

# Ausschüttungssperre von Verschmelzungsgewinnen nach einer Upstream-Verschmelzung?

Der folgende Beitrag befasst sich mit der Zulässigkeit einer Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft und einer im Anschluss durchgeführten Gewinnausschüttung des aufgrund einer Aufwertung entstandenen Verschmelzungsgewinns. Das durchaus komplexe Thema, das an der Schnittstelle zwischen Bilanzrecht und Gesellschaftsrecht liegt, ist – soweit ersichtlich – noch nicht umfassend in der Literatur behandelt worden. Obwohl die gesetzliche Regelung dem Wortlaut nach eindeutig ist, wird eine derartige Vorgangsweise in der Praxis bisweilen als problematisch empfunden.

## 1. Einleitendes Beispiel

Folgendes Eingangsbeispiel, auf das in der Folge mehrmals Bezug genommen wird, soll zur Veranschaulichung des in der Folge aufgezeigten Problems dienen:

*Die A GmbH ist zu 100 % an der B GmbH beteiligt. B soll upstream auf A verschmolzen werden. Die Verschmelzung würde bei einer Buchwertfortführung zu einem Buchgewinn bei A iHv 50 führen, wobei der Wegfall des ursprünglichen Beteiligungsansatzes der A an B bereits berücksichtigt ist.*

*In B befinden sich des Weiteren stille Reserven iHv 100. A möchte im Zuge der Verschmelzung in der Bilanz den beizulegenden Wert gem § 202 Abs 1 UGB ansetzen, womit die stillen Reserven iHv € 100 aufgedeckt werden.*

*Die Verschmelzung führt daher infolge der Aufwertung auf den beizulegenden Wert gem § 202 Abs 1 UGB insgesamt zu einem „Verschmelzungsgewinn“ iHv 150 in der Eröffnungsbilanz von A.*

*In der Folge schüttet A den „Verschmelzungsgewinn“ iHv 150 an seine Gesellschafter aus (zur bilanziellen Darstellung dieses Beispiels siehe noch Abschnitt 3.1.).*

In diesem Beitrag soll die Zulässigkeit einer derartigen Vorgangsweise untersucht werden.

## 2. Die Verschmelzung upstream

Upstream-Verschmelzungen sind zulässig.<sup>1)</sup> Der Gesetzgeber privilegiert Upstream-Verschmelzungen sogar, indem er um-

1) OGH 25. 11. 1999, 6 Ob 163/99k; vgl auch § 224 Abs 1 Z 1 AktG; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> (2010) § 232 Rz 4 ff; *Bauerl/Zehetner in Straube*, GmbHG (2009) § 82 Rz 136.

fassende Erleichterungen für die Beteiligten, wie den Ex-lege-Wegfall von Berichtspflichten, vorsieht (vgl § 232 Abs 1 AktG). Zuletzt wurde sogar durch das GesRÄG 2011<sup>2)</sup> die Upstream-Verschmelzung ohne Fassung von Verschmelzungsbeschlüssen in den Gesellschafterversammlungen der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ermöglicht (vgl § 231 Abs 1 Z 1 AktG und § 232 Abs 2 AktG).<sup>3)</sup> Die Upstream-Verschmelzung ist daher in der Praxis jene Verschmelzungsform, die die geringsten Dokumentationsanforderungen für die Beteiligten aufstellt.

### 2.1. Bilanzierung der Verschmelzung upstream bei der übernehmenden Muttergesellschaft

Bei einer Verschmelzung<sup>4)</sup> upstream muss zunächst der Beteiligungsansatz der Tochtergesellschaft aus der Bilanz der Muttergesellschaft ausgebucht werden, da die Tochtergesellschaft nach Durchführung der Verschmelzung nicht mehr existiert.<sup>5)</sup>

Im Gegenzug sind das Vermögen und die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft in der Bilanz der Muttergesellschaft zu verbuchen. Aufgrund dieser Differenzrechnung – und, weil das Nettoaktivvermögen der Tochtergesellschaft selten dem Bilanzansatz der Beteiligung ebendieser in der Muttergesellschaft entspricht – kommt es dabei idR (trotz Buchwertfortführung) zu einem bilanziellen Gewinn oder Verlust in der Bilanz der

2) BGBl 2011/53.

3) Siehe dazu *Potyka/Winner*, Das Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2011, 209 (212 f).

4) Diese Grundsätze würden im Übrigen auch bei einer Upstream-Spaltung gelten.

5) ZB *Ludwig/Hirschler*, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen<sup>2</sup> (2012) 172 f; *Hügel*, Umgründungsbilanzen (1997) 33.

Muttergesellschaft.<sup>6)</sup> Im Eingangsbeispiel beträgt dieser Buchgewinn – im Fall der Buchwertfortführung – 50.

IdR erfolgt die Bilanzierung sowohl unternehmensrechtlich (bilanzrechtlich) als auch steuerrechtlich durch Übernahme der Buchwerte in die Bilanz der Muttergesellschaft (siehe dazu noch den folgenden Abschnitt 2.2.). Ist das UmgrStG anzuwenden, ist die Buchwertfortführung für steuerliche Zwecke gesetzlich vorgeschrieben (vgl § 3 Abs 1 Z 1 iVm § 2 Abs 1 UmgrStG).<sup>7)</sup>

## 2.2. Aufwertung auf den beizulegenden Wert gem § 202 Abs 1 UGB im Unternehmensrecht

Anders als – grundsätzlich – im Umgründungssteuerrecht (§ 3 Abs 1 Z 1 iVm § 2 Abs 1 UmgrStG) ist es im Unternehmensrecht ohne besondere Voraussetzungen zulässig, im Zuge einer Verschmelzung – anstatt die Buchwerte fortzuführen – auf den beizulegenden Wert gem § 202 Abs 1 UGB aufzuwerten.<sup>8)</sup> Das UGB sieht nämlich in § 202 Abs 1 einerseits die Möglichkeit zur Aufwertung und in Abs 2 leg cit andererseits die Möglichkeit zur Buchwertfortführung vor, wobei die Buchwertfortführung legislativ als Ausnahme konzipiert ist (tatsächlich kommt es in der Praxis aber häufig zur Buchwertfortführung).<sup>9)</sup>

Der beizulegende Wert ist der Tageswert, der bei einem Unternehmen unter der „going-concern-Prämisse“ steht.<sup>10)</sup> Bei Aufwertung mittels Ansatz des beizulegenden Wertes werden daher die stillen Reserven aufgedeckt.

## 2.3. Ausweis des Verschmelzungsgewinnes als Kapitalrücklage in der Bilanz oder als außerordentlicher Ertrag/Verlust in der GuV?

