

CHG Corporate Breakfast
Gesellschaftsrecht für Aufgeweckte



CZERNICH
RECHTSANWÄLTE

Wir bewegen Wirtschaft.



MICHAEL HUETZ

VERBOTENE EINLAGENRÜCKGEWÄHR BEI UMGRÜNDUNGEN– HAFTUNG BEI UMGRÜNDUNGSVORGÄNGEN

Freitag, 01.12.2023

8:00 bis 9:30 Uhr

Praktische Bedeutung I

- (Konstitutive) FB-Eintragung einer gesellschaftsrechtlichen Maßnahme (zB einer Verschmelzung oder anderen Umgründung) **führt nicht zur Heilung** (Sanierung) einer verbotenen Einlagenrückgewähr OGH 24.11.2015, 1 Ob 28/15x; 13.12.2016, 3 Ob 167/16d (zu einer errichtenden Umwandlung)
 - Ob – trotz Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr – die Wirkungen einer ins FB eingetragenen Verschmelzung bestehen bleiben (Bestandschutz), oder die Verschmelzung rückgängig zu machen wäre, ist umstritten.
- Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes (Ausnahme uU: Bestandsschutz, wohl bei Umgründungsvorgängen gegeben)
- Verjährung
 - grsd 5 Jahre (§ 83 Abs 5 GmbHG)
 - bei positiver Kenntnis: Anwendung der langen Verjährungsfrist, dh 30 bis 40 Jahre;
 - aber wegen Nichtigkeit: Leistungskondition wegen ungerechtfertigter Bereicherung (OGH 13.9.2012, 6 Ob 110/12p, RWZ 2012/91, 321 (Wenger) = GesRZ 2013, 38 (U. Torggler); 4.3.2013, 8 Ob 20/13v, GesRZ 2013, 286 (Milchrahm) = RWZ 2013/39, 139 (Wenger); 20.3.2013, 6 Ob 48/12w – Kneisz I, ÖBA 2013, 601 (Wolkerstorfer/Gebetsberger) = ecolex 2013, 638 (F. Hörlsberger/Rieder) = GesRZ 2013, 230 (Thurnher); 26.4.2016, 6 Ob 79/16k, GesRZ 2016, 412 (Artmann)), dh Anwendung der langen Verjährungsfrist, dh 30 bis 40 Jahre
 - Ausnahmen ua: Miet- und Bestandsverträge (kurze Verjährungsfrist); vgl OGH 18. 11. 2022, 6 Ob 112/22x

Praktische Bedeutung II

- Auftreten der verbotenen Einlagenrückgewähr, insbesondere
 - Insolvenz
 - Geschäftsführer- oder Gesellschafterwechsel (M&A Transaktionen)
- Problem, das im Konzern auftritt (Stichwort: Fremdvergleich)
 - Korrekturfunktion außenstehender Dritter, die ihre Vermögensinteressen u Gleichbehandlungsrechte wahren, fehlt;
- Umstand, dass die Strukturierung einer Umgründung im Einklang mit den steuerlichen Regeln des UmgrStG steht, schließt keineswegs aus, dass die Umgründung trotzdem die zwingenden Kapitalerhaltungsregeln verletzt;

Verbotener Vermögenstransfer I

- Irreführender Begriff
- Rechtsgrundlagen
 - §§ 82 u 83 GmbHG
 - § 52 AktG
- Geschütztes Vermögen
 - das gesamte jew aktuelle Vermögen der Ges
 - nicht auf das v den Gesellschaftern aufgebrauchte Kapital oder auf die v diesen eingebrachten Gegenstände beschränkt
 - seinerzeitigen Werte v Vermögensgegenständen zum Zeitpunkt der Einlageleistung sind aus der Perspektive der Kapitalerhaltung irrelevant
 - im weitesten Sinne: Entreicherung der Ges zu Gunsten der Gesellschafter
- Rein objektiver Tatbestand: Verstöße setzen weder Verschulden oder Bösgläubigkeit der handelnden Personen noch eine rechtswirksame Durchführung des verpönten Vermögenstransfers voraus (*Foglar-Deinhardtstein* in FAH, Kommentar zum GmbHG, § 82 Rz 1)

