 9).

¹⁵⁵ *Egger/Bertl/Hirschler*, Jahresabschluss UGB I¹⁸ Kap 5.1.4.2.2.

eine allfällige Befristung der Rücklage zu achten sein. Unabhängig davon ist jedoch davon auszugehen, dass selbst eine satzungsmäßige Rücklage, die eine umfangreiche Kapitalbindung zum Schutz der Gläubiger ermöglicht, stets eine geringere Bestandskraft genießt als eine von Gesetzes wegen gebundene Rücklage. So ist eine satzungsmäßige Rücklage, unabhängig von der Ausgestaltung der Satzungsbestimmung, jedenfalls vor einer gebundenen Rücklage nach § 229 UGB aufzulösen, wenn dies zur Deckung eines ansonsten auszuweisenden Bilanzverlustes erforderlich ist.¹⁵⁶ Eine den gebundenen Rücklagen iSd § 229 UGB gleichwertige Bindung wird daher durch eine satzungsmäßige Rücklage nie erreicht werden können. Dies schadet nicht ihrer Eignung als Maßnahme zum Gläubigerschutz, insb wenn die Auflösung der satzungsmäßigen Rücklage, wie zuvor beschrieben, als ultima ratio vor den gebundenen Rücklagen nach § 229 UGB erfolgt.

Ohne den Anspruch auf Richtigkeit und Vollständigkeit zu erheben, könnte eine Satzungsbestimmung zur Etablierung einer satzungsmäßigen Rücklage iZm einer Verschmelzung mit kapitalherabsetzendem Effekt etwa wie folgt lauten:

*„§ ***: Verschmelzungsbedingte satzungsmäßige Rücklage:*

*Im Zuge des Verschmelzungsvorgangs, mit dem das Vermögen der im Firmenbuch zu FN *** eingetragenen A GmbH als übertragender Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die im Firmenbuch zu FN *** eingetragene B GmbH als übernehmende Gesellschaft rückwirkend zum *** unter Inanspruchnahme der umgründungssteuerrechtlichen Begünstigungen des Art I UmgrStG übertragen wird, bildet die B GmbH zur Vermeidung eines durch die Verschmelzung eintretenden kapitalherabsetzenden Effekts eine gebundene Rücklage (Gewinnrücklage) im Betrag von € ***, die aus der dem Verschmelzungsvertrag angeschlossenen fiktiven Eröffnungsbilanz zum *** ersichtlich ist. Diese Rücklage darf in sinngemäßer Anwendung des § 229 Abs 7 UGB nur zum Ausgleich eines ansonsten auszuweisenden Bilanzverlustes aufgelöst werden. Im Verhältnis zu allfälligen gebundenen Rücklagen im Sinne des § 229 UGB (gebundene Kapitalrücklage und gesetzliche Rücklage) ist zum Ausgleich eines ansonsten auszuweisenden Bilanzverlustes prioritär die nach diesem Vertragspunkt etablierte satzungsmäßige Rücklage aufzulösen.“*

¹⁵⁶ Haeseler/Szauter, Jahresabschluss XII. 3.3. Satzungsmäßige Rücklagen; vgl auch KFS/RL 11 idF März 2016 Rz 33 (Stellungnahme des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision der Kammer der Wirtschaftstreuhänder zur Behandlung offener Rücklagen im Jahresabschluss).

Sollte eine Befristung gewünscht sein, so könnte – wiederum unverbindlich – folgender weiterer Passus hinzugefügt werden:

„Diese satzungsmäßige Rücklage ist befristet. Nach Ablauf von einem Jahr nach Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch, jedenfalls aber in dem auf den Abschluss des Verschmelzungsvertrags zweitfolgenden Jahresabschluss¹⁵⁷, darf die hiemit begründete satzungsmäßige Rücklage jederzeit in eine offene Rücklage umgewandelt oder zugunsten des Bilanzgewinns aufgelöst werden. Eines Gesellschafterbeschlusses bedarf es hierfür nicht.“

Um Wirksamkeit zu erlangen, bedarf die Satzungsänderung der **Eintragung im Firmenbuch** (§ 49 Abs 2 GmbHG). Um Lücken des Gläubigerschutzes, etwa durch das Unterlassen der Stellung der entsprechenden Firmenbuchanträge, zu vermeiden, wird mE als weitere Maßnahme zu fordern sein, dass die Satzungsänderung gemeinsam mit der Anmeldung der Verschmelzung zur Eintragung in das Firmenbuch angemeldet und durch das Firmenbuchgericht gleichzeitig mit der Verschmelzung eingetragen wird.

