



universität
wien

Exposé zum Dissertationsvorhaben

Vorläufiger Arbeitstitel:

Die Zulässigkeit von Side-Stream-Verschmelzungen bei Vorliegen eines negativen Verkehrswerts

Vorgelegt von:

Nicole Scharl, LL.M. (WU)

Angestrebter akademischer Grad:

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Betreuer:

o. Univ.-Prof. Dr. Dr. Arthur Weilingner

Wien, im Juni 2022

Matrikel-Nr:

01610027

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 783 101 – Doktoratsstudium

Dissertationsgebiet:

Unternehmensrecht

Inhaltsverzeichnis

1. PROBLEMSTELLUNG UND FORSCHUNGSSTAND	3
2. FORSCHUNGSFRAGEN	8
3. METHODEN UND GANG DER UNTERSUCHUNG	8
4. SACH- UND FINANZMITTEL	9
5. VORLÄUFIGER ZEITPLAN	10
6. VORLÄUFIGES INHALTSVERZEICHNIS.....	11
7. VORLÄUFIGES LITERATURVERZEICHNIS.....	13
8. VORLÄUFIGES JUDIKATURVERZEICHNIS	14

1. Problemstellung und Forschungsstand

Österreichweit werden jährlich rund 300 Merger¹ vollzogen und im Gegensatz dazu durchschnittlich 3000 Insolvenzverfahren² eröffnet. Um den Anstieg der Unternehmensinsolvenzen zu vermeiden, könnte an einen Merger im Rahmen einer Verschmelzung, Spaltung oder Umgründung gedacht werden. Es stellen sich daher unter anderem folgende Fragen: Unter welchen Voraussetzungen ist ein solcher Merger (der Fokus liegt in dieser Arbeit auf Side-Stream-Verschmelzungen) zulässig und wie verhält sich dies mit den kapitalgesellschaftlichen Gläubigerschutzvorschriften?

Umgründungen stehen regelmäßig in einem Spannungsverhältnis mit den Kapitalerhaltungsbestimmungen.³ Die spezifischen Gläubigerschutzvorschriften der jeweils einschlägigen Gesetze (AktG, GmbHG, UmwG, SpaltG) bieten nicht in allen Fällen genügend Schutz der Gläubiger der beteiligten Gesellschaften insbesondere im Hinblick auf die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens.⁴ Aus diesem Grund müssen die Bestimmungen des AktG, welche der Kapitalerhaltung dienen bzw gewährleisten, dass den Aktionären nur nach Vornahme eines aufwendigen formalen und publizitätswirksamen Verfahrens Zahlungen geleistet werden, auch bei Umgründungen angewendet werden. Der OGH hat zu Verschmelzungen ausgeführt, dass die Gläubigerschutzbestimmungen des §§ 226 ff keine abschließenden und ausreichenden Regelungen darstellen, weil sie erst nach Rechtswirksamkeit der Verschmelzung eingreifen.⁵ Sie bieten keinen Schutz dagegen, dass nach der Eintragung der Verschmelzung in das Firmenbuch die übernehmende Gesellschaft mit zu wenig Kapital ausgestattet wird und in Folge den Gläubiger nicht mehr zur Befriedigung oder Sicherstellung zur Verfügung steht.⁶ Aus diesem bestehen komplementäre, bereits vorweg wirkende Bestimmungen zum Gläubigerschutz.⁷ Die Rechtsprechung erfordert daher teilweise, jedoch nicht abschließend, dass das übertragene Vermögen einen positiven Verkehrswert haben muss.⁸

¹ <https://www2.deloitte.com/at/de/seiten/press-release/m-a-index-2021.html>, abgerufen am 30. 3. 2022.

² Statistik Austria 2021, abrufbar unter https://www.statistik.at/web_de/statistiken/wirtschaft/unternehmen_arbeitsstaetten/unternehmensdemografie_ab_2015/insolvenzen/index.html#:~:text=Im%20vierten%20Quartal%202021%20gab,mehr%20als%20im%20Berichtsjaehr%202020.

³ *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung: Praxisleitfaden (2014) 265 f; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ (2021) § 52 Rz 91.

⁴ *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 52 Rz 91.

⁵ Siehe OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96 h; OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b; OGH 20.1.2000, 6 Ob 288/99t; OGH 17.1.2001, 6 Ob 121/00p; OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t.

⁶ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ (Stand 1.7.2021, rdb.at) § 226 Rz 7.

