NZ 2014/36

Das Verbot der Einlagenrückgewähr im Lichte der jüngsten OGH-Rechtsprechung

Zugleich eine Besprechung von OGH 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12w

100% der Geschäftsanteile einer GmbH („Tochtergesellschaft") wurden im Rahmen eines Management-Buyouts (MBO) von einer zu diesem Zweck gegründeten GmbH („Muttergesellschaft") gekauft. Der OGH hatte in seiner Entscheidung v 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12w,[1] über die Frage zu befinden, ob es im Zusammenhang mit diesem MBO und der nachfolgenden Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft zu einer unzulässigen Einlagenrückgewähr gekommen ist. Die Entscheidung mag im Ergebnis richtig sein, allein die Begründung stiftet durch überschießende Aussagen Verwirrung. Die Entscheidung führt daher in der Praxis zu großer Unsicherheit. Mit diesem Aufsatz wird ein Klärungsversuch unternommen.

Von Manfred Umlauft

Inhaltsübersicht:

A. Die OGH-Entscheidung
1. Der Sachverhalt
2. Die Entscheidung des OGH und ihre Begründung
B. Kritik
1. „Zerlegung" des Sachverhalts
a) Management-Buy-out (MBO)
b) Nachfolgende Verschmelzung
2. Würdigung des Sachverhalts vor dem Hintergrund der verbotenen Einlagenrückgewähr
a) Allgemeines
b) Das Verhältnis der liberalen Tendenzen in Lehre und Rsp zur Kapitalerhaltungspflicht
3. Bereicherungsrechtliche Aspekte
4. Wie sollen sich finanzierende Banken verhalten?
C. Zusammenfassung

A. Die OGH-Entscheidung

1. Der Sachverhalt

Ing. A M ist für die Tochtergesellschaft (Zielgesellschaft des MBO) seit einiger Zeit als Prokurist und dann als Geschäftsführer tätig. Er und die Gesellschafter der Tochtergesellschaft verhandeln über einen MBO. In weiterer Folge gewährt die finanzierende Bank der Tochtergesellschaft zum Zwecke des Firmenkaufs einen Kredit. Es kommt aber nicht zur Zuzählung der Kreditsumme. Vielmehr gründet Ing. A M in weiterer Folge eine neue GmbH („Muttergesellschaft"), deren Alleingesellschafter Ing. A M ist. Ca sechs Monate nach Abschluss des genannten Kreditvertrags wird – vor Auszahlung der Kreditvaluta – vereinbart, dass die Tochtergesellschaft von der finanzierenden Bank aus der Personalhaftung entlassen wird und an ihre Stelle die neu gegründete Muttergesellschaft als Personalschuldnerin tritt. An die Tochtergesellschaft wurde also weder eine Kreditsumme ausbezahlt noch hat sie irgendeine Zahlung im Zusammenhang mit diesem Kredit an die finanzierende Bank geleistet; die Tochtergesellschaft hat auch keinerlei künftige Haftung mehr aus diesem Kreditgeschäft. Das Kreditverhältnis besteht in weiterer Folge ausschließlich zwischen der finanzierenden Bank und der Muttergesellschaft.

Bei dieser Muttergesellschaft handelt es sich um ein sogenanntes „Special Purpose Vehicle" (SPV), dessen Zweck darin besteht, die Anteile an der Tochtergesellschaft zu kaufen. Hiefür hat sie – neben dem von der Tochtergesellschaft übernommenen Kreditvertrag – einen weiteren Kredit bei der finanzierenden Bank aufgenommen und sodann alle Anteile an der Tochtergesellschaft gekauft. Den Kaufpreis hat sie mit der Kreditvaluta über eine Treuhänderin bezahlt, die den Kaufpreis für die erworbenen Geschäftsanteile schließlich an die bisherigen Gesellschafter der Tochtergesellschaft ausbezahlt hat.

Es handelt sich also um einen üblichen Anteilskauf (Share Deal). Wirtschaftlich steht hinter diesem Share Deal Ing. A M; aus steuerlichen Überlegungen, die auch der OGH erwähnt, hat er eine für diesen Zweck gegründete SPV (Muttergesellschaft) dazwischengeschaltet. Diese Muttergesellschaft hat also die Anteile gekauft und die für die Kaufpreisfinanzierung notwendigen Kredite aufgenommen. Die Muttergesellschaft wurde nach Abwicklung des Kaufgeschäfts Alleingesellschafterin der Tochtergesellschaft und alleinige Schuldnerin aus den beiden Kreditverträgen mit der finanzierenden Bank. Ausschließlich die Muttergesellschaft hat in der Folge die Kredite bedient und die Tilgungsraten bezahlt.

Ca ein Jahr nach Abwicklung dieses Kaufgeschäfts wurde die Tochtergesellschaft als übertragende GmbH mit der Muttergesellschaft als übernehmender GmbH

[1] Abgedruckt in NZ 2013/97, 218 = ecolex 2013, 638 *(Hörlsberger/Rieder)* = GesRZ 2013, 232 *(Thurnher)* = GES 2013, 241 = RdW 2013, 389. Zu dieser Entscheidung ausführlich *Grossmayer*, Einlagenrückgewähr – drei aktuelle Entscheidungen, ecolex 2013, 951 (953 f); *Karollus*, 6 Ob 48/12w: Das Ende der bisherigen LBO-/MBO-Finanzierungspraxis? GES 2013, 283 (285 f). *Brugger*, Ende des Special Purpose Vehicle (SPV) durch 6 Ob 48/12w? NZ 2013, 208.

verschmolzen („Verschmelzung upstream"). Etwa vier Jahre später wurde die Muttergesellschaft insolvent. Im Zuge des über ihr Vermögen eröffneten Konkursverfahrens hat der (damalige) Masseverwalter die von der Muttergesellschaft bezahlten Kreditraten von der finanzierenden Bank zurückverlangt. Aus der veröffentlichten Entscheidung lässt sich nicht entnehmen, ob die Muttergesellschaft neben der Beteiligung an der Tochtergesellschaft jemals noch weiteres Vermögen hatte.

Die finanzierende Bank hat für den Fall, dass die Klagsforderung (Rückforderung der geleisteten Kreditraten) als zu Recht bestehend anerkannt wird, Bereicherungsansprüche zumindest in Höhe der Klagsforderung aufrechnungsweise geltend gemacht.

