

- 2.12** Eine Verschmelzung einer Gesellschaft mit hohem Stammkapital auf eine Gesellschaft mit niedrigerem Stammkapital darf den **Gläubigerschutz** nicht mindern.<sup>200</sup> Maßgeblich ist nicht die konkrete, sondern die abstrakte Gläubigergefährdung.<sup>201</sup> Kommt es bei einer Verschmelzung zu einem derartigen kapitalentsperrenden Effekt, ist sie dennoch zulässig, wenn auf andere Weise die Sicherstellung der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft gewährleistet ist. Vom OGH wurden folgende **Maßnahmen** als zulässig erachtet:<sup>202</sup>
- eine aus der (freiwilligen) Eröffnungsbilanz der übernehmenden Gesellschaft hervorgehende Bilanzierung der übernommenen Aktiva als gebundene Rücklage zur Gläubigerbefriedigung;<sup>203</sup>
  - ein Nachweis, dass alle Gläubiger der übertragenden Gesellschaft ohnehin schon befriedigt oder sichergestellt wurden oder
  - ein Nachweis, dass die Gläubiger dies trotz Aufforderung in angemessener Frist nicht verlangt haben.
- 2.13** Alternativ ist natürlich auch die vorangehende **Kapitalherabsetzung** bei der übertragenden Gesellschaft möglich.<sup>204</sup>
- 2.14** Obwohl der OGH nur einen Fall der Down-stream-Verschmelzung zu beurteilen hatte, sind die hier dargestellten Überlegungen auf alle Verschmelzungen übertragbar.<sup>205</sup> Die Überlegungen gehen jedoch nicht so weit, dass ein dem Spaltungsrecht vergleichbarer Summengrundsatz (§ 3 Abs 1 SpaltG; Addition des Nominalkapitals bzw allenfalls auch Addition der gebundenen Rücklagen der beteiligten Gesellschaften) auch im Verschmelzungsrecht gefordert wird.<sup>206</sup> Das Stammkapital der übernehmenden Gesellschaft darf nur nicht niedriger sein als das Stammkapital der übertragenden Gesellschaft. Ob dieser Grundsatz auch auf gebundenes Kapital anzuwenden ist, lässt der OGH offen.<sup>207</sup> Kommt

200 OGH 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b weiters für viele *Damböck/Hecht*, OGH: Allgemeine Kapitalerhaltungsgrundsätze gelten bei Verschmelzung! RdW 2000, 3.

201 Vgl *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh*, Kapitalentsperrung über die Grenze – Gestaltungschance und Fallstricke, GesRZ 2009, 342.

202 Vgl *Kalss* in *Doralt/Ch. Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 224 Rz 21; zB *Damböck/Hecht*, OGH: Allgemeine Kapitalerhaltungsgrundsätze gelten bei Verschmelzung! RdW 2000, 4; *Hirschler*, Eigenkapitalveränderungen durch Umgründungsvorgänge, in *Bertl/Eberhartinger/Egger/Gassner/Kalss/Lang/Ch. Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer* (Hrsg), Eigenkapital (2004) 145.

203 Zu Recht krit *Damböck/Hecht*, OGH: Allgemeine Kapitalerhaltungsgrundsätze gelten bei Verschmelzung! RdW 2000, 4.

204 Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> § 224 AktG Rz 41.

205 Zum Fall der Schwesternverschmelzung vgl zB OLG Wien, GesRZ 2004, 201; weiterführend, *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> § 224 AktG Rz 41; *Hirschler*, Eigenkapitalveränderungen durch Umgründungsvorgänge, in *Bertl/Eberhartinger/Egger/Gassner/Kalss/Lang/Ch. Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer* (Hrsg), Eigenkapital (2004) 146.

206 Vgl *Ch. Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschaftsrecht, Umgründungsrecht, Übernahmerecht<sup>3</sup> Rz 4/49; *Kalss* in *Doralt/Ch. Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 224 Rz 20; *Koppensteiner*, Verschmelzung und Vermögensbindung, wbl 1999, 355; *Eckert*, Kapitalentsperrung bei Verschmelzungen (Teil I), GeS 2006, 383 (insb 385); sowie *Eckert*, Kapitalentsperrung bei Verschmelzungen (Teil II), GeS 2006, 436.