⁷ *Schopper in Vogt/Fleischer/Kalss*, Protagonisten im Gesellschaftsrecht (2020) 40, 43.

⁸ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ (Stand 1.7.2021, rdb.at) § 226 Rz 7 mwN.

Das Erfordernis eines positiven Verkehrswerts der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften wird weder im AktG, GmbHG noch im UmgrStG ausdrücklich festgelegt.⁹ Vielmehr gibt es durchaus gewichtige Gründe, die für die Aufnahme einer nicht nur buchmäßig überschuldeten Gesellschaft sprechen.¹⁰ Es kann durchaus im Interesse der übernehmenden Gesellschaft liegen, eine sanierungsbedürftige Gesellschaft im Wege der Verschmelzung aufzunehmen, um rascher Standorte übernehmen zu können.¹¹ Besonders im Konzernverhältnis kann dies relevant sein, um schädigende Rückwirkungen einer Insolvenz einer Tochtergesellschaft zu vermeiden und/oder weil Haftungs- oder (harte) Patronatserklärungen zugunsten der Tochter abgegeben wurden.¹²

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass ein positiver Verkehrswert des übertragenden Vermögens jedenfalls erforderlich ist, wenn im Zuge der Verschmelzung eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft erfolgt, denn bei einer Anteilsgewähr muss der übernehmenden Gesellschaft schon aus Gründen der Kapitalaufbringungskontrolle positives Vermögen zufließen.¹³ Nichtsdestotrotz verlangt die Firmenbuchpraxis regelmäßig das Vorliegen eines positiven Verkehrswerts, sowohl der übertragenden als auch der übernehmenden Gesellschaft und zwar auch dann, wenn eine Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft unterbleibt.¹⁴ Diese Praxis ist damit zu begründen, dass die Interessen der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft nicht beeinträchtigt werden, wenn ein positiver Verkehrswert übertragen wird und somit das Vermögen ihrer Schuldners nach der Verschmelzung nicht geringer ist als zuvor.¹⁵ Hingegen werden die Interessen der Gläubiger jedenfalls beeinträchtigt, wenn dem Vermögen der übertragenden Gesellschaft ein negativer Verkehrswert¹⁶ zukommt, da durch die Verschmelzung zu einer Vermögensminderung der übernehmenden Gesellschaft führt. Dies unter der Voraussetzung, dass die übernehmende

⁹ *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung: Praxisleitfaden 277; *Breisch*, Upstream-Verschmelzung bei negativem Verkehrswert der übertragenden Gesellschaft? GesRZ 2021, 190 (191); *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 52 Rz 104 mwN; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 224 Rz 69; ¹⁰*Artmann in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 52 Rz 21; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 224 Rz 63 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 96 Rz 6, *Saurer*, Leveraged Management Buy-out: eine fallbezogene Analyse aus aktien-, handelsbilanz- und steuerrechtlicher Sicht (1995) 245 ff mwN.

¹¹ *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 52 Rz 104.

¹² *Saurer*, Management Buy-Out 245 ff; *Szep in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 224 Rz 10.

¹³ *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung 277; *Breisch*, GesRZ 2021, 190 (192); *Kalss/Eckert*, Gläubigerverfahren bei Umgründungen von Kapitalgesellschaften: Überlegungen zur Zielrichtung und Wirkungsweise gläubigerschützender Vorschriften, GesRZ 2008, 81 (86); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 216.

¹⁴ *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung 277; *Breisch*, GesRZ 2021, 190 (192).

¹⁵ *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung 277 mwN.

¹⁶ Ein Verkehrswert von +/- null ist aus Sicht der Kapitalerhaltung und des Gläubigerschutzes unschädlich. Vgl *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 52 Rz 94; *Doralt*, Management-Buyout: Aktionärs- und Gläubigerschutz durch den Grundsatz der Kapitalerhaltung (2001) 231 f.