Wenn zuvor davon gesprochen wurde, dass die Eignung der gebundenen Rücklage zum Gläubigerschutz primär anhand der Satzungsbestimmung zu beurteilen ist, darf nicht verkannt werden, dass die Effektivität des Gläubigerschutzes neben der Ausgestaltung der Satzungsbestimmung va auch durch den **Bestand der Satzungsbestimmung** determiniert ist. Es wäre ein Trugschluss zu glauben, dass aufgrund der Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch auch der Gläubigerschutz jedenfalls im beabsichtigten Ausmaß Verwirklichung findet. Vielmehr stellt sich die Frage, ob und ggf mit welchen Konsequenzen die Satzungsbestimmung, mit der eine satzungsmäßige Rücklage zur Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts begründet wurde, nachträglich, dh nach Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch, durch die Gesellschafter im Wege einer Satzungsänderung aufgehoben werden kann. Nachfolgend soll ein Lösungsvorschlag präsentiert werden, der – soweit ersichtlich – in Lit und Rsp bislang keine Erwähnung fand.

¹⁵⁷ Durch die alternative Bezugnahme auf den **Zeitpunkt des Abschlusses des Verschmelzungsvertrages** soll eine unbeabsichtigt lange Kapitalbindung, etwa durch eine Änderung des Bilanzstichtags oder eine längere Dauer des Verfahrens vor dem Firmenbuchgericht, vermieden werden.

3.3.2. Eigener Lösungsansatz

Ob durch die freiwillige Bildung einer satzungsmäßigen Rücklage der intendierte Gläubigerschutz erreicht wird, hängt mE neben einer ausreichenden Bindung durch eine entsprechende Satzungsbestimmung weiters von der vorzeitigen Auflösbarkeit der satzungsmäßigen Rücklage durch Satzungsänderung ab.

Die einschlägige Lit verweist darauf, dass sich die Auflösbarkeit der satzungsmäßigen Rücklage nach der Satzungsbestimmung richtet.¹⁵⁸ Dies leuchtet ein, ist doch die Satzungsbestimmung überhaupt die Grundlage der satzungsmäßigen Rücklage. Fraglich ist jedoch, welche Auswirkung eine Satzungsänderung auf die satzungsmäßige Rücklage hätte. Man denke bspw an den Fall, dass die Satzungsbestimmung über die satzungsmäßige Rücklage nach Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch ersatzlos behoben wird. Dass Gesellschaftern die grundsätzliche Möglichkeit zur jederzeitigen Satzungsänderung zukommt, wird man vor dem Hintergrund der Privatautonomie bejahen müssen. Da die Satzungsänderung erst mit der Firmenbucheintragung wirksam wird (arg § 49 Abs 2 GmbHG), könnte das Firmenbuchgericht – nur bildlich gesprochen – in letzter Instanz die Satzungsänderung verhindern, dem Verfasser wäre jedoch nicht ersichtlich, welche Rechtsgrundlage diese Vorgehensweise stützen sollte. IdZ die ungeschriebene Generalklausel des Rechtsmissbrauchs¹⁵⁹ zu bedienen, erscheint wenig befriedigend zu sein.

Vielmehr ist mE zwischen der Satzungsänderung und der **bilanziellen Auflösung** der satzungsmäßigen Rücklage zu differenzieren. So wird eine Beschlussfassung, mit der die im Zuge des Verschmelzungsvorgangs geschaffene Satzungsbestimmung über die satzungsmäßige Rücklage aufgehoben wird, ebenso wie die Eintragung der entsprechenden Abänderung des Gesellschaftsvertrages im Firmenbuch wohl zulässig sein. Hinsichtlich der Auflösbarkeit der Rücklage wird jedoch vorgeschlagen, die **Wertungen der gesetzlichen Rücklage** des § 229 Abs 6 UGB heranzuziehen und sinngemäß auf die satzungsmäßige Rücklage im Verschmelzungsvorgang anzuwenden.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Egger/Bertl/Hirschler, Jahresabschluss UGB I¹⁸ Kap 5.1.4.2.2.