2. Die Entscheidung des OGH und ihre Begründung

Der OGH qualifiziert den entscheidungsgegenständlichen Sachverhalt als Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr: Seit der auf der OGH-E 4 Ob 2078/96h beruhenden Rsp des OGH werde gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 82 GmbHG auch dann verstoßen, wenn die Tochtergesellschaft nicht bloß eine fremde Verbindlichkeit sichert, sondern (etwa) selbst einen Kredit aufnimmt, um dem Käufer die Mittel für den Anteilserwerb zur Verfügung zu stellen. Das Berufungsgericht habe darauf hingewiesen, dass bei gebotener wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine iSd § 82 Abs 1 GmbHG verbotene verdeckte Einlagenrückgewähr an die Muttergesellschaft und (mittelbar) auch an deren Alleingesellschafter Ing. A M erfolgt sei. Tatsächlich habe sich dieser durch die Kreditgewährung der finanzierenden Bank (Beklagte) an die Muttergesellschaft selbst die Kreditaufnahme erspart und sei daher als der – gegen § 82 GmbHG verstoßende – Begünstigte anzusehen. Wenn er selbst die Kredite aufgenommen hätte, „müsste er diese selbst zurückzahlen (und befände sich dadurch womöglich selbst im Privatkonkurs); die Tochtergesellschaft hingegen wäre vielleicht gar nicht in Konkurs, hätte sie doch nicht die Schulden ihres eigenen Erwerbs zu zahlen gehabt". Daraus folge, so der OGH, dass jede seinerzeit von der nunmehrigen Gemeinschuldnerin (Muttergesellschaft samt verschmolzener Tochtergesellschaft) zurückgezahlte Kreditrate zugleich eine verbotene Einlagenrückgewähr an Ing. A M darstelle, weil sich dieser die Kreditrückzahlung insoweit erspare. Der OGH führt in diesem Zusammenhang weiters aus, dass es auf die Frage, ob ein Upstream-Merger an sich eine verpönte Einlagenrückgewähr zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft darstelle, gar nicht mehr ankomme, da die beiden Gesellschaften ohnehin verschmolzen worden und daher insofern als Einheit zu betrachten seien.

Die beklagte finanzierende Bank wusste zum Zeitpunkt der Zuzählung der Kreditsummen von der von den Beteiligten intendierten Vorgangsweise. In einem solchen Fall sei es – so der OGH weiter – nicht zweifelhaft, dass die Beklagte auch als Dritte, am nichtigen Geschäft an sich nicht Beteiligte rückgabepflichtig sei. Zumindest hätte sich ihr der Missbrauch geradezu aufdrängen müssen; die Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch ändere daran nichts.

Was die von der Beklagten einredeweise geltend gemachte Aufrechnung mit einem Bereicherungsanspruch gegen die Gemeinschuldnerin anbelangt, hat der OGH entschieden, dass eine solche Aufrechnung nicht zulässig sei. Wenn man nämlich der finanzierenden Bank keinen Anspruch auf Tilgung des Kredits, wohl aber einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf sofortige Rückzahlung des gewährten Kredits einräume, ginge der § 82 GmbHG innewohnende Normzweck ins Leere. Der OGH beruft sich dabei auf jene Rsp, wonach bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von Leistungen aus einem gemäß § 879 ABGB nichtigen Rechtsgeschäft auf den Zweck der verletzten Norm, die die Ungültigkeit des Geschäfts bewirkt, Bedacht zu nehmen sei. Diese Überlegungen führten hier zur Verneinung der Möglichkeit einer Aufrechnung.

B. Kritik

1. „Zerlegung" des Sachverhalts

a) Management-Buy-out (MBO)

Der erste Teil des Sachverhalts stellt den MBO an sich dar: Die (bereits gegründete) Muttergesellschaft

- nimmt zwei Kredite auf,
- kauft die Anteile an der Zielgesellschaft, welche dadurch zur Tochtergesellschaft wird, und
- tilgt in weiterer Folge ratenweise die aufgenommenen Kredite.

Dieser Sachverhalt kann, wenn er isoliert (also ohne die nachherige Verschmelzung der Tochter- auf die Muttergesellschaft) betrachtet wird, niemals eine unzulässige Einlagenrückgewähr darstellen.[2] Die Muttergesellschaft als SPV nimmt zwar zwei Kredite auf. Diesen Kreditverbindlichkeiten stehen jedoch immer entsprechende Aktivposten gegenüber: Zuerst die ausbezahlte Kreditvaluta. Hernach wird mit der Kreditsumme der Kaufpreis beglichen. Die Kreditsumme fließt ab; dafür erwirbt die Muttergesellschaft die Anteile an der Zielgesellschaft. Hier findet also nur ein im Geschäftsleben alltäglich vorkommender Vermögensaustausch (hier: Geschäftsanteil gegen Geld) statt. Es bedarf keiner näheren Begründung, dass dies selbstverständlich auch im von der zwingenden Kapitalerhaltungspflicht geprägten Kapitalgesellschaftsrecht statthaft ist.[3] Die Zwi-

[2] *Grossmayer*, ecolex 2013, 951 (953f); *Karollus*, GES 2013, 283 (285f); *Brugger*, NZ 2013, 211.

[3] Voraussetzung ist selbstverständlich, dass sowohl die Kredit- wie auch die Kaufbedingungen nicht erheblich von marktüblichen

schenschaltung einer Kapitalgesellschaft (SPV) zum Erwerb der Anteile an der Zielgesellschaft kann auch ohne nachfolgende Verschmelzung der Tochter- mit der Muttergesellschaft steuerlich Sinn machen. Denn die Tochtergesellschaft kann ihre Gewinne nach Abzug der 25%-igen Körperschaftsteuer (KSt) sodann ohne Kapitalertragsteuer-Belastung (KESt) in die Muttergesellschaft (Kapitalgesellschaft) ausschütten.[4] Dies bedeutet, dass die ausgeschütteten Gewinne von der Muttergesellschaft sodann ohne weitere steuerliche Belastung zur Kredittilgung verwendet werden können. Hätte der Gesellschafter der Muttergesellschaft (im hier besprochenen Fall die natürliche Person Ing. A H) die Anteile direkt erworben, so müsste die Tochtergesellschaft – abgesehen von der 25%igen KSt – von den ausgeschütteten Gewinnen zusätzlich 25% KESt abführen, sodass dem Gesellschafter lediglich 75% der ausgeschütteten Gewinne zur Kredittilgung blieben. Mit der Zwischenschaltung einer Kapitalgesellschaft als Muttergesellschaft kann diese steuerliche Situation entscheidend verbessert werden. Dies ist eine zulässige und auch steuerlich anerkannte Gestaltung; eine verbotene Einlagenrückgewähr kann – wie erwähnt – darin keinesfalls erblickt werden.

b) Nachfolgende Verschmelzung

Dem MBO kann, muss aber nicht unbedingt eine Verschmelzung nachfolgen (entweder – wie im gegenständlichen Fall – eine Upstream-Verschmelzung der Tochter- auf die Muttergesellschaft oder eine Downstream-Verschmelzung der Mutter- auf die Tochtergesellschaft).

Die Abgrenzung dieses zweiten Sachverhaltsteils (Verschmelzung) vom ersten (MBO) ist wichtig, da nur so eine Entscheidung auf einer dogmatisch einwandfreien Grundlage getroffen werden kann. Nur wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, ist die Entscheidung verständlich und nachvollziehbar und eine anwendbare Leitlinie für die Praxis. Daran leidet die hier besprochene OGH-Entscheidung bedauerlicherweise (siehe sogleich).