Gesellschaft keine Sicherheiten zugunsten des Vermögens der übertragenden Gesellschaft gewährt hat, wie es insb bei verbundenen Gesellschaften nicht unüblich ist.¹⁷

In der Literatur wurden bereits verschiedene rechtliche Begründungen erörtert weshalb eine Down-Stream-Verschmelzung mit negativem Verkehrswert unzulässig ist.¹⁸ Einerseits kann es einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellen, wenn dadurch Anteilsinhaber der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften oder diesen nahestehende Dritte entlastet werden und dadurch eine Vermögensminderung entsteht.¹⁹ Erfolgt die Vermögensminderung zwar ohne Bezug zu einer beteiligungsmäßigen Verflechtung, kann darin dennoch eine sittenwidrige Gläubigerschädigung liegen.²⁰ Wenn aber durch die Verschmelzung die Zahlungsunfähigkeit der übernehmenden Gesellschaft herbeigeführt wurde, kann auch ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen.²¹ Nicht nur die Literatur, sondern auch der OGH hat sich in seiner Rechtsprechung schon mehrmals mit der Problematik eines negativen Verkehrswerts im Zuge einer Verschmelzung beschäftigt. In der häufig besprochenen „Neurotronics“-Entscheidung²² hat der OGH sich zur Down-Stream-Verschmelzung geäußert: Die Zulässigkeit der Down-Stream-Verschmelzung hängt davon ab, dass die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften einen positiven Verkehrswert aufweisen müssen, da ansonsten ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorliegt.²³ Das Erfordernis eines positiven Verkehrswerts bei einer Down-Stream-Verschmelzung hat der OGH zwar im Detail erörtert, jedoch war der Entscheidung keine abschließende Aussage zu entnehmen, ob daraus ein allgemeiner Grundsatz abgeleitet werden könne, dass bei allen Verschmelzungsvorgängen und -richtungen das übertragene Vermögen einen positiven Verkehrswert aufweisen müsse.²⁴ Diese Frage hat der OGH nach wie vor in

¹⁷ *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung 277.

¹⁸ *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung 278; *Auer*, Gläubigerschutz bei Vermögensbewegungen down-stream (2016) 218; *Doralt*, Management-Buy-Out 240; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 224 Rz 70; *Wimmer*, Differenz- und Existenzvernichtungshaftung bei Sanierungsfusionen im GmbH-Recht, GesRZ 2019, 143 (148).

¹⁹ *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 52 Rz 21; *Justich*, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz bei Verschmelzungen (2005) 151 f; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 272 ff; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 52 Rz 94 ff.

²⁰ *Aburumieh/Adensamer/H.Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 101 Rz 50; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, 280 Rz 15; *Auer*, Gläubigerschutz bei Vermögensbewegungen down-stream 219.

²¹ *Aburumieh/Adensamer/H.Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG § 101 Rz 50, Rz 58; *Koppensteiner*, wbl 1999, 338; *Koppensteiner/ Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 17; *Thurnher*, Einlagenrückgewähr iZm Upstream-Merger, GesRZ 2013, 230 (233).

²² OGH 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b.

²³ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 224 Rz 69; *Saurer*, Leveraged Management Buy-out, 179 ff, 240 ff; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ (2019) § 224 Rz 15.

²⁴ *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung 278; *Birnbauer*, Höhe der Kommanditeinlagen bei Umwandlung einer GmbH in eine KG, GeS 2008, 21. *Karollus*, Kommanditeinlage bei errichtender

seinen jüngeren Entscheidungen²⁵ offengelassen. Lediglich in der im Jahr 2020 ergangenen Entscheidung²⁶ hat der OGH klargestellt, dass kein positiver Verkehrswert bei einer Konzernverschmelzung up-stream vorliegen muss. Der OGH hat bestätigt, was in der Literatur schon seit Längerem ganz überwiegend vertreten wird und folgte der hM,²⁷ wonach es zum selben Ergebnis kommt, ob eine Muttergesellschaft die überschuldete Tochtergesellschaft zunächst saniert und anschließend auf sich verschmilzt oder aber die sofortige Verschmelzung ohne vorherige Sanierung vornimmt.²⁸ Voraussetzung der Zulässigkeit der Up-Stream-Verschmelzung ist, dass die übernehmende Gesellschaft nach Durchführung der Verschmelzung weder zahlungsunfähig (§ 66 IO) noch überschuldet (§ 67 IO) ist.²⁹ Die Muttergesellschaft muss daher in der Lage sein, alle Verbindlichkeiten beider Gesellschaften zu erfüllen, da ansonsten die Verschmelzung aus dem Blickwinkel der sittenwidrigen Gläubigerschädigung unzulässig wäre.³⁰

Dies lässt aber nach wie vor viele Fragen offen insbesondere in der Konstellation von Side-Stream-Verschmelzungen.³¹ Die Zusammenführung bei einer Side-Stream-Verschmelzung mit einer Gesellschaft mit positiven Vermögen und einer Gesellschaft mit negativem Vermögen kann in Konflikt mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr geraten, zumal diese Transaktion ähnlich wie eine Down-Stream-Verschmelzung den Gesellschafter begünstigen kann.³²

Umwandlung: Auch nach dem ÜBRÄG 2006 müssen Kommanditeinlagen den bisherigen Stammeinlagen entsprechen, *ecolex* 2008, 243; *Tomic*, Zur Zulässigkeit von up-stream Verschmelzungen überschuldeter Tochtergesellschaften (Sanierungsverschmelzungen): Anmerkungen zu OGH 6 Ob 203/20a, wbl 2021, 369 (369); *Wenger*, GmbH: Zur Verankerung der Sacheinlage bei Kapitalerhöhung im Gesellschaftsvertrag, RWZ 2008, 104.