Verbotener Vermögenstransfer II

- Personengesellschaften bei denen keine natürliche Person Vollhaftender ist, sind auch umfasst (OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p = RdW 2009/284 (Nowotny)).
- umfasst sind auch Zuwendungen an beteiligungsmäßig verflochtene Unternehmen (zB Schwestergesellschaften), uzw jedenfalls dann, wenn der Vermögenstransfer v einem Gesellschafter veranlasst wird oder zu einem wirtschaftlichen Vorteil des (gemeinsamen) Gesellschafter führt (vgl OGH 20.1.2000, 6 Ob 288/99t; 22.10.2003, 3 Ob 287/02f, RWZ 2004/11, 38 (Wenger); 5.8.2009, 9 Ob 25/08d (9 Ob 26/08a); 29.9.2010, 7 Ob 35/10p, ZFR 2011/38, 82 (Auer) = GesRZ 2011, 110 (Karollus) = RWZ 2010/89, 363 (Wenger);
- § 30 dGmbHG schützt nur jenes Gesellschaftsvermögen vor einem Transfer an die Gesellschafter, das zur wertmäßigen Deckung des Stammkapitals erforderlich ist.

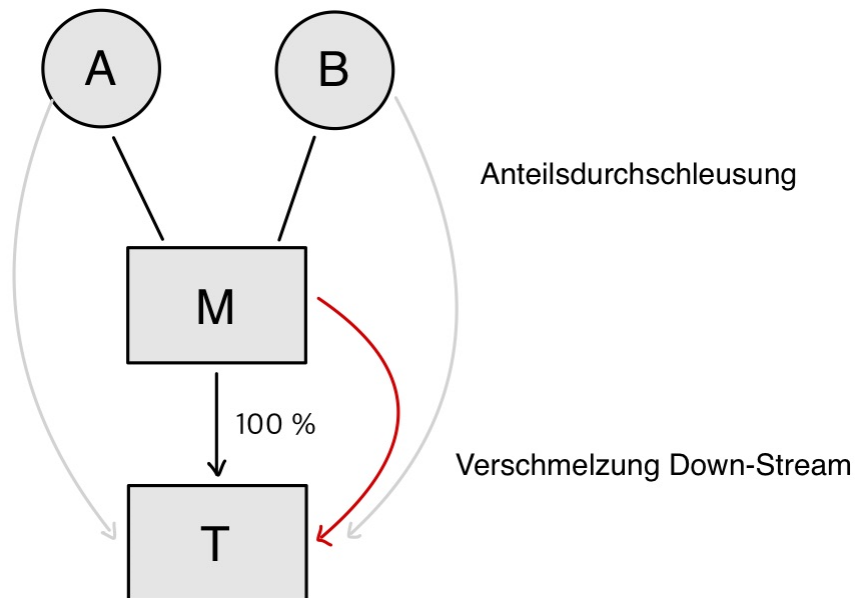
Verbotener Vermögenstransfer III

- Exkurs Steuerrecht: verdeckte Ausschüttung zw Schwestergesellschaften gilt als verdeckte Gewinnausschüttung an die Muttergesellschaft mit anschließender Weitergabe des Vorteils an die begünstigte Schwestergesellschaft (vgl *Langheinrich/Ryda*, FJ 2011, 165 [173])
- Exkurs: kapitalentsperrender Effekt
 - Nennkapital + gebundene Rücklagen der übertragenden Ges sind höher als jene der übernehmenden Ges
 - Bsp: Einbringung aller Kommanditanteile in die Komplementär-GmbH/AG wenn die Summe des Haftkapitals der KG niedriger als der Komplementär-GmbH ist;
 - Bsp: Verschmelzung einer Ges mit höherem StK (+ gebundene RL) auf eine Ges mit niedrigerem StK (+ gebundene RL)
 - kein Verstoß gegen das Verbot der Eigenkapitalrückgewähr, aber enger Zusammenhang wegen Gesamtbetrachtung
 - Ausgleichsmaßnahmen (bei Verschmelzung): (i) ordentliche Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft (ii) freiwillige Schaffung gebundener Rücklagen (iii) Kapitalberichtigung (iv) Nachweis mangelnder Gläubigerbenachteiligung (v) Zustimmung der betroffenen Gläubiger (vi) Sicherheitsleistung;
- Exkurs: sittenwidrige Gläubigerschädigung
 - dogmatisch kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr – wird aber von der Rechtsfolge her gleich beurteilt (zB up-stream Verschmelzung auf überschuldete Mutter);

