jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1999/11/11 6Ob4/99b

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 11.11.1999

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Mag. Engelmaier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Firmenbuchsache der im Firmenbuch des Landesgerichtes Klagenfurt zu FN 101758w eingetragenen A***** Gesellschaft mbH mit dem Sitz in A*****, wegen Eintragung einer Verschmelzung, über den ordentlichen Revisionsrekurs der Gesellschaft, vertreten durch Dr. Rudolf Krilyszyn, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Graz als Rekursgericht vom 4. Dezember 1998, GZ 4 R 260/98g-8, womit der Beschluss des Landesgerichtes Klagenfurt vom 4. November 1998, GZ Fr 4881/98z-5, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Text

Begründung:

Das Rekursgericht hat den entscheidungswesentlichen Sachverhalt wie folgt zusammengefasst:

"Im Firmenbuch beim Landesgericht Klagenfurt ist zu FN 101758w die A***** Gesellschaft mbH mit Sitz in A***** (künftig Tochtergesellschaft genannt) eingetragen. Das Stammkapital von ATS 25,000.000 wurde zur Gänze von der N***** Gesellschaft mbH (künftig Muttergesellschaft genannt) übernommen und geleistet. In diese hatte die vormalige Alleingesellschafterin, die Österreichische Philips Industrie Gesellschaft mbH ihre Anteile 1994 eingebracht (5 FR 3668/94f des Landesgerichtes Klagenfurt).

Die Muttergesellschaft hat ihren Sitz in Wien und ist zu FN 104704b beim Handelsgericht Wien eingetragen. Vom Stammkapital von S 160,000.000 haben übernommen und geleistet Humphrey P***** S 6,4 Millionen, Ing. Hubert H***** und Richard P***** je S 3,2 Millionen und die F***** Ltd mit Sitz in San Jose, USA, S 147,200.000.

Die Muttergesellschaft war mit Hauptversammlungsbeschluss vom 20. 8. 1998 von einer Aktiengesellschaft in eine GmbH umgewandelt worden. Die Umwandlung wurde am 10. 9. 1998 in das Firmenbuch eingetragen.

Sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft werden, wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind, durch zwei Geschäftsführer gemeinsam oder einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem (der bestellten) Prokuristen vertreten.

Zu Geschäftsführern der Muttergesellschaft bestellt sind Humphrey P*****, Ing. Hubert H*****, Richard P***** und Walter M*****.

Zu Geschäftsführern der Tochtergesellschaft bestellt sind Humphrey P*****, Ing. Hubert H***** und Herbert S*****.

Mit Notariatsakt vom 14. 9. 1998 haben die jeweils von sämtlichen Geschäftsführern vertretenen Gesellschaften einen Verschmelzungsvertrag abgeschlossen, wonach die Muttergesellschaft als übertragende Gesellschaft durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes mit all ihren Rechten und Pflichten unter Verzicht auf die Liquidation jedoch unter Inanspruchnahme der umgründungssteuerrechtlichen Begünstigungen des Art I UmgrStG mit der Tochtergesellschaft als Gesamtrechtsnachfolgerin zum 31. 12. 1997 verschmolzen wird. Im Hinblick auf einen im Verschmelzungsvertrag genannten Verzicht der Gesellschafter der Muttergesellschaft auf die Gewährung von Geschäftsanteilen der Tochtergesellschaft soll die Verschmelzung in Anwendung der §§ 96 Abs 2 GmbHG iVm § 224 Abs 2 Z 2 AktG ohne Erhöhung des Stammkapitals der Tochtergesellschaft und ohne Anteilsgewährung durchgeführt werden.Mit Notariatsakt vom 14. 9. 1998 haben die jeweils von sämtlichen Geschäftsführern vertretenen Gesellschaften einen Verschmelzungsvertrag abgeschlossen, wonach die Muttergesellschaft als übertragende Gesellschaft durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes mit all ihren Rechten und Pflichten unter Verzicht auf die Liquidation jedoch unter Inanspruchnahme der umgründungssteuerrechtlichen Begünstigungen des Art römisch eins UmgrStG mit der Tochtergesellschaft als Gesamtrechtsnachfolgerin zum 31. 12. 1997 verschmolzen wird. Im Hinblick auf einen im Verschmelzungsvertrag genannten Verzicht der Gesellschafter der Muttergesellschaft auf die Gewährung von Geschäftsanteilen der Tochtergesellschaft soll die Verschmelzung in Anwendung der Paragraphen 96, Absatz 2, GmbHG in Verbindung mit Paragraph 224, Absatz 2, Ziffer 2, AktG ohne Erhöhung des Stammkapitals der Tochtergesellschaft und ohne Anteilsgewährung durchgeführt werden.

Anlässlich der außerordentlichen Generalversammlung der Muttergesellschaft am 14. 10. 1998 haben die Gesellschafter einstimmig diese Verschmelzung nach den Bilanzen zum 31. 12. 1997 unter Verzicht auf eine Liquidation auf der Grundlage des Verschmelzungsvertrages beschlossen, diesen genehmigt und festgehalten, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft im gleichen Verhältnis Gesllschafter der übernehmenden Gesellschaft werden und die Gewährung von Geschäftsanteilen an der (ehemaligen) Tochtergesellschaft und damit eine Kapitalerhöhung unterbleiben.

Anlässlich der außerordentlichen Generalversammlung der Tochtergesellschaft vom 14. 9. 1998 haben Humphrey P***** und Richard P***** als Geschäftsführer der Muttergesellschaft die Verschmelzung durch Aufnahme ihres Vermögens als übertragende Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unter Verzicht auf ihre Liquidation auf der Grundlage der Schlussbilanz zum 31. 12. 1997 und des unter einem genehmigten Verschmelzungsvertrages beschlossen und festgehalten, dass die Gesellschafter der Muttergesellschaft im gleichen Verhältnis Gesellschafter der aufnehmenden Tochtergesellschaft werden, die Gewährung von Geschäftsanteilen an der Tochtergesellschaft unterbleibt und damit auch eine Kapitalerhöhung. Unter einem wurde die Änderung des Firmenwortlautes in F***** Gesellschaft mbH und insoweit auch § 1 des Gesellschaftsvertrages sowie die Bestellung des - unter einem als bisheriger Prokurist abberufenen - Richard P***** als Geschäftsführer sowie die Bestellung des Werner H***** und die Abberufung des Walter Mayrhofer als Prokurist je ab Firmenbucheintragung und der Michael E. Marks, Robert R. B. D*****, Ronny N***** und Hui Yat C***** mit Wirkung ab Eintragung der Verschmelzung zu ersten Aufsichtsratsmitgliedern beschlossen".Anlässlich der außerordentlichen Generalversammlung der Tochtergesellschaft vom 14. 9. 1998 haben Humphrey P***** und Richard P***** als Geschäftsführer der Muttergesellschaft die Verschmelzung durch Aufnahme ihres Vermögens als übertragende Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unter Verzicht auf ihre Liquidation auf der Grundlage der Schlussbilanz zum 31. 12. 1997 und des unter einem genehmigten Verschmelzungsvertrages beschlossen und festgehalten, dass die Gesellschafter der Muttergesellschaft im gleichen Verhältnis Gesellschafter der aufnehmenden Tochtergesellschaft werden, die Gewährung von Geschäftsanteilen an der Tochtergesellschaft unterbleibt und damit auch eine Kapitalerhöhung. Unter einem wurde die Änderung des Firmenwortlautes in F***** Gesellschaft mbH und insoweit auch Paragraph eins, des Gesellschaftsvertrages sowie die Bestellung des - unter einem als bisheriger Prokurist abberufenen - Richard P***** als Geschäftsführer sowie die Bestellung des Werner H***** und die Abberufung des Walter Mayrhofer als Prokurist je ab Firmenbucheintragung und der Michael E. Marks, Robert R. B. D*****, Ronny N***** und Hui Yat C***** mit Wirkung ab Eintragung der Verschmelzung zu ersten Aufsichtsratsmitgliedern beschlossen".

Mit dem am 25. 9. 1998 beim Erstgericht eingelangten Antrag begehrt die nach dem Verschmelzungsvertrag übernehmende Gesellschaft mbH die Entragung der Verschmelzung, der Änderung des Firmenwortlauts und des Gesellschaftsvertrages, der Geschäftsführerbestellung, der Bestellung und Abberufung von Prokuristen sowie der Bestellung des ersten Aufsichtsrates.