### 2.3.1. Meinungsstand

Anders als bei einer Vermögensbewegung downstream oder sidestream ist nach ganz hM eine Vermögensbewegung upstream – und daher auch eine Verschmelzung upstream – in der Weise bei der übernehmenden Gesellschaft zu buchen, dass es zu einem Ausweis der Verschmelzungsdifferenz als außerordentlichem Ertrag (bzw außerordentlichem Verlust) in der GuV kommt.<sup>11)</sup>

Im Gegensatz dazu wäre das zu übertragende Nettoaktivvermögen im Falle einer Verschmelzung downstream aufgrund des Vorliegens einer Einlage auf der Passivseite unter den Kapitalrücklagen, bei Durchführung einer Kapitalerhöhung auch unter dem Nennkapital, in jedem Fall also in der Bilanz (und nicht in der GuV) auszuweisen.<sup>12)</sup>

Im Falle einer Verschmelzung sidestream würde ebenfalls eine Einlage vorliegen, sodass der Verschmelzungsgewinn ebenfalls auf der Passivseite der Bilanz als Kapitalrücklage (bei Kapitalerhöhung auch als Nennkapital) in der Bilanz gebucht wird.<sup>13)</sup>

Der Grund für die abweichende Behandlung der Verschmelzung upstream, wonach der Verschmelzungsgewinn nicht als Kapitalrücklage auszuweisen ist, liegt darin, dass keine Einlage vorliegt (siehe zur Begründung noch unten Abschnitt 2.3.2.). Daher kommt es zu einem Ausweis als Ertrag in der Gewinn- und Verlustrechnung.

Bestritten wurde dieses Ergebnis lediglich von ganz vereinzelten Abweichungen in der älteren Literatur,<sup>14)</sup> die jedoch nicht begründet wurden und in den späteren Auflagen nicht mehr aufrechterhalten wurden.

### 2.3.2. Eigene Beurteilung

Der hM, die eine Buchung über die Passivseite (Nennkapital, Kapitalrücklagen) ablehnt, ist zuzustimmen.

Eine Verschmelzung upstream bewirkt, dass das Vermögen der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft übertragen wird. Es kann sich daher nicht um eine Einlage der Tochtergesellschaft in die Muttergesellschaft handeln. Eine Einlage kann nämlich – aus gesellschaftsrechtlicher Sicht – nur durch den Gesellschafter geleistet werden, nicht jedoch durch die Gesellschaft an den Gesellschafter.

Bei einer Umgründung downstream ist das Vorliegen einer Einlage am klarsten ersichtlich, da die Einlageleistung (nicht anders als bei einer Bareinlage) „von oben nach unten“ erfolgt. Auch bei einer Verschmelzung sidestream wird das Ergebnis verständlich, wenn man sich gedanklich vorstellt, dass die Einlage vom gemeinsamen Gesellschafter der übertragenden und übernehmenden Gesellschaft erfolgt.

Diese gedankliche Vorstellung kann jedoch bei einer Vermögensbewegung upstream nicht angewendet werden. Es liegt gesellschaftsrechtlich schlicht keine Einlage vor, da eine Einlage von der Tochter- in die Muttergesellschaft den gesellschaftsrechtlichen Vorstellungen widerspricht. Bei einer Verschmelzung upstream wird nämlich das Vermögen der Tochtergesellschaft auf die übernehmende Muttergesellschaft übertragen, wobei im Gegenzug die Beteiligung an der Tochtergesellschaft wegfällt. Es werden auch keine Anteile ausgegeben, sodass es sich beim Buchgewinn auch nicht um ein – in die Kapitalrücklage einzustellendes – Agio iSd § 229 Abs 2 Z 1 UGB handeln kann.<sup>15)</sup> Da im Ergebnis daher keine Einlage vorliegen kann, ist ein Ausweis auf der Passivseite nicht zulässig, sodass lediglich die Verbuchung in der GuV vorgenommen werden kann.

Diese – gesellschaftsrechtlich orientierte – Auffassung setzt ein gesellschaftsrechtliches Verständnis des Begriffes der Kapitalrücklagen in § 229 Abs 2 UGB voraus. Ein solches gesellschaftsrechtliches Verständnis ist uE jedenfalls für die sonstigen Zuzahlungen iSd § 229 Abs 2 Z 5 UGB zutreffend, da diese Zuzahlungen bereits nach dem Wortlaut „durch gesellschaftsrechtliche Verbindungen“ veranlasst sein müssen. Daher geht auch die ganz hM – uE zu Recht – davon aus, dass eine Kapi-

6) *Tichy*, Verschmelzungsdifferenzen (1995) 9 f; vgl auch *Hügel*, Umgründungsbilanzen 31.

7) Vor dem Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1993 (BGBl 1993/458) war die Buchwertfortführung auch im Handelsrecht gesetzlich vorgeschrieben; vgl *Tichy*, Verschmelzungsdifferenzen 9, FN 24.

8) *Urnik/Urtz* in *Straube* zu UGB<sup>3</sup> (2012) § 202 Rz 24 f.

9) Vgl § 202 Abs 2 Z 1 UGB: „abweichend von ...“.

10) Vgl *Urnik/Urtz* in *Straube* zu UGB<sup>3</sup> § 202 Rz 17.

11) *Bergmann* in *Straube*<sup>3</sup> § 235 Rz 18; *Wundsam/Huber/Zöchling/Khun*, Umgründungssteuergesetz<sup>4</sup> (2007) § 3 Rz 13; *Christiner*, Ausschüttungssperre gemäß § 235 Z 3 HGB für alle im Zuge von Umgründungen gebildeten Rücklagen? RWZ 2004, 195; *Hirschler*, Ausschüttungssperre und Umgründungen, GeS 2004, 224 f; *Sulz*, Umgründung und Ausschüttungssperre, SWK 2004, W 172; *Ludwig/Hirschler*, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen<sup>2</sup>, 173 Rz 166 ff; *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 2.32 und Rz 2.38; *Göth* in *Straube*, HGB<sup>2</sup> (2000) § 235 Rz 11; *Prachner/Poindl*, Vermeidung von „Ausschüttungssperre“ und „Einlagenrückgewähr“ bei Umgründungen, ecolo 1997, 254 (254 ff); *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 564 f; *Tichy*, Verschmelzungsdifferenzen 69 und 70 f; *Hirschler*, Einlagenrückzahlung und Umgründungen, RdW 1996, 556 (558); vgl auch *Bertl/Fraberger*, Ausschüttungssperren, RWZ 1996, 269 (270).

12) Vgl nur *Ludwig/Hirschler*, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen<sup>2</sup>, 156.

13) *Ludwig/Hirschler*, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen<sup>2</sup>, 178.

14) ZB *Wundsam/Huber/Zöchling/Khun*, Umgründungssteuergesetz<sup>2</sup> (1995) § 3 Rz 3 (anders aber – und zwar im Sinne der hM – die 4. Auflage: *Wundsam/Huber/Zöchling/Khun*, Umgründungssteuergesetz<sup>4</sup> [2007] § 3 Rz 13); *Schwarzinger/Wiesner*, Umgründungssteuer-Leitfaden (1994) 29 (ebenfalls anders – und zwar im Sinne der hM – die 2. Auflage *Schwarzinger/Wiesner*, Umgründungssteuer-Leitfaden<sup>2</sup> [1997] 79).