²⁵ Vgl OGH 26. 06. 2003, 6 Ob 70/03t, OGH 07. 11. 2007, 6 Ob 235/07p und 6 Ob 236/07k.

²⁶ OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 203/20a.

²⁷ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 284 ff; *Kalss*, Verschmelzung – Umwandlung – Spaltung³ § 224 AktG, Rz 57 ff; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 52 Rz 103 f; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung 278; *Eckert/Schopper* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 101 Rz 31; *Auer*, Gläubigerschutz bei Vermögensbewegungen down-stream 213 ff; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK-GmbHG § 82 Rz 137; *Schindler/Brix* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK-GmbHG § 101 Rz 5; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein* in F/A/H §101 Rz 50; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 224 Rz 8 ff, 17; *Koppensteiner*, Verschmelzung und Vermögensbindung, wbl 1999, 330 (340); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH³ § 82 Rz 17 f; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 224 Rz 27.

²⁸ *Breisch*, GesRZ 2021, 190 (192); *Kellner/Liebel*, Entscheidungsbesprechung OGH 25.11.2020, 6 Ob 203/20a, ÖBA 2021, 422 (424); *Saurer*, Zur Verschmelzung im Konzern, AnwBl 2021, 241 (241); *Tomic*, wbl 2021, 369 (370).

²⁹ *Breisch*, GesRZ 2021, 190 (192).

³⁰ *Breisch*, GesRZ 2021, 190 (192); *Tomic*, wbl 2021, 369 (370). Vgl *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung 276 ff; *Eckert/Schopper* in *U. Torggler*, § 101 Rz 31; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ (2010) § 224 AktG Rz 57 ff; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 52 Rz 103 f.

³¹ *Breisch*, GesRZ 2021, 190 (192).

³² *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 52 Rz 105; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 224 Rz 105; OLG Wien 30. 5. 2007, 28 R 15/07t.

In der Literatur ist es strittig, ob eine Side-Stream-Verschmelzung mit negativem Verkehrswert zulässig ist³³ und da auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung fehlt, ist hier noch Raum für eine genauere Untersuchung, welche das Ziel dieser Arbeit sein soll. In der aktuellen Entscheidung des OGHs war die Muttergesellschaft hoch profitabel und konnte sich die Übernahme der beiden negativen Tochtergesellschaften leisten.³⁴ Im Konzernzusammenhang ergibt sich jedoch die allgemeine Problematik schon aus dem Spannungsverhältnis zum Gebot drittvergleichsfähiger Leistungsbeziehungen zwischen den Konzerngesellschaften, das letztlich aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr einfließt.³⁵ Bei der Side-Stream-Verschmelzung übernimmt die übernehmende Gesellschaft einen Schuldenüberhang wenn die übertragende Gesellschaft negatives Vermögen überträgt. Wenn die Anteilsgewähr gem § 224 Abs 1 Z1 AktG unterbleibt, wird zwar kein Vermögen an die Anteilsinhaber der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften zugewendet, aber aus dem Blickwinkel der (untergehenden) übertragenden Gesellschaft könnte auch hier der Übergang eines negativen Vermögens gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, da die bei der übernehmenden Gesellschaft eintretende Vermögensminderung auf die Einflussmöglichkeiten der Muttergesellschaft zurückzuführen ist, und die übernehmende Gesellschaft keine adäquate Gegenleistung erhält.³⁶ Maßgeblich ist allein, dass eine Gesellschaft eine Leistung erbringt, der keine entsprechende Gegenleistung gegenübersteht; die Leistung an die Konzerngesellschaft ist wie eine Leistung an den Aktionär zu werten.³⁷ Dass aus Sicht der Muttergesellschaft die Verschmelzung einen vermögensneutralen Vorgang darstellt, da die Mutter durch die Verschmelzung nicht von den eigenen Verbindlichkeiten befreit und daher nicht bereichert wird, vermag daran freilich nichts ändern.³⁸ Der Vermögensabgang der einen Tochtergesellschaft ist zu kompensieren. Problematisch wäre es auch, wenn die Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der überschuldeten übertragenden Gesellschaft haftet und somit ihre eigene Risikosituation durch die Verschmelzung in die übernehmende Gesellschaft verbessert.³⁹ Die Aufnahme einer Schwesterngesellschaft kann aber