Das Erstgericht wies mit dem Spruch seiner Entscheidung den Antrag auf Eintragung der Verschmelzung und in der Entscheidungsbegründung auch die übrigen Anträge ab. Die Eintragungsvoraussetzungen nach den §§ 220 bis 233 AktG seien von Amts wegen zu prüfen. Die Bestimmung des § 65 Abs 1 AktG sei nicht analogiefähig. Zu beurteilen sei ein sogenannter Down stream merger. Bei der Verschmelzung würde die 100 %ige Tochtergesellschaft ihre eigenen Anteile erwerben. Dem stehe die zwingende Bestimmung des § 81 GmbHG entgegen. Der Erwerb und die Pfandnahme eigener Anteile sei verboten und wirkungslos. Zum Zeitpunkt der Eintragung der Verschmelzung würde die Tochtergesellschaft zu 100 % ihre eigene Gesellschafterin werden, was ungeachtet der dann vorgesehenen Teilung ihres Geschäftsanteiles und die aliquote Abtretung an die Gesellschafter der ehemaligen Muttergesellschaft den Anteilserwerb nichtig und unwirksam erscheine lasse. Es hätten unter Beachtung der nach § 82 GmbHG verbotenen Einlagenrückgewähr zuvor die Anteile der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft an die Gesellschafter der Muttergesellschaft übertragen werden müssen.Das Erstgericht wies mit dem Spruch seiner Entscheidung den Antrag auf Eintragung der Verschmelzung und in der Entscheidungsbegründung auch die übrigen Anträge ab. Die Eintragungsvoraussetzungen nach den Paragraphen 220 bis 233 AktG seien von Amts wegen zu prüfen. Die Bestimmung des Paragraph 65, Absatz eins, AktG sei nicht analogiefähig. Zu beurteilen sei ein sogenannter Down stream merger. Bei der Verschmelzung würde die 100 %ige Tochtergesellschaft ihre eigenen Anteile erwerben. Dem stehe die zwingende Bestimmung des Paragraph 81, GmbHG entgegen. Der Erwerb und die Pfandnahme eigener Anteile sei verboten und wirkungslos. Zum Zeitpunkt der Eintragung der Verschmelzung würde die Tochtergesellschaft zu 100 % ihre eigene Gesellschafterin werden, was ungeachtet der dann vorgesehenen Teilung ihres Geschäftsanteiles und die aliquote Abtretung an die Gesellschafter der ehemaligen Muttergesellschaft den Anteilserwerb nichtig und unwirksam erscheine lasse. Es hätten unter Beachtung der nach Paragraph 82, GmbHG verbotenen Einlagenrückgewähr zuvor die Anteile der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft an die Gesellschafter der Muttergesellschaft übertragen werden müssen.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Gesellschaft nicht Folge. Die Probleme des Down stream mergers bei der Verschmelzung von der Mutter- auf die Tochtergesellschaft mbH lägen im Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 82 GmbHG und in der Bestimmung des § 81 GmbHG, wonach die Gesellschaft eigene Anteile nicht erwerben dürfe. Das Erstgericht habe nicht geprüft, ob - die Gründe die vorgesehene Verschmelzung von der Holdinggesellschaft auf die Tochtergesellschaft seien nicht dargelegt und die Jahresabschlüsse der Gesellschaft und Prüfgutachten nicht vorgelegt worden - nunmehr eine verbotene Einlagenrückgewähr stattfinde oder nicht. Schon der Inhalt der vorgelegten Bilanz der übertragenden Muttergesellschaft zum 31. 12. 1997 mit gebundenen Kapitalrücklagen von 23,347.691,17 S und einem Bilanzverlust von minus 32,326.786,36 S lasse die von der Muttergesellschaft gehaltene Beteiligung von 100 % an der Tochtergesellschaft nicht gänzlich durch Eigenkapital gedeckt und die vorgesehene Verschmelzung damit unzulässig erscheinen. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Eintragung das in § 81 GmbH normierte Verbot des Erwerbs eigener Anteile entgegenstehe. § 224 AktG sehe die Verschmelzung von der Mutter- auf ihre Tochtergesellschaft ausdrücklich als zulässig und damit auch den Erwerb eigener Anteile "für diese Sekunde" vor, dem könne aber auch entgegengehalten werden, dass dies auf der Grundlage des § 65 AktG bei Aktiengesellschaften der Fall sei, eine solche Grundlage im GmbH-Recht aber fehle. § 81 GmbHG werde im § 96 Abs 2 GmbHG nicht erwähnt. Letztere Verweisungsnorm spreche nur von der sinngemäßen Anwendung der §§ 220 bis 233 AktG, nicht aber auch von jener des § 65 Abs 1 Z 3 AktG. In der oberstgerichtlichen Judikatur sei dieses Problem noch nicht erörtert worden. Auch in der Entscheidung SZ 69/149 sei nur auf den Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr abgestellt worden. Nach der Lehrmeinung von Kalss sei auch bei der Verschmelzung von Gesellschaften mbH eine Gestaltung wie im Aktienrecht zulässig, wenn die Anteile zur Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft verwendet und dabei Gläubigerinteressen nicht gefährdet werden. Koppensteiner halte in GmbHG2 Rz 6 zu § 96 den Erwerb eigener Anteile mit § 81 GmbHG für unvereinbar. Nach der in Kostner/Umfahrer, GmbH5 Rz 876 vertretenen Auffassung sei der Durchgangserwerb unproblematisch. Die Zulässigkeit des Down stream mergers hänge aber unstrittig davon ab, dass die Zielgesellschaft ihre eigenen Anteile nicht behalte, sondern an die Gesellschafter der Muttergesellschaft weitergebe. Was diese Durchschleusung oder Auskehrung rechtsdogmatisch bedeute, sei in der Lehre nicht eindeutig dargelegt worden. Es liege wohl eine Art "Tausch", jedenfalls aber ein Erwerbsvorgang vor. Für diesen sei nach § 76 Abs 2 GmbHG zwingend die Form des Notariatsaktes erforderlich. Ein solcher Notariatsakt, an dem die Gesellschafter beteiligt gewesen wären, könne hier weder in dem im im Verschmelzungsvertrag erklärten Verzicht der Gesellschafter noch in der Erklärung hinsichtlich des Erwerbs der Anteile der Tochtergesellschaft erblickt werden. Die Zuteilung der Anteile an die Gesellschafter sei wegen der Formverletzung unwirksam. Die konstitutiv

wirkende Eintragung der Verschmelzung würde dazu führen, dass die Tochtergesellschaft als Gesamtrechtsnachfolgerin ihrer Muttergesellschaft ihre eigenen Anteile zur Gänze halte.Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Gesellschaft nicht Folge. Die Probleme des Down stream mergers bei der Verschmelzung von der Mutter- auf die Tochtergesellschaft mbH lägen im Verbot der Einlagenrückgewähr nach Paragraph 82, GmbHG und in der Bestimmung des Paragraph 81, GmbHG, wonach die Gesellschaft eigene Anteile nicht erwerben dürfe. Das Erstgericht habe nicht geprüft, ob - die Gründe die vorgesehene Verschmelzung von der Holdinggesellschaft auf die Tochtergesellschaft seien nicht dargelegt und die Jahresabschlüsse der Gesellschaft und Prüfgutachten nicht vorgelegt worden - nunmehr eine verbotene Einlagenrückgewähr stattfinde oder nicht. Schon der Inhalt der vorgelegten Bilanz der übertragenden Muttergesellschaft zum 31. 12. 1997 mit gebundenen Kapitalrücklagen von 23,347.691,17 S und einem Bilanzverlust von minus 32,326.786,36 S lasse die von der Muttergesellschaft gehaltene Beteiligung von 100 % an der Tochtergesellschaft nicht gänzlich durch Eigenkapital gedeckt und die vorgesehene Verschmelzung damit unzulässig erscheinen. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Eintragung das in Paragraph 81, GmbH normierte Verbot des Erwerbs eigener Anteile entgegenstehe. Paragraph 224, AktG sehe die Verschmelzung von der Mutter- auf ihre Tochtergesellschaft ausdrücklich als zulässig und damit auch den Erwerb eigener Anteile "für diese Sekunde" vor, dem könne aber auch entgegengehalten werden, dass dies auf der Grundlage des Paragraph 65, AktG bei Aktiengesellschaften der Fall sei, eine solche Grundlage im GmbH-Recht aber fehle. Paragraph 81, GmbHG werde im Paragraph 96, Absatz 2, GmbHG nicht erwähnt. Letztere Verweisungsnorm spreche nur von der sinngemäßen Anwendung der Paragraphen 220 bis 233 AktG, nicht aber auch von jener des Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 3, AktG. In der oberstgerichtlichen Judikatur sei dieses Problem noch nicht erörtert worden. Auch in der Entscheidung SZ 69/149 sei nur auf den Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr abgestellt worden. Nach der Lehrmeinung von Kalss sei auch bei der Verschmelzung von Gesellschaften mbH eine Gestaltung wie im Aktienrecht zulässig, wenn die Anteile zur Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft verwendet und dabei Gläubigerinteressen nicht gefährdet werden. Koppensteiner halte in GmbHG2 Rz 6 zu Paragraph 96, den Erwerb eigener Anteile mit Paragraph 81, GmbHG für unvereinbar. Nach der in Kostner/Umfahrer, GmbH5 Rz 876 vertretenen Auffassung sei der Durchgangserwerb unproblematisch. Die Zulässigkeit des Down stream mergers hänge aber unstrittig davon ab, dass die Zielgesellschaft ihre eigenen Anteile nicht behalte, sondern an die Gesellschafter der Muttergesellschaft weitergebe. Was diese Durchschleusung oder Auskehrung rechtsdogmatisch bedeute, sei in der Lehre nicht eindeutig dargelegt worden. Es liege wohl eine Art "Tausch", jedenfalls aber ein Erwerbsvorgang vor. Für diesen sei nach Paragraph 76, Absatz 2, GmbHG zwingend die Form des Notariatsaktes erforderlich. Ein solcher Notariatsakt, an dem die Gesellschafter beteiligt gewesen wären, könne hier weder in dem im im Verschmelzungsvertrag erklärten Verzicht der Gesellschafter noch in der Erklärung hinsichtlich des Erwerbs der Anteile der Tochtergesellschaft erblickt werden. Die Zuteilung der Anteile an die Gesellschafter sei wegen der Formverletzung unwirksam. Die konstitutiv wirkende Eintragung der Verschmelzung würde dazu führen, dass die Tochtergesellschaft als Gesamtrechtsnachfolgerin ihrer Muttergesellschaft ihre eigenen Anteile zur Gänze halte.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes 260.000 S übersteige und dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei.