2. Würdigung des Sachverhalts vor dem Hintergrund der verbotenen Einlagenrückgewähr

a) Allgemeines

Dass der erste Sachverhaltsteil (MBO) für sich betrachtet unbedenklich ist, wurde soeben dargetan.[5]

Wenn man die oben wiedergegebene Begründung des OGH liest, muss man zum Schluss kommen, dass **jede** auf einen MBO folgende Verschmelzung zwischen den beiden Gesellschaften (Mutter- und Tochtergesellschaft) eine verpönte Einlagenrückgewähr darstellt. Ja mehr noch: Schon der MBO durch eine Kapitalgesellschaft als Muttergesellschaft wäre unzulässig. Der OGH führt nämlich aus, dass es auf die Frage, ob eine Upstream-Verschmelzung an sich eine verpönte Einlagenrückgewähr zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft darstelle, überhaupt nicht ankomme, da die beiden Gesellschaften ohnehin verschmolzen worden und daher insofern als Einheit zu betrachten seien. Begünstigt sei durch diese Konstruktion der dahinterstehende Gesellschafter der Muttergesellschaft (Ing. A H), der sich dadurch die Kreditaufnahme erspare und insoweit gegen § 82 Abs 1 GmbHG verstoße. Die Aussage ist überschießend und daher – in dieser Tragweite – nicht richtig:

Es kann heute als hA[6] angesehen werden, dass sowohl bei der Upstream- wie auch bei der Downstream-Verschmelzung – also unabhängig von der Verschmelzungsrichtung – zu prüfen ist, ob das Vermögen jeder an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft (nach Verkehrswerten[7] berechnet) positiv ist, wobei jedoch bei der Wertermittlung der Beteiligungsansatz der Mutter- an der Tochtergesellschaft außer Betracht zu bleiben hat. Denn weder bei der Upstream- noch bei der Downstream-Verschmelzung bringt dieser Beteiligungsansatz aus der Sicht der Gläubiger der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften einen Mehrwert: Bei der Upstream-Verschmelzung der Tochter- auf die Muttergesellschaft steht das in der Beteiligung der Mutter- an der Tochtergesellschaft verkörperte Vermögen den Gläubigern sowohl der aufnehmenden Muttergesellschaft wie auch der übertragenden Tochtergesellschaft schon vor der Verschmelzung als Haftungsfonds zur Verfügung. Den Gläubigern der Muttergesellschaft, indem sie die Möglichkeiten hätten, die Beteiligung an der Tochtergesellschaft als zum Vermögen der Muttergesellschaft gehörenden Vermögensbestandteil zu ver-

Bedingungen zu Lasten der Muttergesellschaft abweichen. Wäre diese Voraussetzung nicht erfüllt, verstöße dies gegen die zwingenden Kapitalerhaltungsvorschriften des Kapitalgesellschaftsrechts.

[4] Hiezu und zu den weiteren Ertragsteuervorteilen einer solchen Gestaltung siehe *Beiser*, Verschmelzungen zwischen Mutter und Tochter und das Verbot der Einlagenrückgewähr, GesRZ 2014, 36 ff; siehe auch *Brugger*, NZ 2013, 210 f.

[5] Abschnitt 1 a.

[6] *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 52 Rz 94 und 99; *Kalss*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung² § 224 AktG Rz 272 ff, 277 ff; *dieselbe*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung² § 224 AktG Rz 59 f, 64; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 224 Rz 14 ff; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 52 Rz 21 (in Bezug auf die Down-Stream-Verschmelzung); *Thurnher*, GesRZ 2013, 232 f (Entscheidungsbesprechung); *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 277 f, 281.

[7] Für die Beurteilung der Frage, ob eine an der Verschmelzung beteiligte Gesellschaft einen negativen Wert aufweist, sind nach in Österreich ganz hA die Verkehrswerte maßgeblich: *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 277; *Kalss*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung² § 224 AktG Rz 66; *G. Nowotny*, Die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts in Umgründungs- und Sacheinlagefällen, NZ 2006, 261; *Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbHG § 82 Rz 139; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 17 f; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 896; OGH 6 Ob 165/04 i; OLG Wien 28 R 15/07 d.

werten; den Gläubigern der übertragenden Tochtergesellschaft, indem sie die Möglichkeit hätten, das Vermögen der Tochtergesellschaft, welches im Beteiligungsansatz der Muttergesellschaft verkörpert ist, schon vor der Verschmelzung direkt zu verwerten.[8]

Genau dasselbe gilt für die Downstream-Verschmelzung der Mutter- auf die Tochtergesellschaft.[9, 10]

Dieser Beteiligungsansatz stellt also weder für die Gläubiger der Mutter- noch für jene der Tochtergesellschaft einen zusätzlichen Wert dar, weshalb es richtig ist, diesen Beteiligungsansatz bei der Wertermittlung der Muttergesellschaft außer Ansatz zu lassen.

In der Lit ist strittig, ob die geschilderten Fälle alle unter dem Aspekt des Verbots der Einlagenrückgewähr zu sehen sind oder ob sich die Unzulässigkeit teilweise auch aus sittenwidriger Gläubigergefährdung ergibt.[11] Richtiger Ansicht nach liegt eine verbotene Einlagenrückgewähr immer dann vor, wenn der Vermögensnachteil und damit die nachteilige Wirkung für die Gläubiger durch den unmittelbaren oder mittelbaren Einfluss eines Gesellschafters entstanden ist.[12] Diese Frage kann aber auf sich beruhen, da Einigkeit darüber besteht, dass gewisse Konstellationen zur Unzulässigkeit der Verschmelzung führen, wobei der Gläubigerschutz die Grundlage für das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellt und somit für die unzulässige Einlagenrückgewähr und die sittenwidrige Gläubigergefährdung im Wesentlichen derselbe Beurteilungsmaßstab gilt.[13]

Die Verschmelzung der Tochter- auf die Muttergesellschaft (Upstream-Verschmelzung) und die Verschmelzung der Mutter- auf die Tochtergesellschaft (Downstream-Verschmelzung) sind unproblematisch und somit zulässig, wenn das nach Verkehrswerten[14] bewertete Vermögen sowohl der übertragenden wie auch der übernehmenden Gesellschaft **unter Außerachtlassung des Werts des Beteiligungsansatzes der Mutter- an der Tochtergesellschaft** positiv ist. Wenn bei dieser Vorgangsweise (also bei Außerachtlassung des Werts der Beteiligung der Mutter- an der Tochtergesellschaft) das Vermögen beider Gesellschaften dennoch positiv ist, ist es evident, dass die Gläubiger keiner an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft geschädigt werden (diese Wertermittlung unter Außerachtlassung des Beteiligungsansatzes der Mutter- an der Tochtergesellschaft wird nachfolgend kurz „korrekte Wertermittlung" genannt).

Wenn bei korrekter Wertermittlung das Vermögen einer an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft negativ ist, ist allerdings noch nicht gesagt, dass die Verschmelzung dann unzulässig ist. Ganz generell ist nämlich festzuhalten, dass es im Kapitalgesellschaftsrecht keinen allgemeinen Grundsatz gibt, dass eine Verschmelzung einer Gesellschaft mit negativem Wert mit einer anderen Gesellschaft unzulässig ist.[15] Es müssen jedoch gewisse Voraussetzungen erfüllt sein, damit auch eine solche Verschmelzung im Hinblick auf die zwingenden Gläubigerschutzvorschriften des Kapitalgesellschaftsrechts zulässig ist. Dabei sind folgende Fälle zu unterscheiden:

Vorerst ist festzuhalten, dass es ohne Bedeutung ist, ob die *übertragende* oder die *übernehmende* Gesellschaft ein negatives Kapital aufweist. Die Verschmelzungsrichtung ist somit ohne Bedeutung.[16] Ein Beleg dafür ist § 226 AktG (gegebenenfalls iVm § 96 Abs 2 GmbHG). Diese Gesetzesbestimmung normiert den Gläubigerschutz für die Gläubiger **beider** an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften gleichermaßen, was sachgerecht ist, da die Gefährdungslage – wie bereits erwähnt – für die Gläubiger **beider** Gesellschaften ident ist. Die Position der Gläubiger der Gesellschaft mit positivem Vermögen wird durch die Verschmelzung mit einer Gesellschaft mit negativem Vermögen immer verschlechtert; dabei macht es keinen Unterschied, ob die „positive Gesellschaft" auf die „negative Gesellschaft" verschmolzen wird oder umgekehrt.