207 OGH 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b; *Eckert*, Kapitalentsperrung bei Verschmelzungen (Teil I), GeS 2006, 383ff; sowie *Eckert*, Kapitalentsperrung bei Verschmelzungen (Teil II), GeS 2006, 436ff; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 235ff.

es nach der Verschmelzung nicht zu einer Bindung in Höhe der Summe des gebundenen Kapitals bei der Gesellschaft, kann es allein auf Grund des Wegfalls der übertragenden Gesellschaft zu einer „Entsperrung“ kommen, was anhand des folgenden Beispiels dargestellt werden soll (Verschmelzung der 100%igen Tochter A auf die Mutter B):

**A-AG (übertragende Gesellschaft)**

AV	1.000	Nennkapital	700
		gebundene KapRL	300
UV	300	freie KapRL	100
		Bilanzgewinn	100
		FK	100
	1.300		1.300

**B-AG (übernehmende Gesellschaft)**

Beteiligung A-AG	700	Nennkapital	500
sonstiges AV	900	gebundene KapRL	300
UV	250	freie KapRL	100
		Bilanzgewinn	50
		FK	900
	1.850		1.850

**Verschmelzungsbilanz A-AG**

AV	1.000	Verschmelzungskapital	1.200
UV	300	FK	100
	1.300		1.300

**fiktive Eröffnungsbilanz B-AG**

AV	1.900	Nennkapital	500
UV	550	gebundene KapRL	300
		freie KapRL	100
		Bilanzgewinn	50
		Verschmelzungsgewinn	500
		FK	1.000
	2.450		2.450

Vor der Verschmelzung ist das Nennkapital der Gesellschaft A iHv 700 und der Gesellschaft B iHv 500 gesperrt. Darüber hinaus sind auch die gebundenen Kapitalrücklagen von je 300 für Ausschüttungen gesperrt. Auf Grund der Verschmelzung kommt es zu

**2.15**

einem nichtausschüttungsgesperrten Verschmelzungsgewinn von 500. Selbst bei Einhaltung der vom OGH entwickelten Grundsätze kann es daher dazu kommen, dass zuvor gebundenes Kapital ausgeschüttet wird.

#### d) Positiver Verkehrswert der beteiligten Gesellschaften

- 2.16** Wenngleich das Verschmelzungsrecht keine expliziten Regelungen enthält, kann sich das Erfordernis eines **positiven Verkehrswerts** auf Grund des Gläubigerschutzes (und Gesellschafterschutzes) ergeben. Eine bloß **buchmäßige Überschuldung** ist stets unschädlich.<sup>208</sup> Generell beeinträchtigt jede Verschmelzung die Interessen der Gläubiger jener Gesellschaft, die über die bessere Bonität verfügt. Das AktG sieht zum Schutz der Gläubiger einen der Verschmelzung nachgelagerten Sicherheitsanspruch (§ 226 AktG) vor. Dieser Schutz wird allerdings vielfach als nicht ausreichend empfunden.<sup>209</sup>
- 2.17** Einhelligkeit besteht darüber, dass eine Verschmelzung nicht zu einer insolvenzrechtlich überschuldeten oder zahlungsunfähigen Gesellschaft führen darf.<sup>210</sup> Demgegenüber führt jedoch nicht jede Verschmelzung einer real überschuldeten Gesellschaft mit einer vermögensstarken Gesellschaft zu einer Gläubigergefährdung.<sup>211</sup> Kommt es anlässlich der Verschmelzung zu einer Kapitalerhöhung, ist das Verbot der Unterpariemission zu beachten (§ 8a Abs 1 AktG). Auf Grund der Beachtung der **Kapitalaufbringungsvorschriften** ist daher eine Kapitalerhöhung bei negativen Verkehrswert jedenfalls ausgeschlossen, was insb bei **Konzentrationsverschmelzungen** zu beachten sein wird. Selbst wenn **keine Kapitalerhöhung** notwendig ist, kann es auf Grund **des Verbots der Einlagenrückgewähr** zu einem vergleichbaren Ergebnis kommen.
- 2.18** Bei der **Verschmelzung down-stream** wird Vermögen von der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft übertragen. Sowohl bilanziell als auch gesellschaftsrechtlich handelt es sich um eine Einlage. Die Besonderheit besteht darin, dass die übernehmende Gesellschaft mit der Verschmelzung auch ihre eigenen Anteile übernimmt. Diese sind zwingend an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft auszukehren. Der übernehmenden Gesellschaft verbleibt somit nur das Restvermögen. Ist dieses Vermögen negativ, kann es zu einer Schädigung der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft kommen. In diesem Fall ist eine derartige Verschmelzung ohne flankierende Gläubigerschutzmaßnahmen unzulässig.<sup>212</sup> Eine Verschmelzung down-stream ist daher grundsätzlich nur dann zulässig, wenn nach Abzug des Werts der Anteile an der übernehmenden Tochtergesellschaft das verbleibende Vermögen positiv und im Verschmelzungsvertrag die Auskehr der Anteile vorgesehen ist. Auch bei einer (nach Abzug der Anteile an der übernehmenden Tochtergesellschaft) real überschuldeten Gesellschaft ist eine Down-stream-Verschmelzung zulässig, wenn die übernommenen Nettoverbind-