³³ Dagegen *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung 277; *Warto* in *Gruber/Harrer*, GmbHG², § 96 Rz 130; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 17f; hingegen dafür mit einer betrieblichen Rechtfertigung oder begleitenden Maßnahmen *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 52 Rz 105; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 52Rz 21/6; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 224 Rz 106.

³⁴ *Tomic*, wbl 2021, 369 (369). Vgl auch *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung, 286 f.

³⁵ *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung 279; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ (2021) § 52 Rz 51 ff, 97.

³⁶ *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung 279; *Warto* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018), § 96 Rz 130; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 82 Rz 17f mwN.

³⁷ *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ (2021) § 52 Rz 53.

³⁸ *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ (2021) § 52 Rz 105.

³⁹ *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung 279.

ausnahmsweise zulässig sein, wenn es aus Sicht der übernehmenden Gesellschaft eine betriebliche Rechtfertigung gibt oder entsprechende Begleitmaßnahmen gesetzt werden.⁴⁰

2. Forschungsfragen

Aus den vorstehenden Ausführungen zeigt sich, dass noch nicht hinreichend geklärt ist wann und unter welchen Voraussetzungen eine Sanierungsverschmelzung side-stream zulässig ist. Selbst die Entscheidungen des OGH sind noch mit Unklarheiten behaftet und lassen noch keine abschließende Aussage zu. Vor diesem Hintergrund ergeben sich daher folgende Forschungsfragen:

- Ist ein positiver Verkehrswert der übertragenden Schwestergesellschaft bei Side-Stream-Verschmelzungen zwingend erforderlich?
- Kann ein allfälliges negatives Vermögen der übertragenden Schwestergesellschaft durch begleitende Maßnahmen (wie etwa eine Sachausschüttung auf Ebene der übernehmenden Schwestergesellschaft, wenn der Betrag des negativen Vermögens der übertragenden Gesellschaft im Bilanzgewinn Deckung findet) ausgeglichen oder allenfalls durch eine betriebliche Rechtfertigung gerechtfertigt werden?
- Wo und vor allem bei welchem Vermögen wird die absolute Zulässigkeitsgrenze gezogen?
- Ist es möglich eine Schwestergesellschaft zu verschmelzen, über die bereits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde?

3. Methoden und Gang der Untersuchung

Ausgehend von der dargestellten Problemstellung behandelt die zu verfassende Arbeit die grundlegende Frage nach der Zulässigkeit einer Sanierungsverschmelzung side-stream sowie mit welchen Ausgleichs- und Begleitmaßnahmen eine solche gerechtfertigt werden kann. Dabei wird nach einem allgemeinen Teil, welcher den Begriff der Verschmelzung und den Ablauf einer solchen darstellt, zunächst auf die Motive einer Sanierungsverschmelzung und die vorgelagerten Gläubigerschutzinstrumente eingegangen. Dabei soll unter Herausarbeitung der

⁴⁰ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ (2021) § 52 Rz 105.

Firmenbuchpraxis ein Fundament für die daran anschließende Untersuchung des Erfordernisses eines positiven Verkehrswerts geschaffen werden. Der Hauptteil der Arbeit beschäftigt sich mit dem Erfordernis eines positiven Verkehrswerts der beteiligten Gesellschaften. Nach einer allgemeinen Darstellung der Problematik eines negativen Verkehrswerts bei den verschiedenen Verschmelzungskonstellationen werden die konkreten Probleme einer Side-Stream Sanierungsverschmelzung herausgearbeitet. In diesem Zusammenhang wird auf die Höhe der Beteiligungen, den maßgeblichen Zeitpunkt, die Ermittlung einer absoluten Zulässigkeitsgrenze und eventuelle Ausgleichs- oder Begleitmaßnahmen eingegangen. Anschließend wird die Frage der Verschmelzung einer bereits zum Insolvenzverfahren eröffneten Gesellschaft behandelt insbesondere anhand der deutschen Rechtslage und möglichen Überlegungen de lege ferenda. Im nächsten Teil soll eine vergleichende Analyse aus insolvenzrechtlicher, kapitalgesellschafts- und umgründungsrechtlicher und steuer- und bilanzrechtlicher Sicht erfolgen. Abschließend beschäftigt sich die Arbeit mit den Rechtsfolgen einer unzulässigen Sanierungsverschmelzung und eventuellen Haftungsfragen. Das letzte Kapitel fasst die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit zusammen und Ziel dieser Dissertation ist eine Zulässigkeitsgrenze von Side-Stream-Verschmelzungen zu finden.