Verschmelzung I

- 2 Tatbestände der verbotenen Einlagenrückgewähr:
 - (negativer) Verkehrswert des übertragenen/übernehmenden Vermögens
 - Entreicherung einer (Zwischen)Gesellschaft bei Verzicht auf Anteilsgewähr (§ 224 Abs 2 Z 1 AktG)
- Materielle Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes
 - Es wird die Vorlage der Bilanzen (manchmal auch vollständiger JA) der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft verlangt (Prüfung Kapitalentsperrung, Gläubigerschädigung)
 - Negativer Buchwert kann durch Gutachten/Bestätigung des StB) entkräftet werden (Hinweis auf stiRe etc);

Verschmelzung II - Down-Stream

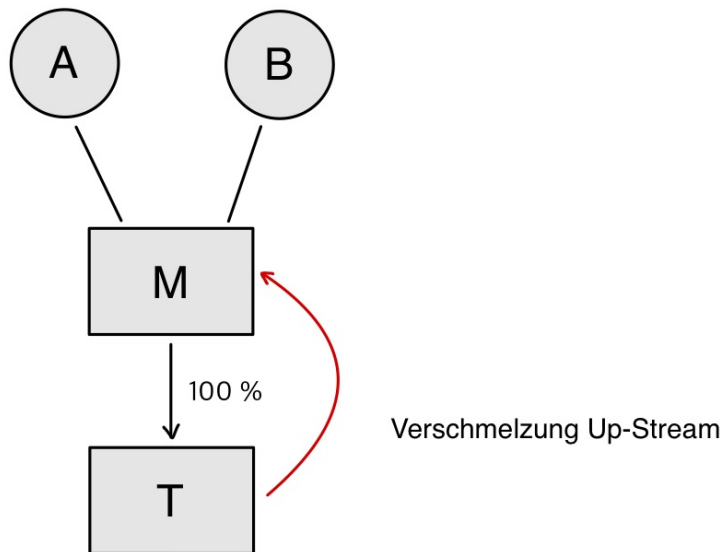


- OGH 6 Ob 4/99b: Positiver Verkehrswert der Mutter unter Außerachtlassung des Beteiligungswertes der Tochter
- Tatbestand (bei negativem Verkehrswert): Mutter wird von Verbindlichkeiten zu Lasten der Tochter befreit
- dennoch zulässig: Betriebliche Rechtfertigung oder Ausgleichs- oder Begleitmaßnahmen

Verschmelzung III - Down-Stream

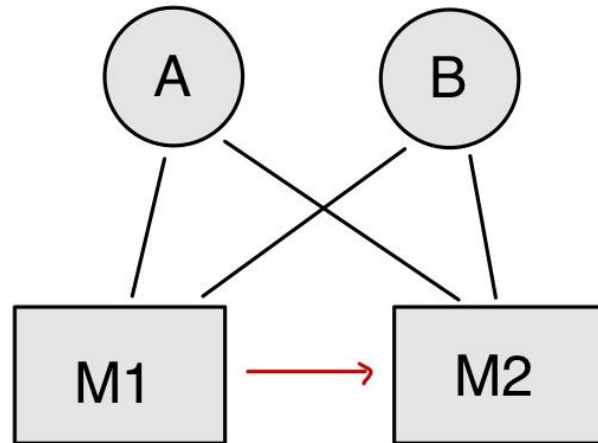
- Entsprechende Erläuterung im Verschmelzungsvertrag
 - allenfalls Vorlage weiterer Nachweise (Gesellschafterbeschluss, Zustimmungserklärungen etc)
- Betriebliche Rechtfertigung
 - besondere Synergiepotenziale
 - Vermeidung einer rufschädigenden Insolvenz
 - Sicherung der Marktposition und/oder Standorten
- Ausgleichs- und Begleitmaßnahmen
 - Bildung einer gebundenen Rücklage im Ausmaß der ausschüttbaren Mittel der übernehmenden Ges;
 - Vorhandensein von ausschüttbaren Mitteln (Gewinne oder freie Rücklagen) – Möglichkeit der Ausschüttung ist ausreichend; -> Widmung der ausschüttbaren Mittel zur Finanzierung des Verschmelzungsverlusts (*Sachdividende*)
 - Zuschuss der Gesellschafter der übertragenden Ges;
 - Patronatserklärung/Haftungsübernahme des Gesellschafters der übertragenden Ges zu Gunsten der übernehmenden Ges;
 - Ordentliche oder nominelle Kapitalherabsetzung bei der übernehmenden Ges
 - Zustimmung aller Gläubiger oder qualifizierter Rangrücktritt