¹⁵⁹ Vgl hierzu Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 85 ff (Stand 01.01.2018, rdb.at).

¹⁶⁰ Die Regelung des heutigen § 229 UGB zur gebundenen Rücklage wurde mit dem Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009 (BGBl I 2009/71) von § 130 AktG übernommen (vgl auch ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 47).

Die gesetzliche Rücklage stellt eine Gewinnrücklage dar, die von der Lit klarstellend auch als „gesetzlich zu bildende Rücklage“ bezeichnet wird.¹⁶¹ In die gesetzliche Rücklage ist ein Betrag einzustellen, der mindestens 5% des um einen allfälligen Verlustvortrag geminderten Jahresüberschusses entspricht, bis der Betrag der gebundenen Rücklagen insgesamt (dh gebundene Kapitalrücklagen und gesetzliche Rücklagen)¹⁶² 10% oder den in der Satzung bestimmten höheren Teil des Nennkapitals erreicht hat (§ 229 Abs 6 UGB). Die Gesellschafter haben daher die Möglichkeit, den Betrag der gesetzlichen Rücklage im Gesellschaftsvertrag zu erhöhen. Eine gesellschaftsvertragliche Einschränkung unter das gesetzliche Maß von 10% des Nennkapitals oder gar der Ausschluss der Verpflichtung zur Bildung der gesetzlichen Rücklage ist unzulässig.¹⁶³ Auf den Diskurs hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des satzungsmäßig höheren Betrags der gesetzlichen Grundlage sei an dieser Stelle der Vollständigkeit wegen hingewiesen.¹⁶⁴

Die Gesellschafter haben daher ausdrücklich die Möglichkeit, im Wege einer Satzungsbestimmung freiwillig eine höhere Kapitalbindung iZm der gesetzlichen Rücklage vorzusehen. Wird eine über das gesetzliche Ausmaß hinausgehende Bildungsverpflichtung in Bezug auf die gesetzliche Rücklage vereinbart, kann diese infolge Satzungsänderung wieder herabgesetzt oder auf das gesetzliche Mindestmaß reduziert werden. Dabei fällt auf, dass die **Wertungen** iZm der Möglichkeit zur höheren Dotierung der gesetzlichen Rücklage und jene der satzungsmäßigen Rücklagen zur Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts durchaus **vergleichbar** sind: Aufgrund einer Satzungsbestimmung wird in beiden Fällen freiwillig Kapital über das gesetzliche Ausmaß hinaus gebunden. Sowohl die gesetzliche Rücklage als auch die satzungsmäßige Rücklage werden aus dem Bilanzgewinn gebildet, weshalb es sich bei beiden Rücklagen um Gewinnrücklagen handelt. Schließlich – und dies ist die wesentliche Gemeinsamkeit – können und müssen Gläubiger in beiden Fällen auf den Bestand der freiwilligen Kapitalbindung vertrauen. Dieses Vertrauen kann folgerichtig daher nicht dadurch unterlaufen werden, dass die Gesellschafter die zugrundeliegende Satzungsbestimmung beseitigen.

Hinsichtlich der gesetzlichen Rücklage wird von der hA vertreten, dass eine Satzungsänderung, mit der die gesellschaftsvertragliche Verpflichtung zur Dotierung einer über das gesetzliche

¹⁶¹ Chalupsky/Duursma/Ecker in Bertl/Mandl, Rechnungslegungsgesetz § 229 UGB Rz 107.

¹⁶² Hofians/Ressler in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG³ § 229 Rz 28.

¹⁶³ Hofians/Ressler in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG³ § 229 Rz 30.

¹⁶⁴ Hofians/Ressler in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG³ § 229 Rz 30 mwN.