Jedenfalls zulässig ist eine solche Verschmelzung dann, wenn das – unter Ansatz der Verkehrswerte – ausgewiesene Negativkapital einer Verschmelzungsgesellschaft durch ausschüttungsfähiges Vermögen der anderen Verschmelzungsgesellschaft kompensiert wird. Dies können Bilanzgewinn, aber auch freie Rücklagen, deren Umwandlung in Bilanzgewinn beschlossen wird, sein.[17] Ein entsprechender förmlicher Ergebnisverwendungsbeschluss im Hinblick auf die Übernahme des negativen Vermögens anstelle der Bardividende ist nicht unbedingt erforderlich.[18] Die Zulässigkeit eines solchen Verschmelzungsvorgangs ist außerdem dann zu bejahen, wenn bei der aufnehmenden Gesellschaft eine Kapitalherabsetzung im Ausmaß des negativen Vermögens der anderen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft erfolgt.[19] Gleiches gilt, wenn seitens der Gesellschafter

[8] *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 52 Rz 99.
[9] *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 52 Rz 94.
[10] Die Verschmelzungsrichtung ist ohne Bedeutung: siehe FN 6.
[11] Zum Meinungsstand siehe *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 17 f (mwN).
[12] *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 52 Rz 97. Im Ergebnis ebenso *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 272 ff; *Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbH-Gesetz (2009) § 82 Rz 136; OGH 6 Ob 70/03 t GesRZ 2003, 287; 6 Ob 165/04 i.
[13] *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 281.
[14] Siehe FN 7.
[15] OGH 7. 11. 2007, 6 Ob 235/07 p GesRZ 2008, 100 *(Umlauft)*; OLG Wien 18. 2. 2004, 28 R 409/03 b GesRZ 2004, 201; *Thurnher*, GesRZ 2013, 232 f (Entscheidungsbesprechung).
[16] Siehe FN 6.
[17] *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 52 Rz 95; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 52 Rz 21; *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 275 ff, vgl aber *denselben*, Kapitalerhaltung 283 ff.
[18] Überzeugend *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 275 ff; *Kalss*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung² § 224 AktG Rz 59; jedoch str: aA *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 52 Rz 21 (mwN).
[19] *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 52 Rz 21.

ein Gesellschafterzuschuss in Höhe des negativen Vermögens geleistet wird.[20]

Schließlich kann ein Verschmelzungsvorgang, an welchem eine Gesellschaft mit negativem Kapital beteiligt ist und keiner der vorgenannten für die Zulässigkeit sprechenden Gründe gegeben ist, dennoch zulässig sein, sofern für die Verschmelzung eine **betriebliche Rechtfertigung** besteht. Diese kann im Heben von Synergiepotenzialen, in der Vermeidung eines sonst drohenden Imageverlusts oder auch in bereits bestehenden wirksamen Verlustausgleichspflichten oder Haftungen bestehen.[21] Eine solche betriebliche Rechtfertigung wird, um eine sichere Grundlage zu haben, gutachterlich zu bewerten sein,[22] wobei der ermittelte Wert mindestens der Höhe des negativen Vermögens[23] der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft entsprechen muss.[24]

Ein Teil der Lehre und Rsp[25] geht einen Schritt weiter, indem die Meinung vertreten wird, dass eine Verschmelzung immer dann zulässig ist, wenn die aus dem Verschmelzungsvorgang hervorgehende Gesellschaft („fusionierte Gesellschaft") nicht iSd § 67 IO überschuldet oder zahlungsunfähig ist. Überschuldung liegt vor, wenn das bilanzielle Aktivvermögen der fusionierten Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr deckt und **zusätzlich** mit einer künftig positiven Unternehmensentwicklung nicht mehr gerechnet werden kann. Umgekehrt gesagt: Eine insolvenzrechtliche Überschuldung liegt nicht vor, wenn zwar bilanziell ein Überhang der Passiva über die Aktiva besteht, jedoch die Fortbestehensprognose trotzdem positiv ist.[26] Zahlungsunfähigkeit ist gegeben, wenn die Gesellschaft – auch wenn die bilanziellen Aktiva die bilanziellen Passiva übersteigen – ihre fälligen Schulden wegen Fehlens der dazu erforderlichen Mittel nicht bezahlen kann und voraussichtlich auch außerstande ist, sich diese Mittel alsbald zu beschaffen.[27] Nach dieser Auffassung ist also eine Verschmelzung, an welcher eine Gesellschaft mit negativem Vermögen beteiligt ist, auch dann zulässig, wenn zwar das bilanzielle Kapital der aus dem Verschmelzungsvorgang hervorgehenden fusionierten Gesellschaft negativ ist, jedoch keine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinn und auch keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt.

Im Hinblick auf die strengen Kapitalerhaltungsvorschriften des Kapitalgesellschaftsrechts überrascht diese Ansicht.[28] Tatsächlich bestehen in gewisser Hinsicht Zweifel: Es ist zwar die mittlerweile im Insolvenzrecht hA[29] nicht zu beanstanden, wonach die Überschuldung nicht nur am bilanziellen Überhang der Passiva gegenüber den Aktiva gemessen wird, sondern darüber hinaus die zu erwartende positive Unternehmensfortführung zu berücksichtigen ist. Es wird das durchaus verfolgenswerte Ziel angestrebt, Unternehmen nach Möglichkeit zu erhalten. Wenn ein Marktteilnehmer mit einer Gesellschaft in Geschäftsbeziehungen tritt und das bilanzielle Vermögen dieser Gesellschaft im Laufe der Zeit negativ wird, so ist die Negierung einer Insolvenzantragspflicht auch aus der Sicht des Gläubigers der Gesellschaft nicht zu kritisieren, wenn eine positive Fortbestehensprognose gegeben ist. Diese Entwicklung kann sich aus vielfältigen Gründen im Wirtschaftsleben ergeben (Marktsituation, Managementfehler etc). Das ist hinzunehmen, da ein Wirtschaften ohne Risken undenkbar ist. Davon zu unterscheiden ist aber die Situation, wenn ein negatives bilanzielles Kapital nicht durch eine geschäftliche Entwicklung, sondern – ohne dass eine ausreichende betriebliche Rechtfertigung vorliegt – durch einen bewussten rechtsgeschäftlichen Akt, nämlich durch eine Verschmelzung, geschaffen wird. Das durch die zwingenden Kapitalerhaltungsvorschriften des Kapitalgesellschaftsrechts geschützte Kapital (Stamm- bzw. Grundkapital und allfällige gebundene Rücklagen) wird in einem solchen Fall aus der Sicht der Gläubiger der an der Verschmelzung beteiligten positiven Gesellschaft reduziert, was im Hinblick auf zwingende Kapitalerhaltungsvorschriften prinzipiell unzulässig ist. Dieser erste

[20] *Artmann* in *Jabornegg/Strasser,* AktG I[5] § 52 Rz 21.