15) Vgl zB *Hügel*, Umgründungsbilanzen 2.32; *ders*, Verschmelzung und Einbringung 564 f; *Tichy*, Verschmelzungsdifferenzen 69.

talrücklage iSd § 229 Abs 2 Z 5 UGB nur bei Umgründungsvorgängen mit Einlagecharakter vorliegen kann.<sup>16)</sup> Da § 229 Abs 2 Z 5 UGB als eine Art Auffangregelung bezeichnet werden kann, ist es uE aus systematischen Gründen auch plausibel anzunehmen, dass auch in den Fällen des § 229 Abs 2 Z 1 bis Z 4 eine gesellschaftsrechtliche Verbindung Voraussetzung ist.

Der Ausweis als Ertrag anstelle des Ausweises als Kapitalrücklage kann aus bilanzieller Sicht auch damit erklärt werden, dass ein Buchgewinn bei einer Verschmelzung upstream auf die Realisierung des Wertes der Tochtergesellschaft zurückzuführen ist, da dieser Wert den Kaufpreis der Beteiligung an der Tochter übersteigt. Der Ausweis als Ertrag kann daher mit der Realisierung des Wertes der Tochtergesellschaft bzw des Wertes der Beteiligung an der Tochtergesellschaft begründet werden (wenngleich eingeräumt werden muss, dass diese Realisierung nicht „am Markt“, sondern nur zwischen Konzerngesellschaften erfolgt ist).<sup>17)</sup> Dies dürfte auch der Grund dafür sein, dass einige Autoren einen Ausweis unter den Erträgen aus dem Abgang von Finanzanlagen gem § 231 Abs 2 Z 13 UGB befürworten.<sup>18)</sup>

Anders ist dies bei der Verschmelzung downstream. Hier wird das Vermögen eines Gesellschafters auf die Gesellschaft übertragen. Es übertragen die Gesellschafter der Muttergesellschaft deren Vermögen auf die Tochtergesellschaft und erhalten im Gegenzug die Anteile an dieser. Damit liegt im gesellschaftsrechtlichen Sinne eine Einlage vor.<sup>19)</sup> Der Buchgewinn ist daher als – ungebundene – Kapitalrücklage iSd § 229 Abs 2 Z 5 UGB auszuweisen.<sup>20)</sup>

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Verschmelzungsgewinn bei einer Verschmelzung upstream nur in der GuV erfasst werden kann.

### 2.3.3. Ausweis in der GuV als außerordentlicher Ertrag

Ist man zu dem Ergebnis gekommen, dass der Verschmelzungsgewinn in der GuV gebucht wird, stellt sich die Frage, welche Position der GuV heranzuziehen ist.

Grundsätzlich käme neben dem Ausweis als außerordentlicher Ertrag (§ 231 Abs 2 Z 18 UGB) auch der Ausweis unter den übrigen sonstigen betrieblichen Erträgen (§ 231 Abs 2 Z 4 lit c UGB) oder aus dem Abgang von Finanzanlagen infrage (§ 231 Abs 2 Z 13 UGB). Die hM in der Literatur neigt allerdings zu einem Ausweis als außerordentlicher Ertrag.<sup>21)</sup>

16) Bergmann in Straube, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 18; Ludwig/Strimtzter in Hirschler, Bilanzrecht (2009) § 235 Rz 15; Strimtzter in Helbich/Wiesner/Bruckner, Handbuch der Umgründungen<sup>7</sup> Q3 Rz 112; Christner, RWZ 2004, 195; Hirschler, GeS 2004, 225; aA iE Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 47 und 319 f.

17) Vgl idZ Göth in Straube<sup>2</sup> § 235 Rz 11; Tichy, Verschmelzungsdifferenzen 69.

18) IdS Ludwig/Hirschler, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen<sup>2</sup>, 167, die – aufgrund des Wegfalls der Beteiligung an der Tochtergesellschaft durch die Verschmelzung up-stream – einen Ausweis unter den Erträgen aus dem Abgang von Finanzanlagen gem § 231 Abs 2 Z 13 bzw Abs 3 Z 12 UGB befürworten.

19) Vgl zB Hügel, Umgründungsbilanzen 2.30; ders, Verschmelzung und Einbringung 643; Tichy, Verschmelzungsdifferenzen 82 f.

20) Vgl zB Hügel, Umgründungsbilanzen 2.30; Prachner/Pointl, ecoclex 1997, 254 ff; Tichy, Verschmelzungsdifferenzen 82 f; Ludwig/Hirschler, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen<sup>2</sup>, 147.

21) Bergmann in Straube, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 18; Hirschler, GeS 2004, 225; Sulz, SWK 2004, W 172; Hügel, Umgründungsbilanzen Rz 2.32; Prachner/Pointl, ecoclex 1997, 254 (254 ff); Hirschler, RdW 1996, 558; Tichy, Verschmelzungsdifferenzen 69 und 70 f; Hügel, Verschmelzung und Einbringung 564 f; Förtschle in Beck'scher Bilanz-Kommentar<sup>8</sup> (2012) Rz 222; einschränkend Ludwig/Hirschler, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen<sup>2</sup>, 173 f, die – aufgrund des Wegfalls der Beteiligung an der Tochtergesellschaft durch die Verschmelzung up-stream – einen Ausweis unter den Erträgen aus dem Abgang von Finanzanlagen gem § 231 Abs 2 Z 13 bzw Abs 3 Z 12 UGB befürworten und nur „in Ausnahmefällen“ einen Ausweis unter den außerordentlichen Erträgen für notwendig erachten (vgl bereits FN 18).

IdR wird der Vorgang einer Verschmelzung außerhalb der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit eines Unternehmens liegen. Aus diesem Grund ist uE grundsätzlich ein Ausweis als außerordentlicher Ertrag gem § 231 Abs 2 Z 18 UGB (bzw bei Anwendung des Umsatzkostenverfahrens: § 231 Abs 3 Z 17 UGB) vorzuziehen<sup>22)</sup> und der hM in der Literatur daher zuzustimmen.

Die genaue Einordnung in der GuV ist jedenfalls für die weitergehende Beurteilung der Ausschüttbarkeit des Verschmelzungsgewinnes ohne Bedeutung.

## 3. Die Anwendung von Ausschüttungssperren auf den Verschmelzungsgewinn

### 3.1. Die Bilanz nach der Verschmelzung

Zurück zu unserem Eingangsbeispiel (siehe Abschnitt 1.): Demzufolge setzt sich der Verschmelzungsgewinn aus einem Buchgewinn von 50 zzgl weiteren 100 aufgrund der Aufdeckung der stillen Reserven zusammen. Aus dem oben Aufgezeigten ergibt sich daher ein Ansatz von 150 unter den außerordentlichen Erträgen gem § 231 Abs 2 Z 18 UGB<sup>23)</sup> in der Bilanz der A.<sup>24)</sup> Der Bilanzgewinn ist Endergebnis der GuV und gleichzeitig als Verbindungsposten zur Bilanz auf deren Passivseite ersichtlich.