---

208 Vgl *Hügel*, Verschmelzungen § 1 Rz 50 mwN.

209 Vgl *Hügel*, Verschmelzungen § 1 Rz 50 mwN.

210 Vgl *Ch. Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschaftsrecht, Umgründungsrecht, Übernahmerecht<sup>3</sup> Rz 4/65.

211 Vgl *Hügel*, Verschmelzungen § 1 Rz 50 mwN.

212 OGH 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b; weiters für viele *Damböck/Hecht*, OGH: Allgemeine Kapitalerhaltungsgrundsätze gelten bei Verschmelzung! RdW 2000, 2.

lichkeiten in den freien, an sich ausschüttbaren Mitteln der übernehmenden Gesellschaft gedeckt sind.<sup>213</sup>

Auch bei einer **Side-stream-Verschmelzung** kann es zu einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr bei Überschuldung einer der beiden an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften kommen. Ob es bereits ausreichend ist, dass die übernehmende Gesellschaft in der Lage ist, sämtliche Gläubiger der beteiligten Gesellschaften sicher zu stellen oder zu befriedigen, ist jedoch noch nicht ausreichend geklärt.<sup>214</sup> Jedenfalls können begleitende Maßnahmen oder besondere Umstände die Verschmelzung der überschuldeten übertragenden Gesellschaft zulässig machen. Zulässig wäre es etwa, wenn die übernehmende Gesellschaft über einen ausschüttbaren Bilanzgewinn in Höhe des negativen Werts der übertragenden Gesellschaft verfügt.<sup>215</sup> Unzulässig ist eine **Side-stream-Verschmelzung** jedenfalls dann, wenn die fusionierte Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig ist.<sup>216</sup> **2.19**

Bei der **Up-stream-Verschmelzung** einer überschuldeten Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft ist zu berücksichtigen, dass es der Muttergesellschaft auch frei stehen würde, Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft durch Zuschüsse abzudecken. Ob die Verschmelzung daher zu einer wirtschaftlichen Gefährdung oder gar Zahlungsunfähigkeit der übernehmenden Muttergesellschaft führt, unterliegt der pflichtgemäßen Beurteilung durch die beteiligten Organe (§§ 84, 227f AktG; § 25 GmbHG).<sup>217</sup> Auch sind bei der Verschmelzung up-stream die Grundsätze der Kapitalerhaltung und der Einlagenrückgewähr nicht berührt.<sup>218</sup> Folglich sollte daher auch die Verschmelzung einer überschuldeten Tochtergesellschaft auf ihre Muttergesellschaft zulässig sein.<sup>219</sup> **2.20**

**Generell** und wie bereits oben dargestellt, kann eine **Verschmelzung auch bei einem negativen Verkehrswert** der übertragenden Gesellschaft zulässig sein, wenn durch besondere Umstände bzw Begleitmaßnahmen eine Schädigung von Gläubigern vermieden wird. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn in der Bilanz der übernehmenden Gesellschaft ein **ausschüttbarer Bilanzgewinn oder frei ausschüttbare Rücklagen** mindestens in Höhe des negativen Verkehrswertes der übertragenden Gesellschaft ausgewiesen ist bzw sind und die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft beschließen, diese Mittel nicht auszuschütten.<sup>220</sup> Alternativ könnte ein **Gesellschafter oder auch ein Dritter** die **2.20/1**

213 Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> § 224 AktG Rz 59 mwN.

214 Vgl *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 82 Rz 141; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 21 a.