4. Sach- und Finanzmittel

Sämtliche Materialien, welche zur Ausarbeitung dieses Vorhabens notwendig sind, stehen in Datenbanken und Bibliotheken der Universität Wien zur Verfügung. Weitere Sach- oder Finanzmittel sind voraussichtlich nicht notwendig.

5. Vorläufiger Zeitplan

Sommersemester 2022

- Vorlesung Juristische Methodenlehre
- Seminar zur Vorstellung des Dissertationsvorhaben
- Einreichung des Exposés sowie Antrag auf Genehmigung des Vorhabens

Wintersemester 2022/23

- Seminar (Dissertationsfach)
- Abfassung der Dissertation

Sommersemester 2023

- Seminar (Dissertationsfach)
- Abfassung der Dissertation

Wintersemester 2023/24

- Seminar
- Abfassung der Dissertation
- Abgabe eines Erstentwurfes

Sommersemester 2024

- Fertigstellung und Abgabe der Dissertation
- Öffentliche Defensio

6. Vorläufiges Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung

2. Grundlegendes

2.1. Begriff der Verschmelzung

2.1.1. Verschmelzungsarten

2.1.1.1. Verschmelzung durch Aufnahme/durch Neugründung

2.1.1.2. Konzern-/Konzentrationsverschmelzung

2.1.1.3. Up-Stream Verschmelzung

2.1.1.4. Down-Stream Verschmelzung

2.1.1.5. Side-Stream Verschmelzung

2.2. Ablauf einer Verschmelzung

2.2.1. Vorbereitung der Verschmelzung

2.2.2. Verschmelzungsbericht

2.2.3. Prüfung der Verschmelzung

2.2.4. Beschlussfassung in der Hauptversammlung

2.2.5. Notarielle Beurkundung des Verschmelzungsvertrages

2.2.6. Erhöhung des Grundkapitals

2.2.7. Unterbleiben der Gewährung von Aktien

2.2.8. Anmeldung und Eintragung der Verschmelzung

2.3. Sanierungsverschmelzung

2.3.1. Definition

2.3.2. Motive für eine Sanierungsverschmelzung

2.3.3. Unternehmerische Entscheidung

2.4. Vorgelagerte Gläubigerschutzinstrumente

2.4.1. Gesetzliche Regelungen § 226 AktG

2.4.2. Institutionelle Regelungen

2.4.2.1. Kapitalerhaltung und Verbot der Einlagenrückgewähr

2.4.2.2. Firmenbuchkontrolle

2.4.2.2.1. Allgemeines zur Firmenbuchpraxis

2.4.2.2.2. Kapitalentsperrung

2.4.2.2.3. Positiver Verkehrswert

3. Erfordernis eines positiven Verkehrswerts

3.1. Down-Stream

3.2. Up-Stream

3.3. Side-Stream

3.3.1. Übertragende Gesellschaft

3.3.2. Übernehmende Gesellschaft

3.4. Judikatur

3.4.1. Neurotronics Entscheidung OGH 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b

3.4.2. OGH 26. 06. 2003, 6 Ob 70/03t

3.4.3. OGH 07. 11. 2007, 6 Ob 235/07p und 6 Ob 236/07k.

3.4.4. OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 203/20a.

3.4.5. Deutsche Rechtslage

- 3.5. Lehre
 - 3.6. Höhe der Beteiligungen
 - 3.7. Ermittlung des Vermögens/Absolute Zulässigkeitsgrenze?
 - 3.8. Maßgeblicher Zeitpunkt
 - 3.9. Gründe für die Unzulässigkeit
 - 3.9.1. Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr
 - 3.9.1.1. Inhalt und Zweck
 - 3.9.1.2. Definition der „Einlage“
 - 3.9.1.3. Voraussetzungen
 - 3.9.1.4. Konzernverschmelzungen
 - 3.9.2. Sittenwidrigkeit aufgrund konkreter Gefährdung der Gläubigerinteressen
 - 3.9.2.1. Schädigung konkreter Interessen Dritter
 - 3.9.2.1.1. Interessenabwägung
 - 3.9.2.2. Fehlen eines legitimen wirtschaftlichen Grundes
 - 3.9.3. Teleologische Reduktion von § 219 AktG
 - 3.9.3.1. Substitution einer Liquidation
 - 3.10. Betriebliche Rechtfertigung
 - 3.11. Ausgleichs- oder Begleitmaßnahmen
 - 3.11.1. Ordentliche Kapitalherabsetzung (§§ 175 ff)
 - 3.11.2. Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien (§§ 192 ff)
 - 3.11.3. Auflösung nicht gebundener Rücklagen
 - 3.11.4. Gesellschafterzuschuss
 - 3.11.5. Kompensation durch ausschüttungsfähiges Vermögen
 - 3.11.6. Rückstehungserklärung einer Eigenkapital ersetzenden Forderung
- 4. Verschmelzung einer bereits zum Insolvenzverfahren eröffneten Gesellschaft**
- 4.1. Sanierungsverfahren