Die Bilanz der A könnte daher nach Buchung der Verschmelzung folgendermaßen aussehen:

<i>B GmbH</i>			
<i>Beteiligungen</i>	<i>5</i>	<i>Stammkapital</i>	<i>10</i>
<i>Liegenschaften</i>	<i>45</i>	<i>Gebundene Rücklagen</i>	<i>1</i>
		<i>Freie Rücklagen</i>	<i>9</i>
		<i>Bilanzgewinn (Verschmelzungsgewinn)</i>	<i>150</i>
<b>Anlagevermögen</b>	<b>50</b>	<b>Eigenkapital</b>	<b>170</b>
<b>Umlaufvermögen</b>	<b>150</b>	<b>Verbindlichkeiten</b>	<b>30</b>
<b>AKTIVA</b>	<b>200</b>	<b>PASSIVA</b>	<b>200</b>

Da eine Upstream-Verschmelzung durchgeführt wurde, ist es zu keiner Erhöhung der Rücklagen aufgrund der Verschmelzung gekommen, sondern der Verschmelzungsgewinn hat – als außerordentlicher Ertrag – den Bilanzgewinn erhöht. Bei einer Downstream- oder Sidestream-Verschmelzung wäre demgegenüber der Verschmelzungsgewinn iHv 150 in eine Kapitalrücklage (§ 229 Abs 2 Z 5 UGB) einzustellen (in der GuV würde die Verschmelzung diesfalls nicht verbucht werden; damit hätte sie auch keine Auswirkungen auf den Bilanzgewinn).<sup>25)</sup> Im letztgenannten Fall würde – infolge des Ausweises als Kapitalrücklage – die Ausschüttungssperre gem § 235 Z 3 UGB zum Tragen kommen (siehe zu dieser Ausschüttungssperre und zu den sonstigen Voraussetzungen ihrer Anwendung unten Abschnitt 3.2.).

Bei der hier interessierenden Upstream-Verschmelzung liegt allerdings – wie gerade aufgezeigt wurde – ein freier Bilanzgewinn vor. Dieser Bilanzgewinn ist grundsätzlich frei ausschütt-

22) Tichy, Verschmelzungsdifferenzen 69; vgl zur „Außergewöhnlichkeit“ zB die Beispiele bei Bergmann in Straube zu UGB<sup>3</sup> § 233 Rz 14.

23) Ausgegangen wird von der Anwendung des in der Praxis in Österreich üblichen Gesamtkostenverfahrens. Beim Umsatzkostenverfahren wäre § 231 Abs 3 Z 17 UGB einschlägig.

24) Dabei wird unterstellt, dass eine Verschmelzung nicht zu der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der A GmbH gehört.

25) Nochmals Ludwig/Hirschler, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen<sup>2</sup>, 147.

bar – sieht man von satzungsmäßigen oder allfälligen gesetzlichen Beschränkungen ab (zB die Verpflichtung zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage gem § 229 Abs 4 und Abs 6 UGB bei Aktiengesellschaften und großen GmbHs).

Die Anwendung einer Ausschüttungssperre auf den Verschmelzungsgewinn kommt bei einer Upstream-Verschmelzung dem Wortlaut nach nicht in Betracht, da die Anwendung des § 235 Z 3 UGB von der Verbuchung des Verschmelzungsgewinnes als Kapitalrücklage abhängt. Bei einer Upstream-Verschmelzung kommt es aber, wie gezeigt wurde, gerade nicht zu einer solchen Verbuchung – im Gegensatz zu einer Verschmelzung downstream oder sidestream, bei der der Verschmelzungsgewinn als Kapitalrücklage zu verbuchen ist. Dieser Umstand wirft die Frage auf, ob eine analoge Anwendung des § 235 Z 3 UGB bei einer Upstream-Verschmelzung geboten ist. Dieser Frage wird im folgenden Abschnitt 3.2. nachgegangen.

### 3.2. Die Ausschüttungssperre des § 235 Z 3 UGB

Eine gesetzliche Ausschüttungssperre, wonach gewisse Beträge von der Ausschüttung ausgeschlossen sind, obwohl diese grundsätzlich nicht „gebunden“ sind, ist eine Eigenart des österreichischen Rechts. Das deutsche HGB enthält keine vergleichbare Bestimmung.<sup>26)</sup>

Der Gesetzeswortlaut lautet:

„§ 235. Der ausschüttbare Gewinn eines Geschäftsjahres darf nicht vermehrt werden:

[...]

3. um Erträge auf Grund der Auflösung von Kapitalrücklagen, die durch Umgründungen unter Ansatz des beizulegenden Wertes gemäß § 202 Abs. 2 Z 1 in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen dem Buchwert und dem höherem beizulegenden Wert entstanden sind.“

Die Auslegung dieser Bestimmung bereitet größere Schwierigkeiten, was auch mit dem offensichtlichen Fehlverweis zusammenhängt (siehe dazu den folgenden Abschnitt 3.2.1.).

§ 235 UGB regelt drei verschiedene Ausschüttungssperren. Z 1 und Z 2, welche zum einen die Zuschreibung infolge einer zuvor durchgeführten außerplanmäßigen Abschreibung iSd § 208 Abs 1 iVm § 204 Abs 2 UGB und zum anderen die Auflösung einer Bewertungsreserve betreffen, sind hier nicht einschlägig.

In der Folge interessiert daher nur § 235 Z 3 UGB, welcher eine Ausschüttungssperre speziell für Umgründungen normiert. Diese Norm gilt – dem Wortlaut nach – einerseits nur für den Fall der Aufwertung auf den beizulegenden Wert und andererseits nur aufgrund der Auflösung von Kapitalrücklagen.

Will man diese Vorschrift auf Verschmelzungsgewinne anwenden, die nicht in eine Kapitalrücklage gebucht werden – was bei der erwähnten Upstream-Verschmelzung der Fall ist, bei der der Verschmelzungsgewinn als außerordentlicher Ertrag ausgewiesen wird und daher in den Bilanzgewinn eingeht –, kann dies aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlautes („Kapitalrücklagen“) daher nur mit einer analogen Anwendung begründet werden.

#### 3.2.1. Historische Entwicklung des § 235 Z 3 UGB

Die Bestimmung des § 235 UGB wurde durch das RLG (BGBl 1990/475) eingeführt. Dadurch sollten in bestimmten Fällen rein ausschüttungsmotivierte Zuschreibungen und Auflösungen

26) Vgl Bergmann in Straube zu UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 1.

von Bewertungsreserven verhindert bzw daraus resultierende Gewinne von der Ausschüttung ausgeschlossen werden.<sup>27)</sup>

Durch das EU-GesRÄG 1996 (BGBl 1996/304) wurde § 235 UGB geändert und die Z 3 eingefügt. Die Einfügung der Z 3 erfolgte erst durch den Justizausschuss.<sup>28)</sup> Wie sich aus dem Bericht des Justizausschusses ergibt, hat die Einführung der Z 3 steuerliche Gründe. Es sollten steuerliche „Gestaltungsmöglichkeiten“ vermieden werden.