215 OLG Wien 15. 11. 2004, 28 R 111/04f, 28R 112/04b GeS 2005, 276; Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> § 224 AktG Rz 74.

216 OGH 26. 6. 2003, 6 Ob 70/03t hinsichtlich der Verschmelzung zweier überschuldeter Gesellschaften an denen die Gesellschafter im selben Verhältnis beteiligt sind; weiters OLG Wien 15. 11. 2004, 28 R 111/04f und 28 R 112/04b ecolex 2005/366 und OGH 26. 8. 2004, 6 Ob 165/04i.

217 Vgl *Hügel*, Verschmelzungen § 1 Rz 50.

218 Vgl *Hügel*, Verschmelzungen § 1 Rz 50 mwN.

219 Vgl dazu auch *Kalss* in *Doralt/Ch. Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 224 Rz 30; OGH 7. 11. 2007, 6 Ob 236/07k. .

220 Vgl *Ch. Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschaftsrecht, Umgründungsrecht, Übernahmerecht<sup>3</sup> Rz 4/51.

Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft aus eigenen Mitteln insoweit abdecken, dass die reale Überschuldung wegfällt. Auch **Synergieeffekte**, die die übernehmende Gesellschaft aufgrund der Verschmelzung geltend machen kann, können einen positiven Wert darstellen, der die Verschmelzung mit einer real überschuldeten Gesellschaft zulässig werden lässt.<sup>221</sup> Die Synergieeffekte und deren positiver Wert für die übernehmende Gesellschaft wären durch ein entsprechendes Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen nachzuweisen.<sup>222</sup>

- 2.20/2** Weist die **übernehmende Gesellschaft** keinen positiven Verkehrswert auf, ist die Verschmelzung nur zulässig, wenn die fusionierte Gesellschaft insgesamt mit ausreichenden finanziellen Mittel ausgestattet ist, die Verbindlichkeiten aller Gläubiger der beiden zusammengeführten Gesellschaften zu befriedigen.<sup>223</sup> Eine Verschmelzung ist daher jedenfalls unzulässig, sofern die fusionierte Gesellschaft insolvenzrechtlich überschuldet ist oder durch die Verschmelzung wird.<sup>224</sup>
- 2.20/3** Maßgeblicher **Zeitpunkt für die Beurteilung der Überschuldung** ist die Anmeldung zum Firmenbuch.<sup>225</sup> Damit ist es auch möglich, im Rückwirkungszeitraum einer Verschmelzung noch sanierende Maßnahmen (zB Zuschuss) zu setzen.

#### e) Grenzüberschreitende Verschmelzungen

- 2.21** Eine **grenzüberschreitende Verschmelzung** liegt vor, wenn an einer Verschmelzung Gesellschaften mit verschiedenem **Personalstatut**<sup>226</sup> beteiligt sind. Die grenzüberschreitende Verschmelzung wird hinsichtlich jener Kapitalgesellschaften, die dem Recht eines anderen EU- oder EWR-Staats unterliegen, durch das EU-VerschG geregelt.<sup>227</sup> Auch die Errichtung einer SE kann auf Grund einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von AGs erfolgen (Art 2 Abs 1 SE-VO). Verschmelzungen mit Gesellschaften in Drittstaaten

221 Vgl Kals in Doralt/Ch. Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 224 Rz 35.

222 Vgl OLG Wien 15. 11. 2004, 28 R 111/04f und 28 R 112/04b ecolex 2005/366; vgl auch Ch. Nowotny/Fida, Kapitalgesellschaftsrecht, Umgründungsrecht, Übernahmerecht<sup>3</sup> Rz 4/64.

223 Vgl Kals in Doralt/Ch. Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 224 Rz 32.

224 Vgl Ch. Nowotny/Fida, Kapitalgesellschaftsrecht, Umgründungsrecht, Übernahmerecht<sup>3</sup> Rz 4/65 mit Hinweis auf OGH 26. 6. 2003, 6 Ob 70/03 t GesRZ 2003, 287; OGH 26. 8. 2004, 6 Ob 165/04i und 6 Ob 166/04m ecolex 2005/58; OLG Wien 15. 11. 2004, 28 R 111/04f und 28 R 112/04b, ecolex 2005/366; vgl jedoch OLG Wien 18. 2. 2004, 28 R 409/03b GesRZ 2004, 201 sowie OLG Wien 18. 2. 2004, 28 R 391/03f GesRZ 2004, 204.