Mit ihrem ordentlichen Revisionsrekurs beantragt die Gesellschaft die Abänderung dahin, dass ihrem Eintragungsgesuch stattgegeben werde.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage (dUmwandlungsG 1994) ist das österreichische Umgründungsrecht nicht in einem einheitlichen Gesetz geregelt. Auch das in Umsetzung der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie der EG erlassenen EU-GesRÄG BGBl 1996/304 hat zahlreiche Änderungen normiert, aber kein einheitliches Umgründungsrecht geschaffen (zur Notwendigkeit eines solchen Hügel in ecolex 1996, 528).

Im vorliegenden Fall ist eine Verschmelzung zweier Gesellschaften mbH durch Aufnahme (§ 96 Abs 1 GmbHG) mit der Besonderheit zu beurteilen, dass die übertragende Gesellschaft die 100 % Muttergesellschaft (Alleingesellschafterin) der übernehmenden Tochtergesellschaft ist. Die Umgründung ist daher ein sogenannter Down-stream-merger. Das Gesetz verweist für die Verschmelzung von Gesellschaften mbH auf die sinngemäße Anwendbarkeit der §§ 220 bis 233 AktG (§ 96 Abs 2 GmbHG). Im Revisionsrekursverfahren ist es der Aktenlage entsprechend nicht strittig, dass die

Beschlussfassung der beiden beteiligten Gesellschaften über die Verschmelzung den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht (§§ 97 f GmbHG). Die gewählte Notariatsaktsform geht über das gesetzliche Erfordernis der notariellen Beurkundung hinaus (§ 98 letzter Satz GmbHG). Die rekurrierende übernehmende Gesellschaft releviert zutreffend die entscheidungswesentlichen Rechtsfragen, ob der Verschmelzung das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG) und das Verbot, dass die übernehmende Gesellschaft nicht den eigenen Geschäftsanteil erwerben kann (§ 81 GmbHG), entgegenstehen, ob bei grundsätzlicher Verneinung dieser Fragen die übertragenen Vermögenswerte jedenfalls positiv sein müssen und schließlich die vom Rekursgericht für wesentlich erachtete Frage, ob der Verschmelzung ein Erwerbsvorgang (Übernahme von Vermögen im Austausch für die Übertragung von Geschäftsanteilen) zugrunde liegt, der der besonderen Form eines Notariatsaktes bedürfe.Im vorliegenden Fall ist eine Verschmelzung zweier Gesellschaften mbH durch Aufnahme (Paragraph 96, Absatz eins, GmbHG) mit der Besonderheit zu beurteilen, dass die übertragende Gesellschaft die 100 % Muttergesellschaft (Alleingesellschafterin) der übernehmenden Tochtergesellschaft ist. Die Umgründung ist daher ein sogenannter Down-stream-merger. Das Gesetz verweist für die Verschmelzung von Gesellschaften mbH auf die sinngemäße Anwendbarkeit der Paragraphen 220 bis 233 AktG (Paragraph 96, Absatz 2, GmbHG). Im Revisionsrekursverfahren ist es der Aktenlage entsprechend nicht strittig, dass die Beschlussfassung der beiden beteiligten Gesellschaften über die Verschmelzung den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht (Paragraphen 97, f GmbHG). Die gewählte Notariatsaktsform geht über das gesetzliche Erfordernis der notariellen Beurkundung hinaus (Paragraph 98, letzter Satz GmbHG). Die rekurrierende übernehmende Gesellschaft releviert zutreffend die entscheidungswesentlichen Rechtsfragen, ob der Verschmelzung das Verbot der Einlagenrückgewähr (Paragraph 82, GmbHG) und das Verbot, dass die übernehmende Gesellschaft nicht den eigenen Geschäftsanteil erwerben kann (Paragraph 81, GmbHG), entgegenstehen, ob bei grundsätzlicher Verneinung dieser Fragen die übertragenen Vermögenswerte jedenfalls positiv sein müssen und schließlich die vom Rekursgericht für wesentlich erachtete Frage, ob der Verschmelzung ein Erwerbsvorgang (Übernahme von Vermögen im Austausch für die Übertragung von Geschäftsanteilen) zugrunde liegt, der der besonderen Form eines Notariatsaktes bedürfe.

Zu den gestellten Rechtsfragen hat der Senat erwogen:

1. Zur Zulässigkeit des Down-stream-merger nach Aktienrecht:

Aktiengesellschaften können unter Ausschluß der Abwicklung verschmolzen werden. Die Verschmelzung kann durch Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft (übertragende Gesellschaft) im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine andere bestehende Gesellschaft (übernehmende Gesellschaft) gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft (Verschmelzung durch Aufnahme) erfolgen (§ 219 Z 1 AktG). Die Zulässigkeit der Ausgabe von Aktien durch die übernehmende Aktiengesellschaft an die Gesellschafter der übertragenden AG regelt § 224 AktG. Eine Aktiengesellschaft darf im Gegensatz zur restriktiveren Regelung des § 81 GmbHG eigene Anteile (Aktien) unter gewissen Voraussetzungen besitzen (§ 65 AktG), die für eine erforderliche Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft verwendet werden können. Wenn die übernehmende Aktiengesellschaft vor der Verschmelzung schon eigene Aktien besitzt, kann sie diese zur Abfindung verwenden, andernfalls wäre das Grundkapital zu erhöhen, um mit den neu geschaffenen Aktien die Abfindungsansprüche befriedigen zu können. § 224 Abs 1 AktG regelt die Verschmelzung der Tochter-AG auf die Mutter-AG (up-stream). Es hat keine Abfindung durch Aktiengewähr stattzufinden, weil die übernehmende Gesellschaft Rechtsnachfolgerin der übertragenden Gesellschaft ist und sich nicht selbst Aktien gewähren kann (Kalss, Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung Rz 3 zu § 224 AktG mwN). Abs 2 Z 1 leg cit regelt die Verschmelzung von Schwestergesellschaften ohne Aktiengewähr (side-stream), Z 2 den Verzicht der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft auf die Gewährung von Aktien. Ein solcher Verzicht wäre dann denkbar, wenn die Gesellschafter statt Aktien Zahlung erhalten. Wenn diese Zahlung aber von der übernehmenden AG geleistet wird, ist dies unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Einlagenrückgewähr zu prüfen (Kalss aaO Rz 7). Eine Bestimmung über die hier zu beurteilende Verschmelzung der übertragenden Muttergesellschaft auf die übernehmende Tochtergesellschaft (down-stream) enthält § 224 Abs 3 AktG: "Sofern die übertragende Gesellschaft Aktien an der übernehmenden Gesellschaft besitzt, sind diese, soweit erforderlich, zur Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu verwenden". Aus dieser Norm ist die grundsätzliche Zulässigkeit einer down-stream-Verschmelzung von Aktiengesellschaften ableitbar, was auf Grund der Verweisungsbestimmung des § 96 Abs 2 GmbH auch für die Verschmelzung von Gesellschaften mbH gelten muss. Die übernehmende Gesellschaft erwirbt Aktien, die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zulässigerweise (§ 65 Abs 1 Z 3 AktG) zu eigenen Aktien werden. Nach herrschender Lehre darf sie diese Aktien aber nicht behalten, sondern muss sie unmittelbar an