Im Ministerialentwurf zum AbgÄG 2005<sup>29)</sup> sollte § 235 Z 3 UGB umfassend geändert werden. So sollten gerade auch jene „Erträge aufgrund von Umgründungen“, die „nicht als Kapitalrücklage ausgewiesen werden können“, der Ausschüttungssperre unterliegen. Unbestritten würde eine derartige Rechtslage den Verschmelzungsgewinn einer Upstream-Verschmelzung, wie in dem hier vorliegenden Eingangsbeispiel erfassen. Dieses Gesetzesvorhaben wurde jedoch nicht realisiert.<sup>30)</sup>

#### 3.2.2. Gesetzeszweck des § 235 Z 3 UGB

Nach hM dient die Bestimmung des § 235 UGB im Allgemeinen dem Gläubigerschutz.<sup>31)</sup> Dies kann aus den erwähnten Gesetzesmaterialien zum RLG abgeleitet werden.<sup>32)</sup>

Fraglich ist allerdings, ob dies auch für § 235 Z 3 UGB gilt, der wie erwähnt erst nachträglich eingeführt wurde. Folgt man den erwähnten Gesetzesmaterialien, hat die Einführung der Z 3 einen steuerlichen Hintergrund. Dementsprechend wird auch im Schrifttum darauf hingewiesen, dass die Einführung der Z 3 primär fiskalpolitisch motiviert war.<sup>33)</sup> Dennoch wird im Schrifttum auch die Auffassung vertreten, der Sinn und Zweck von § 235 Z 3 liege auch im Gläubigerschutz.<sup>34)</sup> Auch der OGH, für den der Gläubigerschutz ein „Leitmotiv für die Ausschüttungssperre“ ist, teilt diese Auffassung.<sup>35)</sup> Ein Teil des Schrifttums sieht dies jedoch kritisch.<sup>36)</sup>

#### 3.2.3. Die Anwendbarkeit des § 235 Z 3 UGB auf Verschmelzungsgewinne infolge einer Buchwertfortführung

In der Literatur ist strittig, wie der in § 235 Z 3 UGB enthaltene Verweis auf § 202 Abs 2 Z 1 UGB zu verstehen ist („unter Ansatz des beizulegenden Wertes gem § 202 Abs 2 Z 1“). Die Bewertung mit dem beizulegenden Wert bei Umgründungsvorgängen ist nämlich gerade nicht in Abs 2, sondern in Abs 1 des § 202 UGB geregelt.

Die hM geht daher davon aus, dass es sich um ein Redaktionsversehen handelt. Dies ist plausibel, da die Bestimmung – wie

27) Vgl ErläutRV 1270 BlgNR 17. GP 58.

28) Siehe JAB 133 BlgNR 20. GP 15 f – in den ErläutRV 32 BlgNR 20. GP 7 ist die Z 3 daher noch nicht erwähnt.

29) ME 344 BlgNR 22. GP 25; SWK 2005 T 119, T 121; damals kritisch Wundsam, Ausschüttungssperre für Verschmelzungsgewinne nur aus steuerlichen Gründen? taxlex 2005, 554.

30) Ludwig/Strimitzer in Hirschler, Bilanzrecht § 235 Rz 4; Bergmann in Straube, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 2.

31) Bergmann in Straube, UGB<sup>3</sup> (2011) § 235 Rz 3 mwN.

32) RV 1270 BlgNR 17. GP 58: siehe auch oben Abschn 3.2.1.

33) Bergmann in Straube, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 3 mwN; Hirschler, GeS 2004, 224 (226).

34) Bergmann in Straube, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 3 mwN; Bertl/Fraberger, Sonderfragen zu Ausschüttungssperren, RWZ 2000/90, 274.

35) OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 103/03w.

36) Hügel, Umgründungsbilanzen 2.38, der darauf hinweist, dass die Bestimmung erstens nur bei Aufwertung und zweitens nur auf Kapitalrücklagen anwendbar sei, was gegen den Gläubigerschutzcharakter spreche; ablehnend auch Sulz, SWK 2004, W 171; Göth in Straube, HGB<sup>2</sup> (2000) § 235 Rz 1; Lechner, Ausschüttungssperren, RWZ 1997, 322 FN 3; Fellner, Vermögensbindung bei der Verschmelzung – Bemerkungen zu OGH vom 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b, NZ 2000, 228.

erwähnt – erst durch den JA ins Gesetz eingefügt wurde und der Verweis ansonsten unpassend wäre (siehe Abschnitt 3.2.1.).

Es sollen daher jene Umgründungsfälle von der Ausschüttungssperre erfasst sein, in denen infolge des Ansatzes des beizulegenden Wertes ein Buchgewinn entsteht, der in eine Kapitalrücklage einzustellen ist.<sup>37)</sup>

Ein Teil des Schrifttums vertritt allerdings die Auffassung, dass § 235 Z 3 UGB neben den Aufwertungsfällen auch auf jene Umgründungsvorgänge mit Buchwertfortführung zur Anwendung kommt, in denen infolge einer die fortgeführten Buchwerte übersteigenden Gegenleistung ein Unterschiedsbetrag entsteht, der in der Bilanz wahlweise angesetzt wird. Infrage kommt die Aktivierung gem § 202 Z 2 und Z 3 UGB als Umgründungsmehrwert bzw als Firmenwert.

Für diese Auslegung spricht zum einen, dass der Gesetzeswortlaut ja gerade (auch) die Fälle mit Buchwertfortführung umfasst. Zum anderen sprechen auch teleologische Gründe für diese Auslegung, da der Ansatz des Unterschiedsbetrages gem § 202 Z 2 und Z 3 UGB wirtschaftlich betrachtet auch eine Aufwertung des Vermögens darstellt.<sup>38)</sup>

Für diese weite Auslegung, also die Anwendbarkeit des § 235 Z 3 UGB sowohl auf Aufwertungsfälle als auch auf Buchwertfortführungsfälle (mit Ansatz des Unterschiedsbetrages), hat sich auch der OGH ausgesprochen.<sup>39)</sup> Nach Ansicht des OGH sollen alle umgründungsbedingten Rücklagen erfasst sein und mit einer Ausschüttungssperre belegt werden. Dieser Entscheidung ist auch das neuere Schrifttum gefolgt.<sup>40)</sup>