[21] *M. Doralt,* Management Buyout (2001) 218 ff, 233; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser,* AktG I[5] § 52 Rz 21 mwN; OGH 6 Ob 271/05 d.

[22] *Warto* in *Gruber/Harrer,* GmbHG (2014) § 96 FN 352.

[23] Gemeint ist das „negative Vermögen", soweit es nicht durch die genannten Maßnahmen (Bilanzgewinn, Kapitalherabsetzung bzw Gesellschafterzuschuss) kompensiert wird.

[24] Keine ausreichende betriebliche Rechtfertigung wäre allerdings der Umstand, dass die Muttergesellschaft, die zum Zweck des Erwerbs der Anteile an der Tochtergesellschaft gegründet wurde, insolvenzgefährdet ist. Wäre dieser Grund ausreichende Rechtfertigung, so wäre der Einlagenrückgewähr Tür und Tor geöffnet. Die betriebliche Rechtfertigung wird nur dann ausreichend gegeben sein, wenn sich eine operativ im Konzern/in der Firmengruppe tätige Gesellschaft in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, die nicht in erster Linie auf die Finanzierung des Anteilserwerbs zurückzuführen sind.

[25] *Szep* in *Jabornegg/Strasser,* AktG II[5] § 224 Rz 10; *Kalss,* Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung[2] § 224 AktG Rz 67, 70; *Koppensteiner,* Verschmelzung und Vermögensbindung, wbl 1999, 333 (340); *G. Nowotny,* Umgründungsrecht wohin? Der Hilferuf eines Firmenbuchrichters, ecolex 2000, 116 (118); *Fellner,* Vermögensbindung bei der Verschmelzung, Bemerkungen zu OGH vom 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99 b, NZ 2000, 225 (229); *Reich-Rohrwig,* Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 283 ff; wohl ebenso *Bauer/Zehetner* in *Straube,* GmbH-Gesetz (2009) § 82 Rz 139, 141; OLG Wien 28 R 111/04 f NZ 2005/75, 300; 28 R 16/07 i GesRZ 2007, 425; unklar OGH 6 Ob 70/03 t.

[26] *H. Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger,* Österreichisches Insolvenzrecht II/2[4] § 67 Rz 21 mwN; *Szep* in *Jabornegg/Strasser,* AktG II[5] § 224 Rz 10; *Koppensteiner/Rüffler,* GmbHG[3] § 25 Rz 35; OGH 3 Ob 173/08 z ZIK 2009/102, 60 ua.

[27] Siehe FN 26.

[28] Auch ich selbst habe diese Ansicht im Rahmen einer Entscheidungsbesprechung obiter in GesRZ 2008, 100 (104) geäußert, die ich hiemit kritisch hinterfrage.

[29] *H. Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger,* Österreichisches Insolvenzrecht II/2[4] § 67 Rz 21 mwN; OGH 3 Ob 173/08 z ZIK 2009/102, 60 ua.

Eindruck soll durch das folgende Beispiel plausibilisiert werden:

Die A GmbH (Tochtergesellschaft) ist Eigentümerin eines sehr erfolgreichen operativen Geschäfts. B gründet als Alleingesellschafter die B GmbH, welche sodann sämtliche Geschäftsanteile an der Tochtergesellschaft kauft. Die B GmbH wird somit Alleingesellschafterin (Muttergesellschaft) der Tochtergesellschaft. Die Bilanz der B GmbH weist unter den Aktiva die Beteiligung an der Tochtergesellschaft mit einem Wert von 1 Mio Euro und unter den Passiva das Stammkapital in Höhe von € 50.000,– und einen für die Finanzierung des Kaufpreises aufgenommenen Kredit in Höhe von € 950.000,– aus. Die Kreditverbindlichkeit der B GmbH soll grundsätzlich durch Gewinnausschüttungen der Tochtergesellschaft bedient werden. Die B GmbH möchte jedoch den Kredit im Hinblick auf die hervorragende Liquidität der Tochtergesellschaft schneller tilgen und daher zu diesem Zweck die Gewinnausschüttungen der Tochtergesellschaft übersteigende Tilgungsraten leisten.

Variante 1:

Da die Tochtergesellschaft einen Liquiditätsüberschuss hat, macht B über die B GmbH seinen Einfluss auf die Tochtergesellschaft dahin geltend, dass diese über den ausschüttbaren Bilanzgewinn hinaus Zahlungen an die B GmbH leistet, und zwar nicht als Kredit, sondern als der B GmbH endgültig zustehende Geldbeträge. Niemand zweifelt daran, dass ein solcher Vorgang evident gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 Abs 1 GmbHG) verstößt und daher unzulässig ist. Die Tochtergesellschaft – im Falle der Insolvenz ihr Insolvenzverwalter – könnte die über den Bilanzgewinn hinaus geleisteten Zahlungen von der B GmbH zurückverlangen (§ 83 Abs 1 Satz 1 GmbHG).

Variante 2:

Um die von B beabsichtigte schnellere Kreditrückzahlung zu realisieren, wird die Verschmelzung der Tochtergesellschaft als übertragende Gesellschaft auf die B Gesellschaft (Muttergesellschaft) als übernehmende Gesellschaft beschlossen. Das bei Außerachtlassung des Beteiligungsansatzes der B GmbH an der Tochtergesellschaft vorhandene negative Vermögen der B GmbH (€ 950.000,–) kann zwar nicht durch ausschüttungsfähiges Vermögen der Tochtergesellschaft kompensiert werden. Allerdings ist im Hinblick auf den hervorragenden Geschäftsgang und die gute Liquidität der B GmbH die aus dem Verschmelzungsvorgang hervorgehende (fusionierte) Gesellschaft im insolvenzrechtlichen Sinn nicht überschuldet, da die Fortbestehensprognose positiv und auch die Zahlungsfähigkeit gegeben ist.

Nach der ganz hA ist die Variante 1 unzulässig, wogegen nach einem Teil der Lehre und Rsp[30] die Variante 2 zulässig ist. Das ist einigermaßen überraschend, sind doch beide Sachverhalte aus der Sicht der (gefährdeten) Gläubiger der Tochtergesellschaft ähnlich gelagert: In beiden Fällen reduziert sich der Haftungsfonds für sie in einem das zulässige Ausmaß (Gewinnausschüttung) überschreitenden Umfang.

b) Das Verhältnis der liberalen Tendenzen in Lehre und Rsp zur Kapitalerhaltungspflicht

Wenn man – wie der bereits erwähnte Teil der Lehre und Rsp[31] – von der Zulässigkeit der Variante 2 ausgeht, so ist festzustellen, dass diese Meinung in Konflikt zu den zwingenden Kapitalerhaltungsgrundsätzen des Kapitalgesellschaftsrechts gerät:

Nach diesen Grundsätzen darf lediglich der Bilanzgewinn, welcher allenfalls um aufgelöste ungebundene Rücklagen vergrößert wird, ausgeschüttet werden, niemals jedoch das Stammkapital (Grundkapital) selbst und auch nicht die gebundenen Rücklagen (§ 82 Abs 1 GmbHG; § 54 AktG).[32] Weiters ist auch die Ausschüttungssperre des § 235 Z 3 UGB zu beachten. Von dieser Ausschüttungssperre sind Erträge aus der Auflösung von Kapitalrücklagen erfasst, die bei Umgründungen