Ausmaß hinausgehenden gesetzlichen Rücklage aufgehoben wird, nicht dazu führt, dass die bereits dotierten Rücklagen aufgelöst werden können. Vielmehr bleiben die bis zur Satzungsänderung dotierten Beträge als gebundene Rücklagen aufrecht, es entfällt jedoch die Verpflichtung zur weiteren Dotierung dieser Rücklage.¹⁶⁵ Den Gesellschaftern steht es daher frei, die ebenso freiwillige höhere Dotierung durch Satzungsänderung wieder herabzusetzen, das Vertrauen der Öffentlichkeit auf das Bestehen der Rücklage, und insb jenes von Gläubigern der Gesellschaft, bleibt aber durch die bilanzielle Aufrechterhaltung der Rücklage dennoch geschützt.

Für die hier interessierende **satzungsmäßige Rücklage**, die im Zuge eines Verschmelzungsvorgangs zur Vermeidung eines kapitalherabsetzenden Effekts geschaffen wurde, wird daher vorgeschlagen, dass die Grundlage, und zwar die zugrundeliegende Satzungsbestimmung, zwar infolge Satzungsänderung beseitigt werden kann, die bilanzielle Auflösung der Rücklage jedoch in sinngemäßer Anwendung der Wertungen zur gesetzlichen Rücklage zu unterbleiben hat. Eine Satzungsänderung nach Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch hätte daher nach der hier vertretenen Ansicht keine Auswirkung auf den Bestand der bilanziellen Rücklage. Dadurch kann erreicht werden, dass die Gläubiger im beabsichtigten Ausmaß geschützt werden.

Die Wertung, dass gebundene Rücklagen bei einer geänderten Sachlage nicht ohne weiteres wieder aufgelöst werden können, findet man im Übrigen auch iZm den Größenklassen des § 221 UGB: Bildet eine große GmbH iSd § 221 UGB gebundene Rücklagen, weil sie hiezu gem § 229 Abs 4 UGB verpflichtet ist, und ändert sich zu einem späteren Zeitpunkt die Größenklasse, so entfällt ggf die Verpflichtung zur Ausweisung gebundener Rücklagen, bereits dotierte gebundene Rücklagen bleiben jedoch aufrecht.¹⁶⁶ Die Änderung der Größenklassen gem § 221 UGB ist idR nicht beeinflussbar und beruht insb auch auf keiner Satzungsbestimmung, weshalb sie auch insofern nicht mit der hier interessierenden satzungsmäßigen Rücklage verglichen werden kann. Es wird jedoch die Wertung verdeutlicht, dass einmal gebundene Rücklagen eine höhere Bestandskraft genießen, auch wenn die Grundlage der Bindung nachträglich wegfällt.

¹⁶⁵ Vgl *G. Seicht*, Zuweisungen zur „gesetzlichen Rücklage“ nach RLG, *ecolex* 1991, 100; *Hofians/Ressler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § 229 Rz 44; *G. Sopp/Grünberger* in *Zib/Dellinger*, UGB III/1 § 229 UGB Rz 113; *Bergmann* in *Fraberger et al*, Sonderbilanzen I, Kap 4.1.1.3; vgl auch KFS/RL 11 idF März 2016 Rz 19 (Stellungnahme des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision der Kammer der Wirtschaftstreuhänder zur Behandlung offener Rücklagen im Jahresabschluss).

¹⁶⁶ *Csokay/Steiner* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § 221 Rz 32.