Entgegen der weiten Formulierung, die der OGH verwendet („alle Rücklagen“), ist aber nicht davon auszugehen, dass die Ausschüttungssperre in sämtlichen Umgründungsfällen mit Buchwertfortführung greift, sondern nur in jenen Fällen, in denen es zum Ansatz eines Unterschiedsbetrages kommt (als Umgründungsmehrwert bzw wahlweise als Firmenwert; vgl § 202 Z 2 und Z 3 UGB). Denn nur diese Fälle sind einer Aufwertung auf den beizulegenden Wert vergleichbar.<sup>41)</sup> Mangels Aufwertung besteht kein Bedürfnis nach einer besonderen Ausschüttungssperre.<sup>42)</sup>

Zusammenfassend ist daher festzuhalten: Die Ausschüttungssperre gem § 235 Z 3 UGB ist bei Auflösung von Kapitalrücklagen, die durch Umgründungen entstanden sind, einschlägig, sofern

- der Ansatz zum beizulegenden Werts gem § 202 Abs 1 UGB oder
- eine Buchwertfortführung iSd § 202 Abs 2 Z 1, falls ein Umgründungsmehrwert und/oder Firmenwert aktiviert wurde, erfolgte.

### 3.2.4. Rechtsfolgen der Ausschüttungssperre

Der Ausschüttungssperre unterliegt nicht der gesamte aus der Auflösung einer umgründungsbedingten Kapitalrücklage erzielte Ertrag, sondern lediglich der Unterschiedsbetrag „zwischen dem Buchwert und dem höheren beizulegenden Wert“.<sup>43)</sup>

Kommt die Ausschüttungssperre zum Tragen, besteht die Sperrwirkung nicht nur in jenem Jahr, in dem die Kapitalrücklage dotiert bzw aufgelöst wurde, sondern auch für die Folgejahre. Dies ergibt sich auch aus der Übergangsvorschrift des Art XVII Abs 3 Z 2 EU-GesRÄG<sup>44)</sup> 1996. Eine Verrechnung der Rücklage mit einem ansonsten auszuweisenden Bilanzverlust ist aber zulässig.<sup>45)</sup>

### 3.2.5. Analoge Anwendung des § 235 Z 3 UGB aufgrund planwidriger Unvollständigkeit der Vorschrift bei Upstream-Verschmelzungen?

Wie erwähnt, ist bei der Upstream-Verschmelzung der Ansatz einer Kapitalrücklage (im Gegensatz zur Downstream- oder Sidestream-Verschmelzung) ausgeschlossen; der Verschmelzungsgewinn ist als außerordentlicher Ertrag auszuweisen und geht in den – ausschüttbaren – Bilanzgewinn ein. Nach hM in der Literatur ist eine analoge Anwendung des § 235 Z 3 UGB auf solche Buchgewinne, die nicht als Kapitalrücklage, sondern als Erträge auszuweisen sind, abzulehnen.<sup>46)</sup>

Nur eine Mindermeinung in der Literatur befürwortet eine analoge Anwendung.<sup>47)</sup> Auf dem Boden der bisherigen Rechtslage hat sich – soweit ersichtlich – nur *Reich-Rohrwig* in diese Richtung geäußert. Demnach wäre es nicht gerechtfertigt, eine Unterscheidung danach herbeizuführen, ob der Buchgewinn in eine Kapitalrücklage einzustellen ist oder nicht. Bloße buchmäßige Gewinne seien noch nicht realisiert, weshalb eine Ausschüttung zulasten der Gläubiger ginge. Der Gesetzgeber hätte bei der Formulierung des Gesetzes offenkundig nicht bedacht, dass diese subtilen Ausnahmefälle vom Wortlaut der Ausschüttungsbeschränkungen nicht erfasst werden. Es liege daher eine planwidrige Lücke vor.<sup>48)</sup>

Dieser Meinung muss heute aber entgegengehalten werden, dass dem Gesetzgeber diese Unterscheidungen sehr wohl bewusst waren, nämlich spätestens, als deren Einführung diskutiert wurde und der Ministerialentwurf vom ABÄG 2005 eine entsprechende Bestimmung vorsah, die eben alle Buchgewinne aus Umgründungen erfassen sollte; diese Bestimmung wurde aber dann nicht als Gesetz verabschiedet (siehe bereits Abschnitt 3.2.1. und zu diesem Argument noch ausführlich unten).

Der OGH hat bisher die hM nicht infrage gestellt und die Argumente *Reich-Rohrwigs* – soweit ersichtlich – nicht aufgegriffen.

Aus der Entscheidung des OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 103/03w, wonach alle umgründungsbedingten Rücklagen erfasst sind und mit einer Ausschüttungssperre belegt werden sollen, könnte allerdings geschlossen werden, dass auch jene Buchgewinne, die in eine andere als die Kapitalrücklage, namentlich in eine Gewinnrücklage, eingestellt werden, der Ausschüttungssperre unterliegen.<sup>49)</sup> Dies ist uE dem Urteil des OGH aber nicht klar zu entnehmen. Der OGH spricht zwar von „Rücklagen“; tatsächlich kann damit aber nicht nur der Oberbegriff (also Kapi-

37) *Bergmann* in *Straube*, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 21 mwN.

38) *Nowotny*, Zu den Ausschüttungssperren des § 235 HGB – Korrektur durch den Gesetzgeber wünschenswert – Neuregelung durch das EU-GesRÄG, SWK 1996, D 36; *Lechner*, RWZ 1997, 324; *Hirschler*, GeS 2004, 225; *Christiner*, RWZ 2004, 196; *Bergmann* in *Straube*, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 21.

39) OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 103/03w.

40) *Bergmann* in *Straube*, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 23 mwN.

41) Vgl *Bergmann* in *Straube*, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 23 mwN.

42) Siehe auch *Hirschler*, GeS 2004, 226; *Ludwig/Strimitzer* in *Hirschler*, Bilanzrecht § 235 Rz 14.

43) Vgl *Bergmann* in *Straube*, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 27 mwN.

44) Vgl *Bergmann* in *Straube*, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 31 mwN.

45) Vgl *Bergmann* in *Straube*, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 27 mwN.

46) ZB *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 2.32 und 2.38; *Ludwig/Hirschler*, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen<sup>2</sup>, 165; *Bergmann* in *Straube*, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 18; vgl auch *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 564 ff; *Tichy*, Verschmelzungsdifferenzen 70.

47) So *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 47 und 318 f, mit dem Verweis auf den Charakter als Gläubigerschutzvorschrift; kritisch dazu *Hirschler/Ludwig/Rohner*, in *iwp*, WPJb 2005, 156; vgl auch *Staringer*, Einlagen und Umgründungen (1994) 168 f, der eine Ausschüttungssperre auf dem Boden der Rechtslage vor Einführung des § 235 Z 3 UGB bejaht.

48) *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 319 f.