- unter Ansatz des beizulegenden Werts gemäß § 202 Abs 1 UGB oder
- unter Fortführung der Buchwerte bei gleichzeitigem Ansatz eines Umgründungsmehrwerts bzw eines allfälligen darüber hinausgehenden Firmenwerts nach § 202 Abs 2 Z 2 und 3 UGB

dotiert wurden.[33]

Schimpl[34] vertritt die Meinung, dass die Ausschüttungssperre des § 235 Z 3 UGB teleologisch zu reduzieren ist auf jene Fälle, bei denen im Zuge der Umgründung *Anteilsrechte* gewährt wurden. Damit will er eine Harmonisierung der Auslegung des § 235 Z 3 UGB und des § 229 Abs 5 iVm § 229 Abs 2 Z 5 UGB herbeiführen. Er begründet dies damit, dass gemäß § 229 Abs 2 Z 1 UGB nur Agiobeträge iZm der *Ausgabe neuer Anteile* in eine gebundene Rücklage einzustellen sind. Demgegenüber müssen Zubußen von Gesellschaftern ohne Gewährung neuer Anteile nicht in eine gebundene Kapitalrücklage eingestellt werden (§ 229 Abs 2 Z 5 iVm § 229 Abs 5 UGB). Der Grund für diese unterschiedliche Regelung liegt nach *Schimpl* darin, dass eine längerfristige Bindung und nachhaltige Stärkung des Eigenkapitals der Gesellschaft durch die Einbringung von Vermögenswerten nur dann beabsichtigt ist, wenn hiefür neue Anteile gewährt werden. Gerade vor dem Hintergrund dieser Ansicht vermag die restriktive Auslegung der Ausschüttungssperre des § 235 Z 3 UGB jedoch nicht zu überzeugen:

Durch Umgründungen erfolgen Eingriffe in *gesellschaftsrechtliche Grundstrukturen*, die idealtypisch *auf Dauer* angelegt sind. Sie sind nicht vergleichbar mit Zubußen iSd § 229 Abs 2 Z 5 UGB, die nicht selten nach einer Schwächephase der Gesellschaft wieder an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. Somit muss *§ 235 Z 3 UGB* richtigerweise als *lex specialis* und *§ 229 UGB* als *lex generalis* qualifiziert werden. Nach den allgemei-

[30] Siehe FN 25.
[31] Siehe FN 25.
[32] Es sei denn, es werden die gesetzlichen Vorschriften über die Kapitalherabsetzung eingehalten.
[33] *Bergmann* in *Straube*, UGB II/RLG³ § 235 Rz 23 ff mwN; *Ludwig/Hirschler*, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen² III Rz 93 ff; vgl auch *Beiser*, GesRZ 2014, 36 ff.
[34] Kapitalerhaltung und Gewinnausschüttung bei Einbringungen unter besonderer Berücksichtigung des Verbots der Einlagenrückgewähr sowie der Ausschüttungssperre des § 235 Z 3 UGB (2011) 144 ff; ihm folgend *Beiser*, GesRZ 2014, 38.

nen Auslegungsgrundsätzen hat die lex specialis (§ 235 Z 3 UGB) der lex generalis (§ 229 UGB) vorzugehen.[35] Somit besteht kein Grund, die Ausschüttungssperre des § 235 Z 3 UGB einschränkend auszulegen.

Diese Meinung wird durch folgende Überlegung bestätigt: Da nur Aktiengesellschaften und große Gesellschaften mit beschränkter Haftung zur Bildung von gebundenen Rücklagen verpflichtet sind (§ 229 Abs 4 UGB) und demnach agio-ähnliche Unterschiedsbeträge nur bei solchen Gesellschaften in die gebundene Rücklage einzustellen sind (§ 229 Abs 5 UGB), würde durch die von *Schimpl* vertretene restriktive Auslegung § 235 Z 3 UGB der wesentliche Anwendungsbereich genommen. Wenn der Maßstab für die Auslegung des § 235 Z 3 UGB also § 229 UGB wäre, würde die Ausschüttungssperre des § 235 Z 3 UGB in folgenden, in der Umgründungspraxis überaus häufig vorkommenden Fällen nicht zur Anwendung gelangen:

- Umgründungen ohne Anteilsgewährung (arg § 229 Abs 2 Z 5 iVm § 229 Abs 5 UGB);
- Umgründungen mit Anteilsgewährung, wenn die übernehmende Gesellschaft eine kleine oder mittlere Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist (arg § 229 Abs 4 UGB).

Dass trotz der weiten Diktion des § 235 Z 3 UGB der Gesetzgeber dieser Bestimmung einen derart reduzierten Anwendungsbereich zuordnen wollte, ist schwer verständlich, zumal durch die Umgründung – wie erwähnt – idealtypisch auf Dauer in gesellschaftsrechtliche Grundlagen eingegriffen wird.

Ob der Wert einer an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft negativ ist, ist – wie erwähnt – nach ganz herrschender Ansicht nach Verkehrswerten zu beurteilen. Dies ist zutreffend, da es für die Gläubiger einer (positiven) Gesellschaft unproblematisch ist, wenn diese mit einer anderen Gesellschaft, deren Verkehrswert positiv ist, verschmolzen wird. Wenn eine nach diesen Grundsätzen bewertete Gesellschaft einen negativen Wert aufweist, kann dieser nach richtiger Ansicht von der anderen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft nur durch ausschüttungsfähiges Kapital bzw durch die oben erwähnten sonstigen Maßnahmen (Gesellschafterzuschüsse, Kapitalherabsetzung oder betriebliche Rechtfertigung) kompensiert werden. Dies leuchtet ein, da es durch die Verschmelzung zu einem die Gläubiger der positiven Gesellschaft belastenden Kapitalabfluss kommt, dem kein Gegenwert gegenübersteht. Dies ist – wirtschaftlich betrachtet – einer Gewinnausschüttung gleichzuhalten, die entsprechend den zwingenden Kapitalerhaltungsgrundsätzen nur im Rahmen des ausschüttungsfähigen Kapitals erfolgen darf.

Es könnte allenfalls eingewendet werden, dass bei der Spaltung sowohl bei der abspaltenden Gesellschaft wie auch bei der durch die Spaltung neu entstehenden bzw übernehmenden Gesellschaft jeweils ein positiver Wert verbleiben bzw vorhanden sein muss, wobei für diese Wertermittlung jeweils die Verkehrswerte maßgeblich sind (§ 3 Abs 4, § 17 SpaltG).[36]

Diese gesellschaftsrechtliche Situation ist jedoch nicht vergleichbar mit der Verschmelzung einer positiven mit einer negativen Gesellschaft. Bei der Spaltung erleiden die Gläubiger keinen Nachteil, da neben jener an der Spaltung beteiligten Gesellschaft, welcher die betreffenden Verbindlichkeiten zugeordnet werden, auch die übrigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften bis zur Höhe des ihnen jeweils zugewiesenen Netto-Aktivvermögens als Gesamtschuldnerinnen haften (§ 15 SpaltG). Demgegenüber verschlechtert sich bei der Verschmelzung einer positiven mit einer negativen Gesellschaft die Position der Gläubiger der positiven Gesellschaft. Die beiden Fälle sind also nicht vergleichbar, sodass aus dem Spaltungsrecht kein Argument dafür abgeleitet werden kann, dass für die Kompensation des negativen Verkehrswerts einer an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft nicht nur das ausschüttungsfähige Kapital der positiven Gesellschaft, sondern deren gesamter positiver Verkehrswert zur Verfügung steht. Diese Meinung gerät in einen unlösbaren Widerspruch mit den zwingenden Kapitalerhaltungsgrundsätzen.