Schließlich ist zu beachten, dass nach der hier vertretenen Ansicht daher stets die vom Firmenbuchgericht geprüfte Satzungsbestimmung für die Frage maßgeblich ist, ob die bilanzielle Auflösung der satzungsmäßigen Rücklage – unabhängig von einer allfälligen Satzungsänderung – erfolgen kann. Ändern die Gesellschafter nämlich nach Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch die Satzungsbestimmung, mit der die satzungsmäßige Rücklage etabliert wurde, oder heben sie diese gar ersatzlos auf, so kommt die hier vertretene Ansicht, wonach die Satzungsänderung auf die bilanzielle Darstellung der Rücklage keinen Einfluss hat, nur dann zur Anwendung, wenn die Beschlussfassung der Gesellschafter auf Änderung des Gesellschaftsvertrages mit der der satzungsmäßigen Rücklage zugrundeliegenden Satzungsbestimmung in Widerspruch steht. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Vorgehensweise der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft, die in Einklang mit jener Satzungsbestimmung steht, die im Rahmen des Firmenbuchverfahrens geprüft, vom Gericht als dem Gläubigerschutz entsprechend befunden wurde und auf die sich die Gläubiger verlassen konnten. Sieht die Satzungsbestimmung daher eine Befristung vor, kann nach Ablauf der Befristung nicht nur die – ab diesem Zeitpunkt obsoleter – Satzungsbestimmung geändert oder gestrichen werden, sondern auch die bilanzielle Auflösung der Rücklage erfolgen. Würde die Satzungsbestimmung keine Befristung vorsehen, müsste nach der hier vertretenen Ansicht die Rücklage, die satzungsmäßig dotiert wurde, auch nach einer entsprechenden Satzungsänderung bilanziell aufrechterhalten werden. Es ist daher festzuhalten, dass die **Befristung der satzungsmäßigen Rücklage**, selbst wenn die Rücklage nicht in analoger Anwendung der Bestimmungen des § 229 UGB begründet wird, mE weiterhin eine Berechtigung hat, möglich und im Übrigen auch empfehlenswert ist.

4. Conclusio

Die Popularität der Gestaltung, dem kapitalherabsetzenden Effekt iZm einer Verschmelzung durch die Etablierung einer freiwillig gebundenen Rücklage entgegenzutreten, spiegelt nicht deren Behandlung in Rsp und Lit wider. Insb schweigt die gesellschaftsrechtliche Lit weitgehend zur Frage, auf welcher Grundlage die freiwillige Bindung einer Rücklage überhaupt zulässig sein soll.

Im Rahmen dieser Masterthesis wurden die folgenden Ergebnisse erarbeitet:

1) „Kapitalherabsetzender“ oder „kapitalentsperrender“ Effekt:

Der OGH vergleicht für die Beurteilung des kapitalherabsetzenden Effekts in seiner grundlegenden E¹⁶⁷ offensichtlich nur die Stammkapitalien. Mit der Firmenbuchpraxis und hM ist davon auszugehen, dass im Rahmen von Verschmelzungsvorgängen stets zu prüfen ist, ob durch die Verschmelzung gebundenes Kapital zur Ausschüttung an die Gesellschafter frei wird. Da nicht nur das Stammkapital eine dies verhindernde Bindungswirkung entfaltet, sind auch die gebundenen Rücklagen in den Vergleich miteinzubeziehen. Die hM bezeichnet diesen Effekt auch als kapitalentsperrenden Effekt. Im Rahmen dieser Arbeit wurde an der oberstgerichtlichen Terminologie des kapitalherabsetzenden Effekts festgehalten, wobei das folgende Verständnis zugrunde gelegt wurde: Ist die Summe des Grundkapitals und der gebundenen Rücklagen bei der übertragenden Gesellschaft höher als jene bei der übernehmenden Gesellschaft, so tritt ein kapitalherabsetzender Effekt ein und es sind im Zuge des Verschmelzungsvorgangs Ausgleichsmaßnahmen zu setzen.

2) Freiwillige Bindung:

In Entsprechung der oberstgerichtlichen Rsp steht es Gesellschaftern frei, als Ausgleichsmaßnahme zur Vermeidung des Eintritts des kapitalherabsetzenden Effekts bei der übernehmenden Gesellschaft eine gebundene Rücklage zu bilden. Die Rücklage wird, abweichend von manchen Ansichten in der Lit, nicht in analoger Anwendung des § 229 UGB gebildet. Vielmehr ergibt sich aus § 224 UGB und im Übrigen auch bereits aus § 82 Abs 1 GmbHG und § 52 AktG, dass es Gesellschaftern freisteht, sog satzungsmäßige Rücklagen zu bilden. Diese bedürfen einer Grundlage im Gesellschaftsvertrag. Folglich

¹⁶⁷ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

sind jene Meinungen in der Lit, die eine Begründung von gebundenen Rücklagen – ohne die Einordnung als satzungsmäßige Rücklage iSd § 224 UGB vorzunehmen – durch Gesellschafterbeschluss oder Verschmelzungsvertrag befürworten, abzulehnen.