49) Vgl zu dieser Möglichkeit *Bergmann* in *Straube*, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 23; *Sulz*, SWK 2004, W 172.

tal- und Gewinnrücklagen gemeinsam), sondern auch nur der Begriff der Kapitalrücklagen gemeint sein. Es kann nämlich nicht darauf hinauslaufen, die Ausschüttung eines Verschmelzungsgewinnes davon abhängig zu machen, ob dieser freiwillig vom Bilanzsteller in eine Gewinnrücklage gebucht wird oder als ausschüttungsfähiger Bilanzgewinn stehengelassen wird. Demnach würde nämlich eine Gesellschaft, die aus Sicht der Gläubiger die vorteilhaftere Entscheidung trifft, nämlich den Gewinn nicht auszuschütten, sondern vorerst in einer Gewinnrücklage zu belassen, dadurch benachteiligt werden, als eine Ausschüttung in der Folge nicht mehr möglich wäre. Sollte es sich tatsächlich um eine Gläubigerschutzvorschrift handeln, kann die Entscheidung über eine allfällige Sperrung wohl nicht bei der Gesellschaft liegen. Die Einbeziehung von Gewinnrücklagen wäre daher sachlich nicht gerechtfertigt und würde zu einem merkwürdigen Ergebnis führen.

Wie bereits ausgeführt, reichen die Argumente *Reich-Rohrwigs* nicht aus, eine planwidrige Lücke aufzuzeigen. Gibt es noch andere Argumente, die für das Vorliegen einer planwidrigen Lücke und damit für eine analoge Anwendung des § 235 Z 3 UGB auf den Fall einer Upstream-Verschmelzung sprechen?

Zum einen könnte die Diskussion über die Anwendung des § 235 Z 3 UGB auf Umgründungsfälle mit Aufwertung oder auf Umgründungsfälle mit Buchwertfortführung als Argument für eine Analogie angeführt werden. Denn als Ergebnis dieser Diskussion gehen die hM und der OGH davon aus, dass – was im Wortlaut gedeckt ist – die Ausschüttungssperre des § 235 Z 3 UGB auch auf Buchwertfortführungsfälle anwendbar ist. Dies freilich nur, wie von der Literatur betont wird, bei Ansatz eines Unterschiedsbetrages gem § 202 Z 2 und Z 3 UGB (also Umgründungsmehrwert und Firmenwert). Es entspricht allerdings aber auch ganz hM und der Rechtsprechung des OGH, dass die Ausschüttungssperre auch für Aufwertungsfälle gelten soll. § 235 Z 3 UGB wird daher auf Umgründungsfälle mit Aufwertung auf den beizulegenden Wert analog angewendet. Dies könnte letztlich als Indiz dafür gewertet werden, dass § 235 Z 3 UGB generell eine „lückenhafte“ Vorschrift ist und eine analoge Anwendung dieser Vorschrift daher auch in anderen Fällen geboten erscheint.

Dieses Argument muss aber gleich wieder relativiert werden: Die soeben gezeigte analoge Anwendung der Ausschüttungssperre auf Umgründungsfälle mit Aufwertung wie auf Buchwertfortführungsfälle kommt nur deswegen zum Tragen, weil die gezeigten Fälle – Aufwertung einerseits und Buchwertfortführung unter Ansatz eines Unterschiedsbetrages andererseits – vergleichbar sind. Bei der gegenständlichen Frage liegt aber keine derartige Vergleichbarkeit vor, da eine Upstream-Verschmelzung einerseits – die einen Ausweis des Verschmelzungsgewinnes als außerordentlichen Ertrag zur Folge hat – und eine Downstream- oder Sidestream-Verschmelzung andererseits – die einen Ausweis als Kapitalrücklage zur Folge hat – aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zwei völlig unterschiedliche Dinge sind.

Ein gewichtiges Argument gegen das Vorliegen einer planwidrigen Lücke ist auch die Tatsache, dass die Bestimmung des § 235 Z 3 UGB durch den Ministerialentwurf zum AbgÄG 2005<sup>50)</sup> umfassend hätte geändert werden sollen. Dabei sollten gerade auch jene „Erträge aufgrund von Umgründungen“, die „nicht als Kapitalrücklage ausgewiesen werden können“, der Ausschüttungssperre unterliegen. Der Änderungsvorschlag ist

sowohl nach der Entscheidung des OGH<sup>51)</sup> als auch – wie bereits aufgezeigt – nach der Meinungsäußerung von *Reich-Rohrwig*<sup>52)</sup> erfolgt, der sich für eine Analogie ausspricht. Dieser Änderungsvorschlag wurde zwar inhaltlich im Ministerialentwurf vorgesehen, jedoch letzten Endes nicht in der Regierungsvorlage übernommen und wurde somit auch nicht Gesetz. Es muss also davon ausgegangen werden, dass dem Gesetzgeber die Problematik bewusst war, dass gewisse Umgründungskonstruktionen, so insb die Verschmelzung upstream, nicht von der Ausschüttungssperre erfasst sind. Dennoch hat sich der Gesetzgeber – trotz der hL, wonach keine Analogie vorzunehmen ist – dazu entschlossen, eine bereits in Planung gewesene „Reparaturregelung“ nicht umzusetzen. Dies spricht grundsätzlich gegen das Vorliegen einer planwidrigen Lücke.

Die zentrale Frage für die analoge Anwendung des § 235 Z 3 UGB liegt uE aber darin, ob man diese Vorschrift als Gläubigerschutzvorschrift sieht oder nicht. Bejaht man diese Frage, wäre weiters zu prüfen, ob gerade auch der Fall einer Upstream-Verschmelzung von dieser Gläubigerschutzvorschrift erfasst sein sollte.

Wie bereits erwähnt, liegt nach der überwiegenden Meinung im Schrifttum der Sinn und Zweck von § 235 Z 3 UGB überwiegend im Gläubigerschutz.<sup>53)</sup> Auch der OGH teilt diese Auffassung.<sup>54)</sup> UE ist diese Auffassung zu hinterfragen, da die Gesetzesmaterialien ausschließlich eine fiskalpolitische Begründung liefern.<sup>55)</sup>

Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang angemerkt, dass das Argument, wonach § 235 Z 3 UGB generell nicht auf Umgründungsfälle ohne Bildung einer Kapitalrücklage – also daher auf Verschmelzungen upstream – nicht anwendbar sei und gerade dieser Umstand gegen den Charakter als Gläubigerschutzvorschrift spreche,<sup>56)</sup> abzulehnen ist, da die Frage der Anwendbarkeit in diesen Fällen ja gerade der Prüfungsgegenstand der Auslegung durch Analogie ist. Dieses Argument liefe daher auf einen Zirkelschluss hinaus.

Selbst wenn man die Vorschrift des § 235 Z 3 UGB als Gläubigerschutzbestimmung sieht, ist aber noch die weitere Frage zu stellen, ob der Gläubigerschutz für sämtliche Umgründungsvorgänge (oder konkret: Verschmelzungsvorgänge) in gleicher Weise gilt oder ob je nach Art des Umgründungsvorganges (bzw nach Art der Verschmelzungsrichtung) differenziert werden muss.