225 Vgl Ch. Nowotny/Fida, Kapitalgesellschaftsrecht, Umgründungsrecht, Übernahmerecht<sup>3</sup> Rz 4/65.

226 Personalstatut ist dabei das auf eine Gesellschaft anwendbare Gesellschaftsrecht. Vgl Eckert in Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> Vor § 1 EU-VerschG Rz 1.

227 Vgl zB Fida/Grossmayer, Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften nach dem EU-VerschG, SWK 2008 W 75; Koppensteiner, Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, GesRZ 2006, 111; Priemayer, Neues zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, ecolex, 2005, 820; Ratka, Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, GeS 2006, 52; vgl auch Rieder, EuGH-Rechtssache SEVIC: Grenzüberschreitende Verschmelzung zulässig, GeS 2006, 4; Schindler, Schlussanträge in der Rs SEVIC – Gemeinschaftsrecht ermöglicht grenzüberschreitende Verschmelzung, ÖStZ 2005, 467; Straub, Neue Entwicklungen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, ecolex 2006, 219; Vavrovsky, Grenzüberschreitende Verschmelzung, ecolex 2006, 952.

sind im österreichischen Recht nicht geregelt.<sup>228</sup> Ihre Zulässigkeit ist nach den Personalstatuten aller beteiligten Gesellschaften zu beurteilen.<sup>229</sup>

Mit dem **EU-VerschG** wird die Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten umgesetzt (§ 1 Abs 1 EU-VerschG).<sup>230</sup> Besondere Schutzanliegen bestehen bei der Exportverschmelzung. Nachdem die übernehmende Gesellschaft nicht mehr dem österreichischen Gesellschaftsrecht unterliegt, werden erhöhte Anforderungen an den Minderheiten- und Gläubigerschutz gestellt.<sup>231</sup> Weiters wird im EU-VerschG die Koordination der behördlichen Kontrolle geregelt. Subsidiär kommen die aktienrechtlichen und GmbH-rechtlichen Bestimmungen zur Verschmelzung zur Anwendung (§ 3 Abs 2 EU-VerschG).<sup>232</sup>

## 2. Arten von Verschmelzungen

### a) Verschmelzung durch Aufnahme und Verschmelzung durch Neugründung

Das Gesetz regelt zwei Arten der Verschmelzung, nämlich die **Verschmelzung durch Aufnahme** und die **Verschmelzung durch Neugründung** (§ 219 AktG). **2.23**

Bei der **Verschmelzung durch Aufnahme** überträgt die übertragende Gesellschaft ihr gesamtes Vermögen auf eine bereits bestehende übernehmende Gesellschaft (grundsätzlich) gegen Gewährung von Anteilsrechten an der bestehenden Gesellschaft. Die **Verschmelzung durch Aufnahme** stellt den Grundfall einer Verschmelzung dar. Sie wird im Gesetz vollständig und durchgehend geregelt, während bei der Verschmelzung durch Neugründung mit Gesetzesverweisen gearbeitet wird. **2.24**

Bei der **Verschmelzung durch Neugründung** wird das Vermögen von zwei oder mehreren übertragenden Gesellschaften auf die übernehmende Gesellschaft, die erst auf Grund der Verschmelzung gegründet wird, übertragen. Da die Verschmelzung durch Neugründung regelmäßig höhere Kosten verursacht, wird in der Praxis der Verschmelzung durch Aufnahme meist der Vorzug gegeben.<sup>233</sup> **2.25**

228 Hinsichtlich der Realisierbarkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung mit Drittstaaten-gesellschaften vgl *Eckert in Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> Vor § 1 EU-VerschG Rz 38 ff; *Adensamer/Eckert*, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil I), GeS 2007, 95 ff; *Mader*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung am Beispiel Deutschland – Österreich, RWZ 2011, 99.

229 Vgl zB *Hügel*, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht (2009) § 1 Rz 77.

230 Vgl *Kaufmann*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem EU-Verschmelzungsgesetz, RdW 2008, 123.

231 Den Minderheiten wird die Möglichkeit der Barabfindung eingeräumt, während dem Gläubigerschutz durch ex-ante Instrumente Rechnung getragen wird. Vgl *Eckert in Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> Vor § 1 EU-VerschG Rz 10; *Kaufmann*, Das Austrittsrecht der Minderheitsgesellschafter nach dem EU-VerschG, RWZ 2008, 203; *Kohlhauser*, Gläubigerschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung europarechtskonform, RdW 2008, 441.