3) Größenklassen des § 221 UGB:

Da gem § 229 UGB der Ausweis gebundener Rücklagen (Kapitalrücklagen und gesetzliche Rücklagen) nur für AGs und große GmbHs iSd § 221 UGB vorgesehen ist, stellt sich die Frage, ob die freiwillige Bindung iZm einer Verschmelzung zulässig ist, auch wenn die genannten Größenklassen nicht erreicht werden. Aufgrund der Etablierung der satzungsmäßigen Rücklage durch Satzungsbestimmung – und nicht infolge analoger Anwendung des § 229 UGB – steht diese Möglichkeit allen GmbHs, unabhängig von ihrer Größenklasse iSd § 221 UGB, offen.

4) Befristungsmöglichkeit:

Um gebundene Rücklagen wieder auflösen zu können, ohne den Umweg einer Kapitalberichtigung mit anschließender effektiver Kapitalherabsetzung beschreiten zu müssen, verwendet die Praxis die von den Firmenbuchgerichten weitgehend geduldete Befristung jener Rücklage, die zur Verhinderung des kapitalherabsetzenden Effekts etabliert wird. Wenngleich de lege lata den gebundenen Rücklagen des § 229 UGB eine Befristung fremd ist, kann für eine satzungsmäßige Rücklage eine Befristung vereinbart werden. Dies rührt daher, dass sich der Bestand, aber auch die Auflösbarkeit der Rücklage nach der zugrundeliegenden Satzungsbestimmung richten. Ihre Grenze findet die Befristungsmöglichkeit mE dort, wo Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden. In Entsprechung der hM und Firmenbuchpraxis wird eine Befristung von einem Jahr zulässig sein. Im Rahmen dieser Arbeit wurde auch ein Formulierungsvorschlag erarbeitet, der nach Ansicht des Verfassers einen ausreichenden Gläubigerschutz verwirklicht.

5) Gläubigerschutz durch satzungsmäßige Rücklage:

Nachdem die Lösung der freiwillig gebundenen Rücklage zur Vermeidung des Eintritts des kapitalherabsetzenden Effekts in der satzungsmäßigen Rücklage gefunden worden ist, gilt es zu hinterfragen, ob diese Form der Rücklagenbildung den Gläubigerschutz – unabhängig von der Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch – verwirklichen kann, insb auch dann, wenn die Gesellschafter nachträglich eine Satzungsänderung beschließen. Dazu wird einerseits auf die Ausgestaltung der der satzungsmäßigen Rücklage

zugrundeliegenden Satzungsbestimmung zu achten sein. Andererseits wird vorgeschlagen, für die bilanzielle Auflösung der satzungsmäßigen Rücklage die Wertungen der freiwillig höher dotierten gesetzlichen Rücklage sinngemäß anzuwenden. Zur freiwilligen höheren Dotierung der gesetzlichen Rücklage vertritt die hM, dass die zugrundeliegende Satzungsbestimmung jederzeit aufgehoben werden kann, bereits dotierte Rücklagen aber auch über das gesetzliche Mindestmaß weiterhin bestehen bleiben. Wendet man diese Wertung auf die satzungsmäßige Rücklage im Verschmelzungsvorgang an, so gelangt man mE zu folgendem Ergebnis: Heben die Gesellschafter die der satzungsmäßigen Rücklage zugrundeliegende Satzungsbestimmung vor Ablauf einer allfälligen Befristung auf, so wird diese Änderung des Gesellschaftsvertrages zulässig sein. In sinngemäßer Anwendung der vorgenannten Wertungen hat jedoch die bilanzielle Auflösung der satzungsmäßigen Rücklage zu unterbleiben, um den Gläubigerschutz zu wahren.