Es gibt zwar im Verschmelzungsrecht dem Gläubigerschutz dienende Instrumente, die unabhängig von der Verschmelzungsrichtung zur Anwendung kommen; dies ist zB das Verbot der kapitalentsperrenden Wirkung. Die umfassende Anwendbarkeit dieses Verbots liegt allerdings darin begründet, dass gemäß diesem Verbot das gebundene Kapital (Grund- oder Stammkapital sowie gebundene Rücklagen) der übernehmenden Gesellschaft nicht niedriger sein darf als das gebundene Kapital der übertragenden Gesellschaft. Dieses Verbot kann daher für alle Umgründungsvorgänge – und bei Verschmelzungen unabhängig von der Verschmelzungsrichtung – in genau gleicher Weise umgesetzt werden, da es stets nur auf das höhere gebundene Kapital der beiden beteiligten Gesellschaften ankommt.

Völlig anders ist dies uE bei der Frage, ob der Buchgewinn aus der Aufwertung in eine Kapitalrücklage einzustellen oder

51) OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 103/03w.

52) *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 47 und 318 f.

53) *Bergmann in Straube*, UGB<sup>3</sup> § 235 Rz 3 mwN.

54) OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 103/03w.

55) JAB 133 BlgNR 20. GP 15 f.

56) *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 2.38.

50) ME 344 BlgNR 22. GP 25; siehe dazu Abschn 3.2.1.

als (außerordentlicher) Ertrag auszuweisen ist. Denn bereits die Höhe des Buchgewinnes hängt entscheidend von der Verschmelzungsrichtung ab. Die Höhe des Buchgewinnes ergibt sich daher letztlich aus Zufälligkeiten. Daher kann man uE kein einheitliches Gläubigerschutzkonzept für aus der Verschmelzung resultierende Buchgewinne – unabhängig von der Verschmelzungsrichtung – annehmen.

Daher bestehen uE auch keine Bedenken dagegen, auch die Art des Ausweises des Buchgewinnes – als Kapitalrücklage oder als (außerordentlicher) Ertrag – von der Verschmelzungsrichtung abhängig zu machen. Führt man diesen Gedanken fort, kann der Umfang der Ausschüttungssperre ebenfalls von der Verschmelzungsrichtung abhängen und daher im Ergebnis unterschiedlich ausgestaltet sein.

Dass de lege ferenda durchaus mit einigen Argumenten eine Regelung gefordert werden kann, die generell Buchgewinne aus Umgründungen einer Ausschüttungssperre unterwirft, ändert nichts an dem Ergebnis, dass dies uE de lege lata von der gegenwärtigen Gesetzeslage nicht vorgesehen ist.

### 3.3. Fazit: Bei einer Upstream-Verschmelzung gibt es keine Ausschüttungssperre – die Durchführung der Ausschüttung liegt daher im Ermessen des Leitungsorgans

Grundsätzlich ist der Verschmelzungsgewinn aus einer Upstream-Verschmelzung also frei ausschüttbar.

Freilich gibt es Fälle, in denen eine Ausschüttung trotzdem nicht durchgeführt werden sollte. Wenn zB der auf der Passivseite der Bilanz aufscheinende ausschüttungsfähige Betrag nicht mit liquiden Mitteln auf der Aktivseite verbunden ist und die Fremdfinanzierung der Ausschüttung mit verhältnismäßig hohen Kosten verbunden ist, wird ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer möglicherweise von einer Ausschüttung absehen. Auch kann sich die Notwendigkeit ergeben, Rücklagen zu bilden. Zu beachten ist freilich auch die Vorschrift des § 82 Abs 5 GmbHG, wonach aufgrund von Schmälerungen des Vermögens zwischen dem Schluss des Geschäftsjahres und der Beschlussfassung der Gesellschafter über den Jahresabschluss

die Ausschüttung ausgeschlossen sein kann.<sup>57)</sup> Im Aktienrecht fehlt eine entsprechende Vorschrift, jedoch wird Ähnliches aus allgemeinen Normen und der Sorgfaltspflicht des Vorstandes abgeleitet werden können.<sup>58)</sup> Dennoch durchgeführte Ausschüttungen können zu einer Haftung des Leitungsorgans führen.<sup>59)</sup>

## 4. Ergebnisse

- Ein Verschmelzungsgewinn aufgrund einer Verschmelzung upstream – der aus der Aufwertung oder aus der Buchwertfortführung resultiert (sofern im zuletzt genannten Fall ein Unterschiedsbetrag angesetzt wird) – ist als außerordentlicher Ertrag gem § 231 Abs 2 Z 18 UGB (§ 231 Abs 3 Z 17 UGB) und nicht als Kapitalrücklage auszuweisen. Bei einer Downstream- oder Sidestream-Verschmelzung erfolgt demgegenüber ein Ausweis als Kapitalrücklage.
- Die Anwendung der Ausschüttungssperre gem § 235 Z 3 UGB setzt ua die Bildung von Kapitalrücklagen voraus; die Ausschüttungssperre wäre daher zB auf eine Downstream- oder Sidestream-Verschmelzung anwendbar.
- Der Verschmelzungsgewinn im Falle einer Upstream-Verschmelzung unterliegt nach dem Gesetzeswortlaut nicht der Ausschüttungssperre des § 235 Z 3 UGB, da er nicht als Kapitalrücklage auszuweisen ist. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung scheidet aus: Weder liegt – wie insb der ME zum AbgÄG 2005 zeigt – eine planwidrige Lücke vor, noch besteht unabhängig von der Verschmelzungsrichtung ein einheitliches Gläubigerschutzkonzept, das eine analoge Anwendung des § 235 Z 3 UGB (sofern man diese Bestimmung überhaupt als Gläubigerschutzbestimmung verstehen kann) gebieten würde.
- Im Einzelfall kann es aber dennoch geboten sein, nicht auszuschütten (ausführlich Abschnitt 3.3.).

57) Siehe dazu *Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG* § 82 Rz 41 ff; *Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz*<sup>3</sup> (2007) § 82 Rz 10.

58) Siehe dazu *Moser, Gewinnausschüttung aus einer GmbH und einer AG in einer Verlustsituation – ein gesellschaftsrechtlicher Vergleich*, *GesRZ* 2008, 280; zurückhaltend *Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG*<sup>5</sup> (2011) § 53 Rz 8.

59) *Reich-Rohrwig in Straube, GmbHG* § 25 Rz 158.



#### Der Autor:

Univ.-Prof. MMag. Dr. Christoph Urtz ist Universitätsprofessor für Finanzrecht an der Universität Salzburg und Rechtsanwalt bei Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH.

**Kontakt:** urtz@bindergroesswang.at



#### Der Autor:

Dr. Christian Zwick, LL.M. (Duke) ist Rechtsanwaltsanwärter bei Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH.

**Kontakt:** zwick@bindergroesswang.at