232 Vgl auch *Ch. Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschaftsrecht, Umgründungsrecht, Übernahmerecht<sup>3</sup> Rz 4/143 ff.

233 Vgl zB *Tichy*, Verschmelzungsdifferenzen (1995) 5.

## b) Konzentrationsverschmelzung und Konzernverschmelzung

**2.26** Unter **Konzentrationsverschmelzungen**<sup>234</sup> werden Verschmelzungen verstanden, bei denen zwei oder mehrere miteinander weder mittelbar noch unmittelbar durch Beteiligungen verbundene Gesellschaften verschmolzen werden. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft werden durch Aktien an der übernehmenden Gesellschaft abgefunden. Die gewährten Aktien sind entweder eigene Aktien der übernehmenden Gesellschaft oder werden im Rahmen einer Kapitalerhöhung gewährt. Das **Umtauschverhältnis**<sup>235</sup> ergibt sich wie folgt:<sup>236</sup>

$$A_{\text{neu}} : A_{\text{Best}} = W_{\text{Übertr}} : W_{\text{Übern}}$$

$$A_{\text{Neu}} = (W_{\text{Übertr}} A_{\text{Best}}) : W_{\text{Übern}}$$

Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft können unter bestimmten Voraussetzungen auf die Gewährung von Aktien verzichten (§ 224 Abs 2 Z 2 AktG).

**2.27** Im Ergebnis sind die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft gemeinsam mit den bisherigen Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt. Es kommt dadurch zu einer **Unternehmenskonzentration**. Dieser Fall stellt aus aktienrechtlicher Sicht den **Normalfall** dar.

**2.28** Bei den reinen **Konzernverschmelzungen** sind die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften bereits vor der Verschmelzung zu 100% miteinander verbunden. Ziel ist nicht die Konzentration durch die Übernahme weiterer Gesellschaften, sondern die Veränderung bestehender Konzernstrukturen. Reine Konzernverschmelzungen sind

- die **Up-stream-Verschmelzung**: Bei der Up-stream-Verschmelzung wird die (100%ige) Tochtergesellschaft in ihre Muttergesellschaft verschmolzen. Die Gewährung von Aktien ist dabei insoweit unzulässig, als die übernehmende Gesellschaft Aktien an der übertragenden Gesellschaft besitzt (§ 224 Abs 1 Z 1 AktG).
- die **Down-stream-Verschmelzung**: Bei der Down-stream-Verschmelzung wird die (100%ige) Muttergesellschaft in ihre Tochtergesellschaft verschmolzen. Die Tochtergesellschaft bekommt dabei im Wege der Verschmelzung eigene Anteile. Diese darf sie nicht behalten, sondern muss sie an die Gesellschafter der Muttergesellschaft auskehren<sup>237</sup> (§ 224 Abs 3 AktG) und
- die **Verschmelzung von Schwestergesellschaften**, an denen dieselben Gesellschafter mittelbar oder unmittelbar (zu 100%) ident beteiligt sind. Die übernehmende Gesellschaft darf dabei von der Gewährung von Aktien absehen, soweit die Gesellschafter

234 Vgl dazu *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 3.

235 Das Umtauschverhältnis wird in einer Verhältniszahl ausgedrückt, die angibt, für wie viele Aktien der übertragenden Gesellschaft ein Aktionär wie viele Aktien der übernehmenden Gesellschaft erhält.

236 Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> § 220 AktG Rz 26;  $A_{\text{Neu}}$  = Zahl der an die neuen Aktionäre ausgegebenen Aktien  $A_{\text{Best}}$  = Zahl der von den Aktionären der übernehmenden Gesellschaft gehaltenen Aktien  $W_{\text{Übertr}}$  = Wert des übertragenen Vermögens  $W_{\text{Übern}}$  = Wert des Vermögens der übernehmenden Gesellschaft; Ausführlich auch 2. Kapitel II.E.2 Umtauschverhältnis, bare Zuzahlung und Kapitalerhöhung.

237 Durchgangserwerb durch die Untergesellschaft: OGH 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b GesRZ 2000, 25.

sowohl an der übernehmenden als auch an der übertragenden Gesellschaft im gleichen Verhältnis unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind, es sei denn, dass dies dem Verbot der Rückgewähr von Einlagen oder der Befreiung von Einlagenverpflichtungen widerspricht (§ 224 Abs 2 Z 1 AktG).