die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft weiterleiten (auskehren); dies ist schon im Verschmelzungsvertrag bei sonstiger Nichtigkeit festzulegen ist (Kalss aaO Rz 8 und die dort zitierten Lehrmeinungen Hügels und Amans). In der Lehre wird übereinstimmend die Auffassung vertreten, dass der im Zuge der Verschmelzung stattfindende Erwerb eigener Anteile durch die übernehmende Gesellschaft trotz der Verbote des § 65 AktG (auch diese Gesetzesbestimmung normiert keine unbeschränkte Erwerbsmöglichkeit eigener Aktien) und des § 81 GmbHG zulässig ist, wenn die Anteile sofort, also mit der Wirksamkeit der Verschmelzung Zug um Zug zur Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft verwendet werden (Hügel, Verschmelzung und Einbringung 630 f; Saurer, Aktienrechtliche Grenzen beim down-stream-merger in NZ 1995, 169; Kalss aaO; Kostner/Umfahrer, GmbH5 Rz 876; Kastner, Gesammelte Aufsätze 502; zustimmend wohl auch Koppensteiner in GmbHG2 Rz 6 zu § 96). Der erkennende Senat schließt sich diesen Lehrmeinungen an. Die Rechtsfolgen der Verschmelzung (Vermögensübergang; Erlöschen der übertragenden Gesellschaft; die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft werden Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft) treten mit der Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch ein (§ 225a Abs 3 AktG). Diese darf aber erst vorgenommen werden, wenn der zu bestimmende Treuhänder den Empfang der für die Aktionäre bestimmten Aktien dem Firmenbuchgericht des Sprengels der übernehmenden Gesellschaft bestätigt hat (§ 225a Abs 2 AktG). Der nur in der "juristischen Sekunde" (vgl bei Saurer aaO) der Eintragung eintretende Erwerb eigener Anteile durch die übernehmende Gesellschaft ist kein Verschmelzungshindernis.Aktiengesellschaften können unter Ausschluß der Abwicklung verschmolzen werden. Die Verschmelzung kann durch Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft (übertragende Gesellschaft) im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine andere bestehende Gesellschaft (übernehmende Gesellschaft) gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft (Verschmelzung durch Aufnahme) erfolgen (Paragraph 219, Ziffer eins, AktG). Die Zulässigkeit der Ausgabe von Aktien durch die übernehmende Aktiengesellschaft an die Gesellschafter der übertragenden AG regelt Paragraph 224, AktG. Eine Aktiengesellschaft darf im Gegensatz zur restriktiveren Regelung des Paragraph 81, GmbHG eigene Anteile (Aktien) unter gewissen Voraussetzungen besitzen (Paragraph 65, AktG), die für eine erforderliche Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft verwendet werden können. Wenn die übernehmende Aktiengesellschaft vor der Verschmelzung schon eigene Aktien besitzt, kann sie diese zur Abfindung verwenden, andernfalls wäre das Grundkapital zu erhöhen, um mit den neu geschaffenen Aktien die Abfindungsansprüche befriedigen zu können. Paragraph 224, Absatz eins, AktG regelt die Verschmelzung der Tochter-AG auf die Mutter-AG (up-stream). Es hat keine Abfindung durch Aktiengewähr stattzufinden, weil die übernehmende Gesellschaft Rechtsnachfolgerin der übertragenden Gesellschaft ist und sich nicht selbst Aktien gewähren kann (Kalss, Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung Rz 3 zu Paragraph 224, AktG mwN). Absatz 2, Ziffer eins, leg cit regelt die Verschmelzung von Schwestergesellschaften ohne Aktiengewähr (side-stream), Ziffer 2, den Verzicht der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft auf die Gewährung von Aktien. Ein solcher Verzicht wäre dann denkbar, wenn die Gesellschafter statt Aktien Zahlung erhalten. Wenn diese Zahlung aber von der übernehmenden AG geleistet wird, ist dies unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Einlagenrückgewähr zu prüfen (Kalss aaO Rz 7). Eine Bestimmung über die hier zu beurteilende Verschmelzung der übertragenden Muttergesellschaft auf die übernehmende Tochtergesellschaft (down-stream) enthält Paragraph 224, Absatz 3, AktG: "Sofern die übertragende Gesellschaft Aktien an der übernehmenden Gesellschaft besitzt, sind diese, soweit erforderlich, zur Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu verwenden". Aus dieser Norm ist die grundsätzliche Zulässigkeit einer down-stream-Verschmelzung von Aktiengesellschaften ableitbar, was auf Grund der Verweisungsbestimmung des Paragraph 96, Absatz 2, GmbH auch für die Verschmelzung von Gesellschaften mbH gelten muss. Die übernehmende Gesellschaft erwirbt Aktien, die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zulässigerweise (Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 3, AktG) zu eigenen Aktien werden. Nach herrschender Lehre darf sie diese Aktien aber nicht behalten, sondern muss sie unmittelbar an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft weiterleiten (auskehren); dies ist schon im Verschmelzungsvertrag bei sonstiger Nichtigkeit festzulegen ist (Kalss aaO Rz 8 und die dort zitierten Lehrmeinungen Hügels und Amans). In der Lehre wird übereinstimmend die Auffassung vertreten, dass der im Zuge der Verschmelzung stattfindende Erwerb eigener Anteile durch die übernehmende Gesellschaft trotz der Verbote des Paragraph 65, AktG (auch diese Gesetzesbestimmung normiert keine unbeschränkte Erwerbsmöglichkeit eigener Aktien) und des Paragraph 81, GmbHG zulässig ist, wenn die Anteile sofort, also mit der Wirksamkeit der Verschmelzung Zug um Zug zur Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft verwendet werden (Hügel, Verschmelzung und Einbringung 630 f; Saurer, Aktienrechtliche Grenzen beim down-stream-merger in NZ 1995, 169; Kalss aaO; Kostner/Umfahrer, GmbH5 Rz 876; Kastner, Gesammelte Aufsätze 502; zustimmend wohl auch Koppensteiner in GmbHG2 Rz 6 zu Paragraph 96,). Der erkennende

Senat schließt sich diesen Lehrmeinungen an. Die Rechtsfolgen der Verschmelzung (Vermögensübergang; Erlöschen der übertragenden Gesellschaft; die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft werden Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft) treten mit der Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch ein (Paragraph 225 a, Absatz 3, AktG). Diese darf aber erst vorgenommen werden, wenn der zu bestimmende Treuhänder den Empfang der für die Aktionäre bestimmten Aktien dem Firmenbuchgericht des Sprengels der übernehmenden Gesellschaft bestätigt hat (Paragraph 225 a, Absatz 2, AktG). Der nur in der "juristischen Sekunde" vergleiche bei Saurer aaO) der Eintragung eintretende Erwerb eigener Anteile durch die übernehmende Gesellschaft ist kein Verschmelzungshindernis.

2. Bei einer "Auskehrung" der Anteile der Tochtergesellschaft an die Gesellschafter nach § 224 Abs 3 und § 225a Abs 3 Z 3 AktG erfolgt der Erwerb nach herrschender Auffassung ipso iure und bedarf keines zusätzlichen Rechtsaktes (Koppensteiner, GmbHG2 Rz 24 mwN; Kalss aaO Rz 8 zu § 224 AktG). Es liegt keine rechtsgeschäftliche, gemäß § 76 Abs 2 GmbH notariatsaktspflichtige Übertragung von Geschäftsanteilen vor. Rechtsgrund ist der als Vertrag zugunsten Dritter (der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft) aufzufassende Verschmelzungsvertrag (Koppensteiner aaO) in Verbindung mit den genehmigenden Generalversammlungsbeschlüssen.2. Bei einer "Auskehrung" der Anteile der Tochtergesellschaft an die Gesellschafter nach Paragraph 224, Absatz 3 und Paragraph 225 a, Absatz 3, Ziffer 3, AktG erfolgt der Erwerb nach herrschender Auffassung ipso iure und bedarf keines zusätzlichen Rechtsaktes (Koppensteiner, GmbHG2 Rz 24 mwN; Kalss aaO Rz 8 zu Paragraph 224, AktG). Es liegt keine rechtsgeschäftliche, gemäß Paragraph 76, Absatz 2, GmbH notariatsaktspflichtige Übertragung von Geschäftsanteilen vor. Rechtsgrund ist der als Vertrag zugunsten Dritter (der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft) aufzufassende Verschmelzungsvertrag (Koppensteiner aaO) in Verbindung mit den genehmigenden Generalversammlungsbeschlüssen.