In diesem Zusammenhang wird immer wieder die OGH-E 6 Ob 70/03t als Belegstelle dafür zitiert, dass eine Verschmelzung, an welcher eine Gesellschaft mit negativem Kapital beteiligt ist, dann zulässig ist, wenn die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft zahlungsfähig und nicht überschuldet im insolvenzrechtlichen Sinn ist.[37] Tatsächlich formuliert der OGH in dieser Entscheidung wörtlich: „*Wie G. Nowotny (ecolex 2000, 118) zutreffend formuliert, ist aus den Grundwertungen der Gläubigerschutzregeln der §§ 226 ff AktG sowie aus der Überlegung, dass es dem Gesetzgeber nicht zusinnbar ist, Verschmelzungen zuzulassen, die zu einem insolvenzreifen Gebilde führen, abzuleiten, dass eine Verschmelzung unzulässig ist, wenn die fusionierte Gesellschaft überschuldet ist.*" Im nächsten Satz fährt der OGH in dieser Entscheidung wörtlich wie folgt fort: „*Es kann nicht angenommen werden, dass ein Gesetz, das[s] sich konsequent um die Aufbringung eines dem Stammkapital entsprechenden Vermögens bemüht, gesellschaftsrechtliche Maßnahmen gestattet, die dazu führen, dass weniger Vermögen übrig bleibt, als es der Stammkapitalziffer entspricht. Die Ver-*

[35] Ebenso *Hofians/Ressler* in *Straube*, UGB II/RLG³ § 229 Rz 20; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 47, 319; vgl auch *Ludwig* in *Zib/Dellinger*, Großkomm UGB (2013) § 202 Rz 10.

[36] *Kalss*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung² § 3 SpaltG Rz 36 und 47.

[37] *Kalss*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung² § 224 AktG Rz 67; *G. Nowotny*, ecolex 2000, 116 (118); *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 224 Rz 10.

schmelzung ist daher unzulässig, wenn dies ihr Ergebnis ist (Koppensteiner, aaO)."

Dies sind also prima facie zwei widersprüchliche Aussagen des OGH: Aus dem zuerst erwähnten Satz kann tatsächlich entnommen werden, dass eine Verschmelzung zulässig ist, wenn die fusionierte Gesellschaft nicht im insolvenzrechtlichen Sinn überschuldet (und gemeint natürlich auch nicht zahlungsunfähig) ist. In den beiden unmittelbar darauffolgenden Sätzen bringt der OGH jedoch klar zum Ausdruck, dass ein Verschmelzungsvorgang dann unzulässig ist, wenn nach der Verschmelzung der Wert des Vermögens der fusionierten Gesellschaft deren Stammkapital unterschreitet. Richtigerweise ist der OGH also so zu verstehen, dass er in den beiden letztgenannten Sätzen die Aussage im ersterwähnten Satz relativiert, indem dieser Satz in der Weise zu lesen ist, dass eine Verschmelzung *jedenfalls* unzulässig ist, wenn die fusionierte Gesellschaft überschuldet ist. Aus den beiden folgenden Sätzen ergibt sich, dass der Wert der fusionierten Gesellschaft mindestens dem Stamm- bzw Grundkapital der übernehmenden Gesellschaft (und richtigerweise auch deren gebundenen Rücklagen) entsprechen muss. Dabei darf jedoch das Vermögen der positiven Gesellschaft zu diesem Zweck nicht aufgewertet werden. Selbst wenn die positive Gesellschaft die übertragende Gesellschaft ist und gemäß § 202 Abs 1 UGB eine Aufwertung auf den beizulegenden Wert zulässig ist, unterliegt dieser Aufwertungsbetrag der Ausschüttungssperre gemäß § 235 Z 3 UGB.[38] In Wirklichkeit ist also diese OGH-Entscheidung keine Belegstelle für die Meinung, wonach die fusionierte Gesellschaft lediglich zahlungsfähig und nicht überschuldet im insolvenzrechtlichen Sinn sein darf. Viel eher ist der OGH so zu verstehen, dass bei der Verschmelzung mit einer Gesellschaft mit negativem Kapital das Stammkapital der fusionierten Gesellschaft zuzüglich allfälliger gebundener Rücklagen erhalten bleiben muss, wobei bei der positiven Gesellschaft die Buchwerte maßgeblich sind. Dass die fusionierte Gesellschaft nicht überschuldet im insolvenzrechtlichen Sinn und auch nicht zahlungsunfähig sein darf, ist also eine notwendige, aber noch keine hinreichende Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen Verschmelzung.

All diese Fragen wären in dem der hier besprochenen OGH-Entscheidung zugrunde liegenden Zivilverfahren zu prüfen gewesen, und zwar ex ante, wie sich die Situation im Zeitpunkt der Verschmelzung für die Beteiligten dargestellt hat. Wäre nach dieser Beurteilung (ex ante) der negative Wert der betreffenden Gesellschaft durch ausschüttungsfähiges Kapital der positiven Gesellschaft gedeckt gewesen, wäre – neben dem ohnedies wirksamen MBO – die Fusion zulässig gewesen, andernfalls nicht. Im Falle der zulässigen Fusion hätten keine Ansprüche gegenüber der finanzierenden Bank bestanden.

3. Bereicherungsrechtliche Aspekte

In der hier besprochenen Entscheidung hatte sich der OGH auch mit den von der beklagten finanzierenden Bank erhobenen Einwendungen zu befassen, wonach ihr für den Fall der Annahme der Nichtigkeit der Kreditverträge aufrechnungsweise Bereicherungsansprüche zumindest in Höhe der Klagsforderung zustehen. Der OGH hat mE zutreffend darauf hingewiesen, dass nach dem Zweck der Norm des § 82 GmbHG ein bereicherungsrechtlicher Anspruch nicht zustehe. Räumte man, so der OGH weiter, der kreditgewährenden Bank zwar im Hinblick auf die Nichtigkeit des Kreditvertrags keinen Anspruch auf (ratenweise) Tilgung des Kredits, wohl aber einen (bereicherungsrechtlichen) Anspruch auf (dann sogar sofortige) Rückzahlung des gewährten Kredits ein, so ginge der von § 82 GmbHG verfolgte Normzweck ins Leere. Dem ist, wenn die Kreditverträge mit der finanzierenden Bank tatsächlich nichtig sind und die Bank von der intendierten Vorgangsweise wusste