Im Falle von reinen Konzernverschmelzungen wird regelmäßig auf die Gewährung von Aktien verzichtet bzw hat eine Anteilsgewährung zu unterbleiben.<sup>238</sup> **2.29**

Neben der reinen Konzentrations- und der reinen Konzernverschmelzung gibt es zahlreiche **Mischformen**.<sup>239</sup> Während es bei der Konzentrationsverschmelzung auf Grund der unterschiedlichen Interessen zu einem **Preisbildungsprozess** betreffend des Anteils-tauschverhältnisses kommt, fehlt ein solcher bei der Konzernverschmelzung. Ein wesent-liches Merkmal der reinen Konzernverschmelzung ist daher, dass es hier an einem Inter-essensgegensatz, der zur einer Preisbildung führt, fehlt. Sollte es daher zu einer Kapital-erhöhung kommen, kann diese nur anhand einer Unternehmensbewertung ermittelt werden. **2.30**

### 3. Verschmelzung auf betrieblicher Grundlage und Verschmelzung auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage

Die Unterscheidung zwischen Verschmelzungen auf betrieblicher Grundlage und Ver-schmelzungen auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage geht auf die Rechtsprechung zum deutschen Steuerrecht zurück.<sup>240</sup> **2.31**

Von einer **Verschmelzung auf betrieblicher Grundlage** spricht man dann, wenn die übernehmende Gesellschaft Werte aus ihrem Betriebsvermögen dazu verwendet, die Ge-sellschafter der übertragenden Gesellschaft abzufinden, oder diese Werte im Rahmen der Verschmelzung untergehen. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um **2.32**

- Anteile an der übertragenden Gesellschaft (Up-stream-Verschmelzung),
- verschmelzungsbedingt erworbene eigene Anteile der übertragenden Gesellschaft,
- eigene Anteile der übernehmenden Gesellschaft und
- bare Zuzahlungen durch die übernehmende Gesellschaft (§ 224 Abs 5 AktG).

Bei der Verschmelzung auf betrieblicher Grundlage kommt es daher regelmäßig zu ein-  
nem Tausch von übernommenem Vermögen der übertragenden Gesellschaft und ein-  
eraus dem Betriebsvermögen gewährten Gegenleistung an die Gesellschafter der übertra-  
genden Gesellschaft.

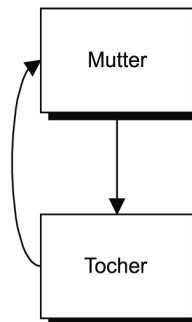
238 Bei der Up-stream-Verschmelzung hat eine Anteilsgewährung auf Grund § 224 Abs 1 Z 1 AktG zu unterbleiben. Auch bei der Verschmelzung down-stream ist die Gewährung von Ak-tien nur eingeschränkt nach Maßgabe von § 224 Abs 3 AktG möglich. Bei der Side-stream-Verschmelzung ist ein Verzicht auf die Gewährung von Aktien möglich (§ 224 Abs 2 Z 1 AktG); für GmbH gelten die Bestimmungen entsprechend (§ 96 Abs 2 GmbHG).

239 Vgl beispielsweise *Tichy*, Verschmelzungsdifferenzen (1995) 7 sowie *Hügel* in *Hügel/Mühle-ner/Hirschler*, Umgründungssteuergesetz § 1 Rz 22f.

240 BFH 4. 3. 1958, BStBl 1958 III, 298; vgl auch *Wiesner*, Buchgewinne und Buchverluste im Umgründungssteuerrecht, RdW 1987, 339; *Wiesner*, Buchgewinne und Buchverluste sowie Rechtsbeziehungen zwischen den Umgründern, SWK 1992 AI 123.