5. Literaturverzeichnis

- Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Praxisleitfaden Verschmelzung (Stand Dezember 2014, lexisnexus.at)
- Artmann/Karollus*, AktG III⁶ (Stand 01.04.2019, rdb.at)
- Baumann*, Fusionsgewinne und -verluste – Zur Frage der bilanziellen Behandlung von Verschmelzungsgewinnen, SWK 1994/25, 031
- Bertl/Deutsch-Goldoni/Hirschler*, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch¹² (Stand Juli 2022, lexisnexus.at)
- ders/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Ch. Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer* (Hrsg), Sonderbilanzen bei Umgründungen (2008)
- ders/Mandl* (Hrsg), Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz (Stand Mai 2018, lexisnexus.at)
- Birnbauer/Saria*, Gesellschaftsrechtliche Entscheidungen der Firmenbuchgerichte (Stand Oktober 2017, lexisnexus.at)
- Brix*, Vorbereitung des Verschmelzungsbeschlusses der Generalversammlung, GesRZ 2016, 332
- Brugger*, Ende des Special Purpose Vehicle (SPV) durch 6 Ob 48/12w? NZ 2013/92
- Damböck/Hecht*, OGH: Allgemeine Kapitalerhaltungsgrundsätze gelten bei Verschmelzung! RdW 2000/1
- Dellinger*, Bankwesengesetz Kommentar (Stand Juni 2022, lexisnexus.at)
- Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ (Stand 01.06.2021, rdb.at)
- Egger/Bertl/Hirschler*, Der Jahresabschluss nach dem Unternehmensgesetzbuch I¹⁸ (Stand August 2022, lindedigital.at)
- Fellner*, Vermögensbindung bei der Verschmelzung, NZ 2000, 225
- Foglar-Deinhardstein/ Trettnak*, Cross-Border Merger aus Deutschland nach Österreich bei weiterbestehendem Listing, GesRZ 2013, 198
- Fraberger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Ludwig/Mayr* (Hrsg), Handbuch Sonderbilanzen (Stand November 2010, lexisnexus.at)

Ch. Nowotny, Kapitalerhaltung bei Verschmelzungen und Spaltungen – Lehren aus OGH 11. 11. 1999, RWZ 2000/32

G. Nowotny, Umgründungsrecht wohin? oder Der Hilferuf eines Firmenbuchrichters, *ecolex* 2000, 116

ders, Verschmelzungen nach der "Down-Stream-Merger-E" (Teil I), *ecolex* 2000, 722

ders, Verschmelzungen nach der "Down-Stream-Merger-E" (Teil II), *ecolex* 2000, 800

Gratzl/Hausmaninger/Justich (Hrsg), Aktiengesellschaft² (Stand Oktober 2016, *lexisnexis.at*)

Hirschler (Hrsg), Bilanzrecht I² (2019)

ders (Hrsg), Bilanzrecht II² (2021)

Jennewein, Verschmelzung up und down ist nicht dasselbe, *GesRZ* 2014, 175

Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ (Stand 01.07.2021, *rdb.at*)

dies/Eckert, Gläubigergefahren bei Umgründungen von Kapitalgesellschaften: Überlegungen zur Zielrichtung und Wirkungsweise gläubigerschützender Vorschriften, *GesRZ* 2008, 81

dies/U. Torggler (Hrsg), Aktuelle Fragen von M&A (2019)

Karollus, Debt Push Down bei der Akquisitionsfinanzierung, Verbot der Einlagenrückgewähr und Finanzierungsverbot, *ecolex* 2022/566

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} (Stand 01.01.2018, *rdb.at*)

Kohlhauser, Gläubigerschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung europarechtskonform? *RdW* 2008/403

Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ (2007)

Ludwig/Hirschler, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen³ (2018)

M. Habsburg-Lothringen, Gläubigerschutz bei Umwandlungen (2013)

Mitterecker, Summengrundsatz bei Verschmelzungen mit kapitalentsperrendem Effekt, *GesRZ* 2016, 393

Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004)

Rohatschek, Sonderfragen der Bilanzierung⁶. (2019)

Stingl, Gesamtrechtsnachfolge im Gesellschaftsrecht (2016)

Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG³ (Stand 1.12.2018, rdb.at)

ders/Ratka/Rauter, WK GmbHG (Stand 01.11.2015, rdb.at)

U. Torggler (Hrsg), GmbHG – Kurzkomentar (Stand 01.08.2014, rdb.at)

ders (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch Kommentar³ (Stand 01.01.2019, rdb.at)

Michael Umfahrer, GmbH⁷ (2021)

Umlauf, Das Verbot der Einlagenrückgewähr im Lichte der jüngsten OGH-Rechtsprechung,
NZ 2014/36

Urtz/Zwick, Ausschüttungssperre von Verschmelzungsgewinnen nach einer Upstream-Verschmelzung, ZFR 2013, 9.