[38] *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 318 ff; vgl auch *Nowotny*, Gebundene Rücklagen, GesRZ 1996, 68 (73); aA *Bergmann* in *Straube*, UGB II/RLG³ § 235 Rz 23 ff, und *Weninger* in *U. Torggler*, UGB (2013) § 235 Rz 4 (jeweils mwN), die die Meinung vertreten, dass bei einer Upstream-Verschmelzung die Aufwertung in der Gewinn- und Verlustrechnung darzustellen ist und somit als Bilanzgewinn (Gewinnrücklage) ausgewiesen werden kann; der Bilanzgewinn (die Gewinnrücklage) ist keine Kapitalrücklage und daher nach diesen Autoren ausschüttungsfähig (arg „Kapitalrücklage" in § 235 Z 3 UGB). *Reich-Rohrwig* (aaO) nimmt die gegenteilige Position ein. Seine überzeugenden Argumente können noch durch folgende weitere Überlegung untermauert werden: Die Verschmelzung zwischen einer Mutter- und ihrer Tochtergesellschaft führt, wenn man vorerst die Frage der Ausschüttungssperre, um deren Auslegung es hier geht, ausblendet, für die Gläubiger beider Gesellschaften unabhängig von der Verschmelzungsrichtung wirtschaftlich zum selben Ergebnis. Wenn man jedoch der Meinung von *Bergmann* und *Weninger* (ua) folgt, finden die Gläubiger eine grundlegend verschiedene Situation vor, je nach dem ob die Verschmelzung downstream (besser für die Gläubiger, da Ausschüttungssperre) oder upstream (ungünstiger für die Gläubiger, da keine Ausschüttungssperre) erfolgt. Dies überrascht: Dass allein von der Wahl des technischen Wegs (Verschmelzungsrichtung) die nachfolgende Ausschüttungsmöglichkeit entscheidend beeinflusst wird, ist nicht einsichtig. Die Meinung von *Reich-Rohrwig* ist daher auch unter diesem Aspekt überzeugend. Demnach kommt die Ausschüttungssperre des § 235 Z 3 UGB nicht nur bei der Downstream-Verschmelzung, sondern auch bei der Upstream-Verschmelzung zur Anwendung. Aber selbst wenn man der anderen Meinung den Vorzug gibt, so ist das durch die Aufwertung generierte Ausschüttungspotenzial im Zeitpunkt der Verschmelzung noch nicht verfügbar (ausschüttbar), sondern wird dies erst in der Gewinn- und Verlustrechnung des auf die Verschmelzung folgenden Geschäftsjahrs dargestellt und somit erst in der auf den Verschmelzungsstichtag folgenden Bilanz als Bilanzgewinn (Gewinnrücklage) ausweisbar und damit ausschüttbar. Also müsste auch in diesem Fall der Gesellschafter, wenn der negative Wert einer an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft nicht schon durch im *Verschmelzungszeitpunkt* ausschüttbare Gewinne kompensiert werden kann, einen entsprechenden Gesellschafterzuschuss leisten, den er im Folgejahr auf Grund des dann in der Bilanz durch die Aufwertung ausgewiesenen Bilanzgewinns wieder ausschütten könnte (soweit dieser nicht durch einen Verlust aufgezehrt wird).

oder bei gehöriger Sorgfalt wissen hätte müssen, zuzustimmen.[39]

4. Wie sollen sich finanzierende Banken verhalten?

Die Aussagen des OGH in der hier besprochenen Entscheidung müssen auf das richtige Ausmaß reduziert werden: Ein Unternehmenskauf über eine zu diesem Zwecke gegründete Kapitalgesellschaft ist weiterhin zulässig. Die anschließende Verschmelzung der Tochter- mit der Muttergesellschaft oder umgekehrt (die Verschmelzungsrichtung ist ohne Bedeutung) ist nur unter den oben beschriebenen Voraussetzungen zulässig und wirksam: Das sich nach Verkehrswerten ergebende negative Kapital – bei dessen Ermittlung ist der Beteiligungsansatz der Mutter- an der Tochtergesellschaft außer Betracht zu lassen – muss durch ausschüttungsfähiges Kapital der positiven Gesellschaft, durch Gesellschafterzuschüsse oder durch eine Kapitalherabsetzung kompensiert werden; allenfalls kann auch eine betriebliche Rechtfertigung für die Zulässigkeit einer solchen Verschmelzung sprechen.

Folglich muss es für Banken auch weiterhin zulässig sein, einen Unternehmenskauf über ein SPV zu finanzieren. Die Bank muss nur sichergehen, dass es nicht hernach zu einer unzulässigen Verschmelzung zwischen der Tochter- und der Muttergesellschaft kommt. Eine finanzierende Bank wird daher gut daran tun, in die entsprechenden Kreditverträge eine verpflichtende Erklärung der Kreditnehmerin aufzunehmen, dass eine gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßende Verschmelzung zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaft jetzt und auch in Zukunft unterbleibt.

C. Zusammenfassung

1. Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen durch eine zu diesem Zweck gegründete Kapitalgesellschaft ist, auch wenn diese Kapitalgesellschaft hiefür einen Kredit aufnimmt, zulässig. Gegenteiliges kann auch der OGH in seiner Entscheidung 6 Ob 48/12w nicht gemeint haben.

2. Bei einer allenfalls nachfolgenden Verschmelzung der Mutter- mit der Tochtergesellschaft sind die Gläubigerschutzvorschriften, insbesondere das Verbot der Einlagenrückgewähr, zu beachten.

3. Im Einzelnen gilt:

a. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine der beteiligten Verschmelzungsgesellschaften einen negativen Wert aufweist, ist der Beteiligungsansatz der Mutter- an der Tochtergesellschaft außer Ansatz zu lassen.

b. Wenn sodann der Wert einer beteiligten Gesellschaft – unter Ansatz der Verkehrswerte – negativ ist, muss dieser negative Wert „kompensiert" werden. Dies kann durch ausschüttungsfähiges Kapital der anderen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft (Bilanzgewinn und/oder freie Rücklagen) erfolgen. Außerdem kann der negative Wert durch einen Gesellschafterzuschuss oder durch Kapitalherabsetzung in entsprechender Höhe ausgeglichen werden. Schließlich ist die Verschmelzung auch dann zulässig, wenn eine betriebliche Rechtfertigung hiefür vorhanden ist, deren Vorteil den negativen Wert kompensiert. Wenn keiner dieser Fälle vorliegt, ist die Verschmelzung unzulässig, da gegen zwingende Gläubigerschutzvorschriften verstoßen wird.

c. Die Verschmelzungsrichtung ist ohne Bedeutung.

4. Banken sollten sich in ihren Kreditverträgen seitens der kreditnehmenden Kapitalgesellschaft zusichern lassen, dass keine Verschmelzung erfolgen wird, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr oder gegen sonstige zwingende Gläubigerschutzvorschriften verstoßen wird.

Über den Autor:
Univ.-Doz. Dr. Manfred Umlauft ist Notar in Dornbirn und Universitätsdozent für Bürgerliches Recht an der Juridischen Fakultät der Universität in Innsbruck. Zahlreiche Publikationen auch auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts.

[39] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 83 Rz 12.

NZ 2014/37

Paradigmenwechsel im Wasserrecht

Erwerb von Eigentum oder anderen dinglichen Rechten am Bette eines Sees

Öffentliches Gut und öffentliches Wassergut „klingen" ähnlich, haben aber nichts gemein. Der Unterschied liegt in den Wurzeln dieser Güter. Das hat Konsequenzen für das seit 1934 geltende Ersitzungsverbot.

Von Martin Kind

Inhaltsübersicht:

A. Einleitung
B. Zum Eigentumserwerb am Wasserbett nach dem RWRG 1869
C. Zum *„Gewässer"* nach dem RWRG 1869
D. Zum *„öffentlichen Gut"* nach dem RWRG 1869 und dem ABGB