- 2.33** Eine **Verschmelzung auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage** liegt vor, wenn die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft mit Anteilen der übernehmenden Gesellschaft abgefunden werden, die aus einer Kapitalerhöhung stammen. Es handelt sich hierbei im Wesentlichen um Einlagevorgänge. Die übernehmende Gesellschaft übernimmt das Vermögen der übertragenden Gesellschaft, ohne dass sie selbst Vermögen dafür aufgeben muss. Die Gegenleistung besteht darin, dass die übernehmende Gesellschaft die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft am auf Grund der Verschmelzung vereinigten Vermögen als Gesellschafter teilhaben lässt.
- 2.34** Die **Unterscheidung in Verschmelzung auf betrieblicher Grundlage und Verschmelzung auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage** ist insofern für die bilanzielle Darstellung von Bedeutung, weil bei der Verschmelzung auf betrieblicher Grundlage Vermögensgegenstände aus dem Vermögen der übernehmenden Gesellschaft (zum jeweiligen Buchwert) ausscheiden, während sich die Gegenleistung bei der Verschmelzung auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage nur im Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft zeigt. Je nach Bewertung des übernommenen Vermögens, des ausgeschiedenen Vermögens und der Kapitalerhöhung entstehen Buchgewinne und Buchverluste (Verschmelzungsdifferenzen).
- 2.35** **Verschmelzung auf betrieblicher Grundlage** (am Beispiel einer Up-stream-Verschmelzung):

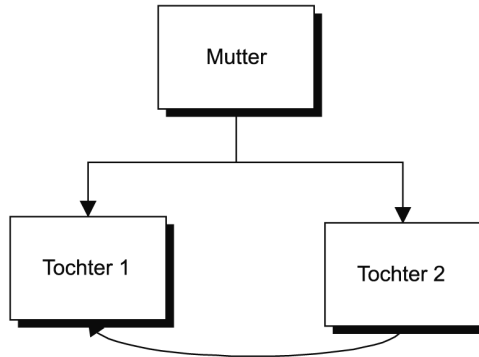


- 2.36** Bei der **Verschmelzung auf betrieblicher Grundlage** ist die Beteiligung an der Tochtergesellschaft aus der Bilanz der Muttergesellschaft auszubuchen. Im Gegenzug wird das übernommene Reinvermögen der Tochtergesellschaft bei der Muttergesellschaft eingebucht. **Verschmelzungsdifferenzen**<sup>241</sup> (Buchgewinne und Buchverluste) entstehen in der Höhe der Unterschiede zwischen den jeweiligen Buchwerten des ausgebuchten und des übernommenen Vermögens.

---

241 Dazu ausführlich 2. Kapitel II.E.1).

Verschmelzung auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage (am Beispiel einer Side-stream-Verschmelzung): **2.37**



Bei der **Verschmelzung auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage** wird das Reinvermögen von Tochter 2 in die Bilanz von Tochter 1 übernommen. Der Saldo ist im Eigenkapital von Tochter 1 auszuweisen. Es kommt zu keinem Buchwertabgang bei Tochter 1. **Verschmelzungsdifferenzen**<sup>242</sup> (Buchgewinne und Buchverluste) können entstehen in der Höhe der Unterschiede zwischen dem Buchwert des übernommenen Reinvermögens und der buchmäßigen Erhöhung des Eigenkapitals. **2.38**

#### a) Echte und unechte Verschmelzung

Als **echte Verschmelzungen** werden Verschmelzungen bezeichnet, bei denen das gesamte Vermögen einer oder mehrerer Gesellschaften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ohne Abwicklung auf eine bestehende oder neugegründete Gesellschaft übergeht. **2.39**

Demgegenüber spricht man von einer **unechten Verschmelzung**, wenn **2.40**

- das gesamte Vermögen einer Gesellschaft im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen wird und die Kapitalgesellschaft bestehen bleibt (§ 237 AktG), oder
- das gesamte Vermögen einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Aktien eingebracht wird.

Besonders der zweite Vorgang ist im angelsächsischen Raum und bei grenzüberschreitenden Unternehmenszusammenschlüssen beliebt. **Unechte Verschmelzungen** fallen **nicht** unter die **begünstigten Bestimmungen** des UmgrStG.<sup>243</sup> **2.41**

### 4. Ablauf einer Verschmelzung

#### a) Allgemein

Die geschäftsführenden Organe der beteiligten Gesellschaften haben zunächst einen **auf-schiebend bedingten Verschmelzungsvertrag** abzuschließen oder einen schriftlichen Entwurf aufzustellen, der in weiterer Folge zu einem Abschluss führen muss (§ 220 Abs 1 **2.42**

<sup>242</sup> Dazu ausführlich 2. Kapitel II.E.1).

<sup>243</sup> Vgl UmgrStR 2002 Rz 17.