 - 4.2. Konkursverfahren
 - 4.2.1. Grundsatz der Verwertung der Masse
 - 4.2.2. Fehlende Fähigkeit als übertragende Rechtsträgerin
 - 4.2.3. Art der besten Vermögensverwertung
 - 4.3. Deutsche Rechtslage
 - 4.4. Überlegungen de lege ferenda
- 5. Vergleichende Analyse**
- 5.1. Aus insolvenzrechtlicher Sicht
 - 5.2. Aus kapitalgesellschafts- und umgründungsrechtlicher Sicht
 - 5.3. Aus steuer- und bilanzrechtlicher Sicht
- 6. Folgen einer unzulässigen Sanierungsverschmelzung und Haftungsfragen**
- 6.1. Nichtigkeit gem § 879 ABGB
 - 6.1.1. Ablehnung durch das Firmenbuch
 - 6.1.2. Anfechtung des Verschmelzungsbeschlusses bei einer bereits eingetragenen Verschmelzung
 - 6.2. Existenzvernichtungshaftung
- 7. Ausblick und Conclusio**

7. Vorläufiges Literaturverzeichnis

- *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung: Praxisleitfaden (2014).
- *Aman*, Nochmals: Down Stream Fusion - verbotene Einlagenrückgewähr und Gläubigerschutz, RdW 1996, 465.
- *Artmann/Karollus*, AktG⁶ (2019).
- *Auer*, Gläubigerschutz bei Vermögensbewegungen down-stream (2016).
- *Birnbauer*, Höhe der Kommanditeinlagen bei Umwandlung einer GmbH in eine KG, GeS 2008, 21.
- *Böhler*, Nichtigkeit des Geschäfts bei verdeckter Einlagenrückgewähr, ÖBA 2004, 433.
- *Breisch*, Upstream-Verschmelzung bei negativem Verkehrswert der übertragenden Gesellschaft? GesRZ 2021, 190.
- *Damböck/Hecht*, OGH: Allgemeine Kapitalerhaltungsgrundsätze gelten bei Verschmelzung! RdW 2000, 1.
- *Doralt/Nowotny/Kalss* AktG³ (2021).
- *Doralt*, Management-Buyout: Aktionärs- und Gläubigerschutz durch den Grundsatz der Kapitalerhaltung (2001).
- *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} (Stand 1.7.2021, rdb.at).
- *Eckert*, Kapitalentsperrung bei Verschmelzungen (Teil I), GeS 2006, 383.
- *Eckert*, Kapitalentsperrung bei Verschmelzungen (Teil II), GeS 2006, 436.
- *Fellner*, Vermögensbindung bei der Verschmelzung, Bemerkungen zu OGH vom 11.11.1999, 6 Ob 4/99b, NZ 2000, 225.
- *Foglar-Deinhardstein*, Verdeckte Gewinnausschüttung (2020).
- *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017).
- *Foglar-Deinhardstein/Wünscher*, Zur Zulässigkeit von Up-Stream-Verschmelzungen von Gesellschaften mit negativem Verkehrswert, ecolex 2021, 234.
- *Fries*, Handbuch der Verschmelzungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen (1993).
- *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen² (2012).
- *Göschke*, Das Verbot der Finanzierung des Erwerbs eigener Aktien im Konzern, RdW 2001, 323.
- *Greindl*, Verbotene Einlagenrückgewähr bei Umgründungen im Konzern, RdW 1999, 762.
- *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018).
- *Hartlieb/Zollner*, Sanierungsfusionen: Aktionäre, „Sonderrechtsinhaber“ und Gläubiger bei Strukturmaßnahmen mit sanierungsbedürftigen Gesellschaften, ecolex 2015, 970.
- *Justich*, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz bei Verschmelzungen (2005).
- *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ (Stand 1.7.2021, rdb.at).
- *Kalss/Eckert*, Gläubigerverfahren bei Umgründungen von Kapitalgesellschaften: Überlegungen zur Zielrichtung und Wirkungsweise gläubigerschützender Vorschriften, GesRZ 2008, 81.
- *Kalss/Torggler*, Aktuelle Fragen bei M&A (2019).
- *Karollus*, Kommanditeinlage bei errichtender Umwandlung: Auch nach dem ÜBRÄG 2006 müssen Kommanditeinlagen den bisherigen Stammeinlagen entsprechen, ecolex 2008, 243.
- *Kastner*, Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht, GesRZ 1982, 213.
- *Kellner/Liebel*, Entscheidungsbesprechung OGH 25.11.2020, 6 Ob 203/20a, ÖBA 2021, 422.
- *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007).
- *Koppensteiner*, Verschmelzung und Vermögensbindung, wbl 1999, 333.