3. Es ist daher die weitere vom Rekursgericht bejahte Frage zu prüfen, ob im Verschmelzungsvorgang eine unzulässige Einlagenrückgewähr an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu erblicken ist, die den Verschmelzungsvertrag nichtig machte:

Der Gläubigerschutz ist eine im Gesellschaftsrecht der Kapitalgesellschaft fest verankerte Leitidee, die jede Auslegung von Gesetzesnovellen beeinflusst (vgl zur Interpretation der Bestimmungen des GmbHG nach der historischen und der teleologischen Auslegungsmethode SZ 71/57). Gemäß § 82 Abs 1 GmbHG und § 52 AktG können Gesellschafter ihre Einlagen nicht zurückfordern. Sie haben nur einen Anspruch auf den Reingewinn (Bilanzgewinn). Zweck der genannten Vorschriften ist es, das Stammkapital als dauernden Grundstock der Gesellschaft und als einziges dem Zugriff der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abzusichern. Im Gegensatz zu § 30d GmbHG verbietet § 82 GmbHG im Prinzip jede Zuwendung der Gesellschaft an die Gesellschafter, die nicht Gewinnverwendung ist. Die Kapitalerhaltungsvorschriften sollen nach ihrem Sinn und Zweck jede unmittelbare oder mittelbare Leistung an einen Gesellschafter erfassen, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht und die wirtschaftlich das Vermögen verringert. Darunter fallen Zuwendungen oder Vergünstigungen aller Art ohne Rücksicht darauf, ob sie in der Handelsbilanz der Gesellschaft mbH oder des Gesellschafters einen Niederschlag finden (SZ 69/149 mwN). Dass eine Verschmelzung durch Aufnahme für die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft nachteilig sein kann, liegt auf der Hand. Eine Schlechterstellung der Altgläubiger der Tochtergesellschaft wird bei der Verschmelzung down-stream dann eintreten, wenn die übertragende Muttergesellschaft hohe Verbindlichkeiten aufweist, die wegen der Universalsukzession auf die Tochtergesellschaft übergehen und die übernommenen Vermögenswerte deshalb keinen Ausgleich schaffen, weil sie von der aufnehmenden Gesellschaft sofort an die Gesellschafter der Muttergesellschaft weiterzuleiten sind, wenn das Vermögen in den eigenen Aktien oder Geschäftsanteilen besteht. Dieses Problem wird in der Lehre an Hand des sogenannten Management-Buy-Outs erläutert. Eine nur zum Erwerb der Zielgesellschaft (spätere Tochtergesellschaft) gegründete Gesellschaft (spätere Muttergesellschaft) kauft mit Fremdkapital die Anteile der Zielgesellschaft. Der zweite Schritt besteht in der Verschmelzung. In deren Rahmen erhält die Tochtergesellschaft das im Grund- oder Stammkapital und der Beteiligung bestehende Vermögen der Tochter, muss die Beteiligung aber aus dem Grund des § 81 GmbHG (§ 65 Abs 3 AktG) an die Gesellschafter der Muttergesellschaft weiterleiten, bleibt aber Schuldnerin der ebenfalls übergegangenen Verbindlichkeiten, also der Kosten der Aufnahme des Fremdkapitals zur Anschaffung der von der Muttergesellschaft erworbenen Beteiligung an der Tochtergesellschaft. Auf diese Weise hätte die Tochter im Rahmen der Verschmelzung ihren eigenen Erwerb selbst finanziert und ihre Vermögenslage zu Lasten der Gläubiger und zugunsten der (neuen) Gesellschafter verschlechtert. Nach überwiegender Lehre steht einer solchen

Vorgangsweise das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG und § 82 GmbHG) entgegen (Saurer in NZ 1995, 169; Kalss aaO Rz 9 zu § 224 AktG; Hügel, Umgründungsbilanzen 50; Koppensteiner aaO Rz 6 zu § 96; Kostner/Umfahrer aaO Rz 877). Die Verschmelzung ist nach diesen Lehrmeinungen unzulässig, wenn der Wert des übertragenen Vermögens negativ ist (Koppensteiner aaO), sie wird aber für zulässig erachtet, wenn bei Nichtberücksichtigung des Werts der Beteiligung an der Tochtergesellschaft dennoch ein positiver Verkehrswert des übertragenen Vermögens vorliegt (Kalss aaO; Saurer aaO 174) oder die Beteiligung durch Eigenkapital gedeckt ist (Kostner/Umfahrer aaO; Saurer aaO 174) oder aber vor der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft eine Kapitalherabsetzung erfolgt (Hügel aaO). Eine von diesen Lehrmeinungen abweichende Ansicht vertritt Aman ("Down-Stream-Fusion" in RdW 1995, 292 und in RdW 1996, 465), der den Tatbestand einer verbotenen Einlagenrückgewähr im Wesentlichen deshalb verneint, weil a) die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nicht Empfänger der Vorteilszuwendung der übernehmenden Gesellschaft seien; b) die Verschmelzung Bestandteil eines "gesamthaften Finanzierungskonzeptes" sei und c) kein mangelhafter Gläubigerschutz vorliege, weil ein solcher ohnehin im § 227 AktG vorgesehen sei, welche Bestimmung nunmehr nach dem EU-GesRÄG sowohl für die Gläubiger der übertragenden wie der übernehmenden Gesellschaft gelte.Der Gläubigerschutz ist eine im Gesellschaftsrecht der Kapitalgesellschaft fest verankerte Leitidee, die jede Auslegung von Gesetzesnovellen beeinflusst vergleiche zur Interpretation der Bestimmungen des GmbHG nach der historischen und der teleologischen Auslegungsmethode SZ 71/57). Gemäß Paragraph 82, Absatz eins, GmbHG und Paragraph 52, AktG können Gesellschafter ihre Einlagen nicht zurückfordern. Sie haben nur einen Anspruch auf den Reingewinn (Bilanzgewinn). Zweck der genannten Vorschriften ist es, das Stammkapital als dauernden Grundstock der Gesellschaft und als einziges dem Zugriff der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abzusichern. Im Gegensatz zu Paragraph 30 d, GmbHG verbietet Paragraph 82, GmbHG im Prinzip jede Zuwendung der Gesellschaft an die Gesellschafter, die nicht Gewinnverwendung ist. Die Kapitalerhaltungsvorschriften sollen nach ihrem Sinn und Zweck jede unmittelbare oder mittelbare Leistung an einen Gesellschafter erfassen, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht und die wirtschaftlich das Vermögen verringert. Darunter fallen Zuwendungen oder Vergünstigungen aller Art ohne Rücksicht darauf, ob sie in der Handelsbilanz der Gesellschaft mbH oder des Gesellschafters einen Niederschlag finden (SZ 69/149 mwN). Dass eine Verschmelzung durch Aufnahme für die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft nachteilig sein kann, liegt auf der Hand. Eine Schlechterstellung der Altgläubiger der Tochtergesellschaft wird bei der Verschmelzung down-stream dann eintreten, wenn die übertragende Muttergesellschaft hohe Verbindlichkeiten aufweist, die wegen der Universalsukzession auf die Tochtergesellschaft übergehen und die übernommenen Vermögenswerte deshalb keinen Ausgleich schaffen, weil sie von der aufnehmenden Gesellschaft sofort an die Gesellschafter der Muttergesellschaft weiterzuleiten sind, wenn das Vermögen in den eigenen Aktien oder Geschäftsanteilen besteht. Dieses Problem wird in der Lehre an Hand des sogenannten Management-Buy-Outs erläutert. Eine nur zum Erwerb der Zielgesellschaft (spätere Tochtergesellschaft) gegründete Gesellschaft (spätere Muttergesellschaft) kauft mit Fremdkapital die Anteile der Zielgesellschaft. Der zweite Schritt besteht in der Verschmelzung. In deren Rahmen erhält die Tochtergesellschaft das im Grund- oder Stammkapital und der Beteiligung bestehende Vermögen der Tochter, muss die Beteiligung aber aus dem Grund des Paragraph 81, GmbHG (Paragraph 65, Absatz 3, AktG) an die Gesellschafter der Muttergesellschaft weiterleiten, bleibt aber Schuldnerin der ebenfalls übergegangenen Verbindlichkeiten, also der Kosten der Aufnahme des Fremdkapitals zur Anschaffung der von der Muttergesellschaft erworbenen Beteiligung an der Tochtergesellschaft. Auf diese Weise hätte die Tochter im Rahmen der Verschmelzung ihren eigenen Erwerb selbst finanziert und ihre Vermögenslage zu Lasten der Gläubiger und zugunsten der (neuen) Gesellschafter verschlechtert. Nach überwiegender Lehre steht einer solchen Vorgangsweise das Verbot der Einlagenrückgewähr (Paragraph 52, AktG und Paragraph 82, GmbHG) entgegen (Saurer in NZ 1995, 169; Kalss aaO Rz 9 zu Paragraph 224, AktG; Hügel, Umgründungsbilanzen 50; Koppensteiner aaO Rz 6 zu Paragraph 96 ;, Kostner/Umfahrer aaO Rz 877). Die Verschmelzung ist nach diesen Lehrmeinungen unzulässig, wenn der Wert des übertragenen Vermögens negativ ist (Koppensteiner aaO), sie wird aber für zulässig erachtet, wenn bei Nichtberücksichtigung des Werts der Beteiligung an der Tochtergesellschaft dennoch ein positiver Verkehrswert des übertragenen Vermögens vorliegt (Kalss aaO; Saurer aaO 174) oder die Beteiligung durch Eigenkapital gedeckt ist (Kostner/Umfahrer aaO; Saurer aaO 174) oder aber vor der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft eine Kapitalherabsetzung erfolgt (Hügel aaO). Eine von diesen Lehrmeinungen abweichende Ansicht vertritt Aman ("Down-Stream-Fusion" in RdW 1995, 292 und in RdW 1996, 465), der den Tatbestand einer verbotenen Einlagenrückgewähr im Wesentlichen deshalb verneint, weil a) die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nicht Empfänger der