Walter, Umgründungssteuerrecht 2021¹³

Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen A/I (Stand Dezember 2017, lexisnexus.at)

ders/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen D/II (Stand Juni 2018, lexisnexus.at)

Zib/Dellinger (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch: Großkommentar III/1 (Stand April 2013, lexisnexus.at)

ders/Dellinger (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch: Großkommentar III/2 (Stand September 2015, lexisnexus.at)

Zirngast/Kraßnig, Grundlagen der Bilanzierung von Umgründungen (2018)

6. Abstract

Im Rahmen einer Verschmelzung ist iSd oberstgerichtlichen Rsp der mögliche Eintritt eines kapitalherabsetzenden Effekts zu beachten. Ein kapitalherabsetzender Effekt tritt entsprechend der hM in der Lit und Firmenbuchpraxis dann ein, wenn die Summe des Stammkapitals und der gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft höher als jene der übernehmenden Gesellschaft ist. Würde man keine Ausgleichsmaßnahmen setzen, würde die Differenz im Bilanzgewinn der übernehmenden Gesellschaft Niederschlag finden und könnte daher ohne Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr an die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft ausgeschüttet werden. Diesen per se zulässigen Kapitalabfluss zulasten der Gläubiger gilt es iZm Verschmelzungsvorgängen zu vermeiden. Der OGH schlägt als mögliche Ausgleichsmaßnahmen insb die Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft, die Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft oder die freiwillig gebundene Rücklage bei der übernehmenden Gesellschaft vor.

Im Rahmen der Arbeit wird erarbeitet, dass die vom OGH angesprochene freiwillig gebundene Rücklage eine sog satzungsmäßige Rücklage zu sein hat, die nach § 224 UGB ausgewiesen werden kann. Da diese Rücklage auf einer Satzungsbestimmung basiert, ist sie, anders als die gebundene Rücklage nach § 229 UGB, von den Größenklassen des § 221 UGB unabhängig. Bei der satzungsmäßigen Rücklage handelt es sich um eine Gewinnrücklage, die aufgrund einer Satzungsbestimmung zwingend zu bilden ist und nicht die höhere Dotierung der gesetzlichen Rücklage betrifft. Zur Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts ist daher eine Satzungsbestimmung zu fordern, die eine dem § 229 UGB angenäherte Bindungswirkung entfaltet. Eine entsprechende Satzungsbestimmung wird im Rahmen der Arbeit vorgestellt. Vor dem Hintergrund der dem Gläubigerschutz dienenden Bindungswirkung ist auch eine allfällige Befristung der Rücklage zu beurteilen, die in der Praxis durchaus üblich ist, aber ihr gesetzliches Vorbild vermisst. Da die Satzungsbestimmung sowohl die Begründung als auch die Auflösung der satzungsmäßigen Rücklage regelt, kann auch eine Befristung vorgesehen werden. Ob die erforderliche Kapitalbindung durch die satzungsmäßige Rücklage erreicht wird, hat das Firmenbuchgericht im Rahmen der Prüfung der Verschmelzung anhand der Satzungsbestimmung zu prüfen.

Um den Gläubigerschutz im erforderlichen Ausmaß zu verwirklichen und ihn nicht durch Satzungsänderungen zu konterkarieren, wird vorgeschlagen, zwischen der Beseitigung der der

satzungsmäßigen Rücklage zugrundeliegenden Satzungsbestimmung und der bilanziellen Auflösung der satzungsmäßigen Rücklage zu differenzieren und dabei die Wertungen zur freiwillig höheren Dotierung der gesetzlichen Rücklage nach § 229 Abs 6 UGB sinngemäß auf satzungsmäßige Rücklagen im Verschmelzungsvorgang zur Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts anzuwenden. Wird daher die entsprechende Satzungsbestimmung durch die Gesellschafter nach Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch aufgehoben, hat die bereits dotierte satzungsmäßige Rücklage mE bilanziell aufrecht zu bleiben. Hiedurch wird nach Ansicht des Verfassers der Gläubigerschutz, den es im Verschmelzungsvorgang zu wahren gilt, ausreichend sichergestellt.