- *Nowotny*, Verschmelzungen nach der „Down-Stream-Merger-E“ (Teil I), *ecolex* 2000, 722.
- *Nowotny*, Verschmelzungen nach der „Down-Stream-Merger-E“ (Teil II), *ecolex* 2000, 800.
- *Ch Nowotny*, Kapitalerhaltung bei Verschmelzungen und Spaltungen Lehren aus OGH 11.11.1999, *RWZ* 2000, 97.
- *G Nowotny*, Richterliche Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht, *GES* 2020, 13.
- *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004).
- *Saurer*, Leveraged Management Buy-out: eine fallbezogene Analyse aus aktien-, handelsbilanz- und steuerrechtlicher Sicht (1995).
- *Saurer*, Anmerkungen zu OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b – Downstream-merger, *AnwBl* 2001, 78.
- *Saurer*, Zur Verschmelzung im Konzern, *AnwBl* 2021, 241.
- *Straube/Ratka/Rauter*, *WK GmbHG* (Stand 1.9.2021, *rdb.at*).
- *Thurnher*, Einlagenrückgewähr iZm Upstream-Merger, *GesRZ* 2013, 230.
- *Tomic*, Zur Zulässigkeit von up-stream Verschmelzungen überschuldeter Tochtergesellschaften (Sanierungsverschmelzungen): Anmerkungen zu OGH 6 Ob 203/20a, *wbl* 2021, 369.
- *U. Torggler*, *GmbHG* (2014).
- *Umfahrer*, *GmbH – Handbuch für die Praxis*⁷ (Stand 1.6.2021, *rdb.at*).
- *Umlauft*, OGH 7.11.2007, 6 Ob 235/07p; OGH 7.11.2007, 6 Ob 236/07k, *GesRZ* 2008, 100.
- *Vogt/Fleischer/Kalss*, *Protagonisten im Gesellschaftsrecht* (2020).
- *Wenger*, Verschmelzung und Kapitalerhaltung, *RWZ* 2000, 47.
- *Wenger*, GmbH: Zur Verankerung der Sacheinlage bei Kapitalerhöhung im Gesellschaftsvertrag, *RWZ* 2008, 104.
- *Wiesner/Hirschler/Mayr*, *Handbuch der Umgründungen*²¹(2021).
- *Wimmer*, Differenz- und Existenzvernichtungshaftung bei Sanierungsfusionen im GmbH-Recht, *GesRZ* 2019, 143.

8. Vorläufiges Judikaturverzeichnis

- OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96 h
- OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b
- OGH 20.1.2000, 6 Ob 288/99t
- OGH 17.1.2001, 6 Ob 121/00p
- OGH 26.06.2003, 6 Ob 70/03t
- OGH 26.08.2004, 6 Ob 165/04i
- OGH 7.11.2007 6 Ob 235/07p
- OGH 7.11.2007, 6 Ob 236/07k
- OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t
- OGH 20.03.2013, Ob 48/12 w
- OGH 24.11.2015 1 Ob 28/15x
- OGH 25.11.2020, 6 Ob 203/20a
- OLG Wien 30.5.2007, 28 R 15/07 t
- BGH 6.11.2018, II ZR 199/17