Vorteilszuwendung der übernehmenden Gesellschaft seien; b) die Verschmelzung Bestandteil eines "gesamthaften Finanzierungskonzeptes" sei und c) kein mangelhafter Gläubigerschutz vorliege, weil ein solcher ohnehin im Paragraph 227, AktG vorgesehen sei, welche Bestimmung nunmehr nach dem EU-GesRÄG sowohl für die Gläubiger der übertragenden wie der übernehmenden Gesellschaft gelte.

Den ersten beiden Argumenten ist zunächst die Begründung der schon zitierten Entscheidung4 Ob 2078/96h = SZ 69/149 entgegenzuhalten. Eine Zielgesellschaft hatte Sicherheiten für die Verbindlichkeiten der Käufer der Anteile geleistet, die nach Verschmelzungsvorgängen in dem schon geschilderten Durchgangsverfahren an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft weiterzuleiten waren. Der 4. Senat gelangte in dem auch im vorliegenden Fall bedeutsamen Begründungsteil zur Auffassung, dass sich die Gesellschafter der Erwerbsgesellschaft die Bestellung anderer Sicherheiten erspart hätten, deshalb als mittelbar Begünstigte aufzufassen seien und daher ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagengewähr vorliege. Der Rechtssatz wurde wie folgt formuliert: "Leistet eine GmbH den Geschäftsanteile veräußernden Gesellschaftern Sicherheiten für die Verbindlichkeiten der Käufer der Anteile, so kann darin ein Verstoß gegen § 82 GmbHG liegen. Die Bestellung einer Sicherheit für Gesellschafterverbindlichkeiten aus dem Gesellschaftsvermögen ist allerdings dann zulässig, wenn die Organe der Gesellschaft bei gewissenhafter Prüfung annehmen konnten, dass die Gesellschaft in der Lage sein wird, die Kreditrückzahlungen zu "verdienen", und wenn die Sicherheitenbestellung dem Fremdvergleich stand hält, dh zu Bedingungen erfolgt, die auch einem Außenstehenden eingeräumt würden. Beim down-stream-merger wird die für den Erwerb der Gesellschaft (der Anteile an ihr) aufgenommene Verbindlichkeit an diese selbst übertragen, ohne dass dieser Verbindlichkeit ein Aktivum gegenübersteht. Da sich die Gesellschafter der Erwerbsgesellschaft die Bestellung anderer Sicherheiten erspart haben, verbleiben sie auch nach der Durchführung des down-stream-mergers als mittelbar Begünstigte". Hügel stimmte in seiner Entscheidungsbesprechung (JBl 1997, 113) dieser Auffassung zu. Unter das Einlagenrückgewährverbot fielen nicht nur offene Barzahlungen an die Gesellschafter sondern auch im Gewande anderer Rechtsgeschäfte erfolgte verdeckte Leistungen. In Saurers kritischer Anmerkung in RdW 1998, 593 wird diesem Begründungsteil nicht widersprochen und nur die Frage des Fremdvergleichs einer kritischen Betrachtung unterzogen. Diese Frage ist im vorliegenden Firmenbuchverfahren aber nicht von Bedeutung, weil hier keine Sicherheitsleistung, sondern eine vermögenswerte Leistung der Zielgesellschaft (Tochtergesellschaft), nämlich die Durchschleusung der eigenen Anteile an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft und der Vorteilsempfang dieser Gesellschafter im Vergleich mit dem entstandenen Nachteil zu beurteilen ist, der in der Übernahme eines allenfalls bestehenden Negativvermögens liegen könnte. Die rekurrierende übernehmende Gesellschaft argumentiert hier im Sinne Amans dahin, dass die Gegenleistung eine solche für die übertragende Gesellschaft und nicht für deren Gesellschafter sei, so dass der Sachverhalt kein Anwendungsfall der Einlagenrückgewähr und des Gläubigerschutzes sei. Diese Ansicht vertritt zwar offenbar auch Koppensteiner in seinem in WBl 1999, 333 veröffentlichten Aufsatz Verschmelzung und Vermögensbindung. Er führt unter Bezugnahme auf die zitierte Entscheidung SZ 69/149 zum Gläubigerschutz bei der Verschmelzung down stream zu Lasten der Gläubiger der Tochtergesellschaft aus, dass die bestellte Sicherheit ein Vermögenswert für die Verbindlichkeit der Muttergesellschaft als primärer Leistungsempfängerin sei und dieser gegenüber eine verdeckte Einlagenrückgewähr darstelle. Die daraus resultierende Forderung nach § 83 Abs 1 GmbHG gehe aber durch die Fusion unter. Dass die Gesellschafter der Muttergesellschaft mittelbar begünstigt werden, reiche nicht aus. Koppensteiner gelangt aber mit anderer Begründung ebenfalls zu einer Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrages. Er verneint zunächst den von den schon zitierten Lehrmeinungen vertretenen Standpunkt eines bloßen Durchgangserwerbes der Geschäftsanteile. Den Anteilsinhabern der Muttergesellschaft stehe ein Abfindungsanspruch in Anteilen der Tochtergesellschaft nur im Ausmaß der relativen Unternehmenswerte zu. Dies ergebe sich aus § 224 Abs 3 AktG. Beim fremdfinanzierten Anteilserwerb durch die Muttergesellschaft bestehe der Unternehmenswert der Muttergesellschaft typischerweise nur im Eigenkapital (Stammkapital), ihre Gesellschafter hätten gegen die übernehmende Tochtergesellschaft daher nur in diesem Ausmaß einen Abfindungsanspruch, der Rest hätte bei der Tochter zu verbleiben, was aber gemäß § 81 GmbHG unzulässig sei. Der Verschmelzungsvertrag verstoße daher gegen § 82 GmbHG, er sei nichtig und dürfe vom Firmenbuchrichter nicht eingetragen werden. Dasselbe gelte selbstverständlich erst recht dann, wenn die übertragende Gesellschaft schon vor der Verschmelzung eine Unterbilanz aufgewiesen habe und nur dann nicht, wenn jene Gesellschaft außer der Beteiligung über mindestens soviel Vermögen verfügt, dass dessen Aktivierung bei der Tochter die übergehenden Schulden decke (Koppensteiner in WBl 1999, 333 [339]).Den ersten beiden Argumenten ist zunächst die Begründung der schon zitierten Entscheidung4 Ob 2078/96h = SZ 69/149 entgegenzuhalten. Eine Zielgesellschaft hatte Sicherheiten für die Verbindlichkeiten der

Käufer der Anteile geleistet, die nach Verschmelzungsvorgängen in dem schon geschilderten Durchgangsverfahren an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft weiterzuleiten waren. Der 4. Senat gelangte in dem auch im vorliegenden Fall bedeutsamen Begründungsteil zur Auffassung, dass sich die Gesellschafter der Erwerbsgesellschaft die Bestellung anderer Sicherheiten erspart hätten, deshalb als mittelbar Begünstigte aufzufassen seien und daher ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagengewähr vorliege. Der Rechtssatz wurde wie folgt formuliert: "Leistet eine GmbH den Geschäftsanteile veräußernden Gesellschaftern Sicherheiten für die Verbindlichkeiten der Käufer der Anteile, so kann darin ein Verstoß gegen Paragraph 82, GmbHG liegen. Die Bestellung einer Sicherheit für Gesellschafterverbindlichkeiten aus dem Gesellschaftsvermögen ist allerdings dann zulässig, wenn die Organe der Gesellschaft bei gewissenhafter Prüfung annehmen konnten, dass die Gesellschaft in der Lage sein wird, die Kreditrückzahlungen zu "verdienen", und wenn die Sicherheitenbestellung dem Fremdvergleich stand hält, dh zu Bedingungen erfolgt, die auch einem Außenstehenden eingeräumt würden. Beim down-stream-merger wird die für den Erwerb der Gesellschaft (der Anteile an ihr) aufgenommene Verbindlichkeit an diese selbst übertragen, ohne dass dieser Verbindlichkeit ein Aktivum gegenübersteht. Da sich die Gesellschafter der Erwerbsgesellschaft die Bestellung anderer Sicherheiten erspart haben, verbleiben sie auch nach der Durchführung des down-stream-mergers als mittelbar Begünstigte". Hügel stimmte in seiner Entscheidungsbesprechung (JBl 1997, 113) dieser Auffassung zu. Unter das Einlagenrückgewährverbot fielen nicht nur offene Barzahlungen an die Gesellschafter sondern auch im Gewande anderer Rechtsgeschäfte erfolgte verdeckte Leistungen. In Saurers kritischer Anmerkung in RdW 1998, 593 wird diesem Begründungsteil nicht widersprochen und nur die Frage des Fremdvergleichs einer kritischen Betrachtung unterzogen. Diese Frage ist im vorliegenden Firmenbuchverfahren aber nicht von Bedeutung, weil hier keine Sicherheitsleistung, sondern eine vermögenswerte Leistung der Zielgesellschaft (Tochtergesellschaft), nämlich die Durchschleusung der eigenen Anteile an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft und der Vorteilsempfang dieser Gesellschafter im Vergleich mit dem entstandenen Nachteil zu beurteilen ist, der in der Übernahme eines allenfalls bestehenden Negativvermögens liegen könnte. Die rekurrierende übernehmende Gesellschaft argumentiert hier im Sinne Amans dahin, dass die Gegenleistung eine solche für die übertragende Gesellschaft und nicht für deren Gesellschafter sei, so dass der Sachverhalt kein Anwendungsfall der Einlagenrückgewähr und des Gläubigerschutzes sei. Diese Ansicht vertritt zwar offenbar auch Koppensteiner in seinem in WBl 1999, 333 veröffentlichten Aufsatz Verschmelzung und Vermögensbindung. Er führt unter Bezugnahme auf die zitierte Entscheidung SZ 69/149 zum Gläubigerschutz bei der Verschmelzung down stream zu Lasten der Gläubiger der Tochtergesellschaft aus, dass die bestellte Sicherheit ein Vermögenswert für die Verbindlichkeit der Muttergesellschaft als primärer Leistungsempfängerin sei und dieser gegenüber eine verdeckte Einlagenrückgewähr darstelle. Die daraus resultierende Forderung nach Paragraph 83, Absatz eins, GmbHG gehe aber durch die Fusion unter. Dass die Gesellschafter der Muttergesellschaft mittelbar begünstigt werden, reiche nicht aus. Koppensteiner gelangt aber mit anderer Begründung ebenfalls zu einer Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrages. Er verneint zunächst den von den schon zitierten Lehrmeinungen vertretenen Standpunkt eines bloßen Durchgangserwerbes der Geschäftsanteile. Den Anteilsinhabern der Muttergesellschaft stehe ein Abfindungsanspruch in Anteilen der Tochtergesellschaft nur im Ausmaß der relativen Unternehmenswerte zu. Dies ergebe sich aus Paragraph 224, Absatz 3, AktG. Beim fremdfinanzierten Anteilserwerb durch die Muttergesellschaft bestehe der Unternehmenswert der Muttergesellschaft typischerweise nur im Eigenkapital (Stammkapital), ihre Gesellschafter hätten gegen die übernehmende Tochtergesellschaft daher nur in diesem Ausmaß einen Abfindungsanspruch, der Rest hätte bei der Tochter zu verbleiben, was aber gemäß Paragraph 81, GmbHG unzulässig sei. Der Verschmelzungsvertrag verstoße daher gegen Paragraph 82, GmbHG, er sei nichtig und dürfe vom Firmenbuchrichter nicht eingetragen werden. Dasselbe gelte selbstverständlich erst recht dann, wenn die übertragende Gesellschaft schon vor der Verschmelzung eine Unterbilanz aufgewiesen habe und nur dann nicht, wenn jene Gesellschaft außer der Beteiligung über mindestens soviel Vermögen verfügt, dass dessen Aktivierung bei der Tochter die übergehenden Schulden decke (Koppensteiner in WBl 1999, 333 [339]).

4. Zu den dargestellten Lehrmeinungen ist zunächst das übereinstimmende Ergebnis hervorzuheben, dass eine Anteilsübertragung an die Gesellschafter der Muttergesellschaft nur dann in Frage kommt, wenn der Tochtergesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ein positiver Vermögenswert zukommt (vgl zu diesem Erfordernis die steuerrechtlich maßgebenden Bestimmungen des UmgrStG, das den Begriff "positiver Verkehrswert" als Voraussetzung für die angestrebten Steuererleichterungen in Umgründungsfällen eingeführt hat; dazu Schwarzinger, Der positive Verkehrswert im Umgründungsrecht 25 ff) und dass dabei der Wert der Beteiligung an der

Tochtergesellschaft außer Betracht zu bleiben hat. Dies gilt grundsätzlich auch für den vorliegenden Fall, wobei auf die von der Revisionsrekurswerberin relevierte Spruchreife in ihrem Sinn auf Grund des vorgelegten Auszugs aus der Abschlussbilanz der übertragenden Gesellschaft noch einzugehen sein wird.4. Zu den dargestellten Lehrmeinungen ist zunächst das übereinstimmende Ergebnis hervorzuheben, dass eine Anteilsübertragung an die Gesellschafter der Muttergesellschaft nur dann in Frage kommt, wenn der Tochtergesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ein positiver Vermögenswert zukommt vergleiche zu diesem Erfordernis die steuerrechtlich maßgebenden Bestimmungen des UmgrStG, das den Begriff "positiver Verkehrswert" als Voraussetzung für die angestrebten Steuererleichterungen in Umgründungsfällen eingeführt hat; dazu Schwarzinger, Der positive Verkehrswert im Umgründungsrecht 25 ff) und dass dabei der Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft außer Betracht zu bleiben hat. Dies gilt grundsätzlich auch für den vorliegenden Fall, wobei auf die von der Revisionsrekurswerberin relevierte Spruchreife in ihrem Sinn auf Grund des vorgelegten Auszugs aus der Abschlussbilanz der übertragenden Gesellschaft noch einzugehen sein wird.

5. Zuvor ist aber noch die von Aman bejahte Frage zu behandeln, dass für Verschmelzungsfälle die Gläubigerschutzbestimmungen der §§ 226 ff AktG ausreichend seien und die allgemeinen Gläubigerschutzbestimmungen verdrängt (derogiert) worden seien. § 226 AktG normiert einen Anspruch der Altgläubiger beider an der Verschmelzung beteiligter Gesellschafter auf Sicherheitsleistung, der binnen sechs Monaten nach der Eintragung der Verschmelzung geltend zu machen ist. Die Gläubiger haben die Gefährdung der Erfüllung ihrer Ansprüche glaubhaft zu machen. Sie haben überdies Schadenersatzansprüche gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates der übertragenden Gesellschaft (§ 227 AktG). Diese Gläubigerschutzbestimmungen sind aber keine abschließende Regelung (Koppensteiner aaO 339). Sie greifen erst nach Rechtswirksamkeit der Verschmelzung ein und entbinden das Gericht nicht von der vorherigen Prüfung der Zulässigkeit der Verschmelzung nach dem Kapitalerhaltungsgrundsatz. Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist für den Side-stream-merger in § 224 Abs 2 Z 1 AktG ausdrücklich erwähnt, woraus abzuleiten ist, dass den Gläubigerschutzbestimmungen des§ 52 AktG bzw des § 82 GmbHG nicht derogiert werden sollte. Die durch eine Verschmelzung down stream bewirkte Gefährdungslage ist keine andere, wie sie auch bei einer Spaltung down stream entsteht, worauf Ton in ecolex 1999, 172 hinwies. Auch dieser Autor verneint die Frage, dass § 226 AktG einen ausreichenden Gläubigerschutz normiere und eine abschließende Regelung darstelle. Auch Kalss vertritt diese Auffassung (aaO Rz 9 zu § 224 AktG). Der erkennende Senat schließt sich dem unter Ablehnung der Meinung Amans an.5. Zuvor ist aber noch die von Aman bejahte Frage zu behandeln, dass für Verschmelzungsfälle die Gläubigerschutzbestimmungen der Paragraphen 226, ff AktG ausreichend seien und die allgemeinen Gläubigerschutzbestimmungen verdrängt (derogiert) worden seien. Paragraph 226, AktG normiert einen Anspruch der Altgläubiger beider an der Verschmelzung beteiligter Gesellschafter auf Sicherheitsleistung, der binnen sechs Monaten nach der Eintragung der Verschmelzung geltend zu machen ist. Die Gläubiger haben die Gefährdung der Erfüllung ihrer Ansprüche glaubhaft zu machen. Sie haben überdies Schadenersatzansprüche gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates der übertragenden Gesellschaft (Paragraph 227, AktG). Diese Gläubigerschutzbestimmungen sind aber keine abschließende Regelung (Koppensteiner aaO 339). Sie greifen erst nach Rechtswirksamkeit der Verschmelzung ein und entbinden das Gericht nicht von der vorherigen Prüfung der Zulässigkeit der Verschmelzung nach dem Kapitalerhaltungsgrundsatz. Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist für den Side-stream-merger in Paragraph 224, Absatz 2, Ziffer eins, AktG ausdrücklich erwähnt, woraus abzuleiten ist, dass den Gläubigerschutzbestimmungen des Paragraph 52, AktG bzw des Paragraph 82, GmbHG nicht derogiert werden sollte. Die durch eine Verschmelzung down stream bewirkte Gefährdungslage ist keine andere, wie sie auch bei einer Spaltung down stream entsteht, worauf Ton in ecolex 1999, 172 hinwies. Auch dieser Autor verneint die Frage, dass Paragraph 226, AktG einen ausreichenden Gläubigerschutz normiere und eine abschließende Regelung darstelle. Auch Kalss vertritt diese Auffassung (aaO Rz 9 zu Paragraph 224, AktG). Der erkennende Senat schließt sich dem unter Ablehnung der Meinung Amans an.

6. Die rekurrierende Gesellschaft verficht unter Berufung auf den von den abfindungsberechtigten Gesellschaftern der Muttergesellschaft erklärten Verzicht auf die Übertragung von Anteilen an der Tochtergesellschaft die Ansicht, dass die Verschmelzung der beiden Gesellschaften "down-stream" schon deshalb zulässig sei, weil für diesen Fall § 224 Abs 2 Z 2 AktG vorsehe, dass die übernehmende Gesellschaft von der Gewährung von Aktien absehen darf6. Die rekurrierende Gesellschaft verficht unter Berufung auf den von den abfindungsberechtigten Gesellschaftern der Muttergesellschaft erklärten Verzicht auf die Übertragung von Anteilen an der Tochtergesellschaft die Ansicht, dass die

Verschmelzung der beiden Gesellschaften "down-stream" schon deshalb zulässig sei, weil für diesen Fall Paragraph 224, Absatz 2, Ziffer 2, AktG vorsehe, dass die übernehmende Gesellschaft von der Gewährung von Aktien absehen darf.

Diese Argumentation geht von der aktenwidrigen Annahme aus, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft darauf verzichtet hätten, Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft zu sein. Tatsächlich wurde aber festgelegt, dass die Gesellschafter der übertragenden Muttergesellschaft im gleichen Verhältnis wie der Gesellschafter der Tochtergesellschaft werden sollen und für diesen Fall bestimmt § 224 Abs 3 AktG iVm § 96 Abs 2 GmbHG, dass die im Besitz der übertragenden Gesellschaft befindlichen Anteile an der übernehmenden Gesellschaft zur Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu verwenden sind. Ganz dem Sinne dieser gesetzlichen Anordnung entsprechend haben die außerordentlichen Generalversammlungen der beiden zur Verschmelzung entschlossenen Gesellschaften diese Form der Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Muttergesellschaft beschlossen und dies jeweils mit Notariatsakt bekundet. Für das gleichzeitig ausgesprochene Unterbleiben der "Gewährung von Geschäftsanteilen an der Tochtergesellschaft" an die Gesellschafter der übertragenden Muttergesellschaft "und damit auch einer Kapitalerhöhung" verbleibt demnach nur die Sinndeutung, dass aus Anlass der Verschmelzung eine Kapitalerhöhung der aufnehmenden Tochtergesellschaft zwecks Gewährung weiterer Anteilsrechte an die Gesellschafter der übertragenden Muttergesellschaft nicht stattfindet.Diese Argumentation geht von der aktenwidrigen Annahme aus, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft darauf verzichtet hätten, Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft zu sein. Tatsächlich wurde aber festgelegt, dass die Gesellschafter der übertragenden Muttergesellschaft im gleichen Verhältnis wie der Gesellschafter der Tochtergesellschaft werden sollen und für diesen Fall bestimmt Paragraph 224, Absatz 3, AktG in Verbindung mit Paragraph 96, Absatz 2, GmbHG, dass die im Besitz der übertragenden Gesellschaft befindlichen Anteile an der übernehmenden Gesellschaft zur Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu verwenden sind. Ganz dem Sinne dieser gesetzlichen Anordnung entsprechend haben die außerordentlichen Generalversammlungen der beiden zur Verschmelzung entschlossenen Gesellschaften diese Form der Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Muttergesellschaft beschlossen und dies jeweils mit Notariatsakt bekundet. Für das gleichzeitig ausgesprochene Unterbleiben der "Gewährung von Geschäftsanteilen an der Tochtergesellschaft" an die Gesellschafter der übertragenden Muttergesellschaft "und damit auch einer Kapitalerhöhung" verbleibt demnach nur die Sinndeutung, dass aus Anlass der Verschmelzung eine Kapitalerhöhung der aufnehmenden Tochtergesellschaft zwecks Gewährung weiterer Anteilsrechte an die Gesellschafter der übertragenden Muttergesellschaft nicht stattfindet.

7. Für das Firmenbuchverfahren bedeutet das gewonnene Zwischenergebnis folgendes:

Das gemäß § 225a Abs 1 AktG für die Eintragung der Verschmelzung zuständige Firmenbuchgericht hat im Rahmen seiner sich aus § 15 FBG iVm § 2 Abs 2 Z 5 AußStrG ergebenden amtswegigen Prüfpflicht die Eintragungsvoraussetzungen in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen (Kalss aaO Rz 3 zu § 225a AktG mwN), also auch die dargelegte Frage der Werthaltigkeit des übertragenen Vermögens. Grundlage dieser Prüfung ist die von der übertragenden Muttergesellschaft gemäß § 220 Abs 3 AktG aufzustellende Schlußbilanz. Die übernehmende Gesellschaft kann die Werte aus dieser Bilanz fortführen. Sie muss keine Eröffnungsbilanz erstellen (Kalss aaO Rz 20 zu § 220 AktG). Nach der zitierten Gesetzesstelle gelten für die Schlussbilanz die Vorschriften des HGB über die Prüfung des Jahresabschlusses sinngemäß. Das gilt gemäß § 96 Abs 2 GmbHG auch für eine übertragende Gesellschaft mbH. Auch die Schlussbilanz ist unter Anwendung der §§ 268 ff HGB von einem Abschlussprüfer zu prüfen (Hügel, Umgründungsbilanzen 23). Bei Zweifel über die Richtigkeit der vorgelegten Schlussbilanz, die eine Ertragsbilanz und kein

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at