Verschmelzung IV - Up-Stream



- Up-stream-Verschmelzungen sind wegen der parallelen Gefahrenlage in der Beurteilung ihrer Zulässigkeit grds mit dem gleichen Maßstab wie Down-stream-Verschmelzungen zu beurteilen OGH 24.11.2015, 1 Ob 28/15x
- Neuere Rsp rückt vom restriktiven Erfordernis eines positiven Verkehrswertes etwas ab:
 - OGH 6 Ob 236/07k; OLG Wien 30.05.2007, 28 R 15/07t: übertragenes Vermögen muss nicht positiv sein;
- Überschuldete Tochter: grsd kein Problem, solange die verschmolzene Gesellschaft nicht insolvent ist
- Überschuldete Mutter: Gläubiger der Mutter treten in Konkurrenz zu den Gläubigern der Tochter -> sittenwidrige Schädigung
- ABER: alleine die Verschlechterung der Position der Gläubiger der übertragenden Partei ohne Insolvenzgefährdung soll zulässig sein;
- Fazit: Ist die verschmolzene Gesellschaft in der Lage alle (fälligen) Verbindlichkeiten zu bedienen, liegt kein Verbot gegen die Einlagenrückgewähr vor
- Betriebliche Rechtfertigung oder Ausgleichs- oder Begleitmaßnahmen 10

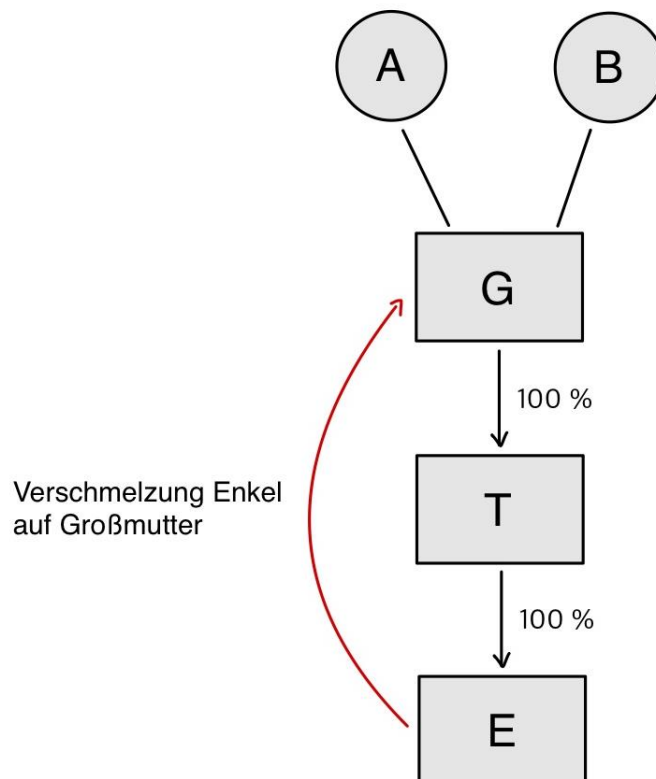
Verschmelzung V - Side-Stream



Verschmelzung Side-Stream

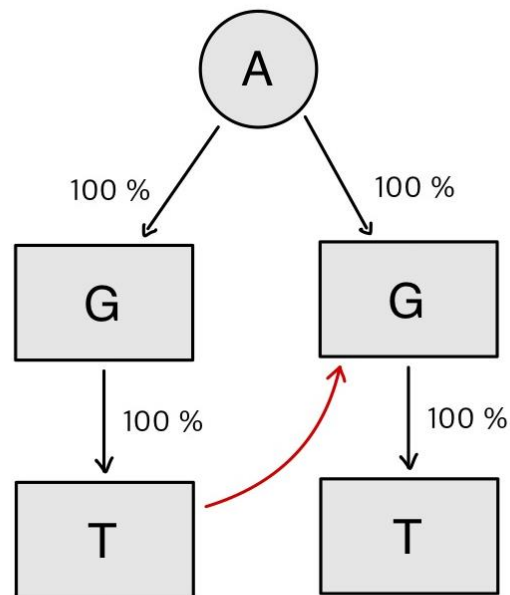
- siehe die Ausführungen zum up-stream und down-stream-merger
- OLG Wien 30.05.2007, 28 R 15/07t: Übertragende Gesellschaft muss grsd einen positiven Verkehrswert haben (einfache Schwesternverschmelzung)
- OLG Wien 30.05.2007, 28 R 15/07t: Aktivvermögen der übernehmenden Gesellschaft ausreichend um alle Verbindlichkeiten beider Gesellschaften abzudecken
- Dennoch zulässig: Betriebliche Rechtfertigung oder Ausgleichs- oder Begleitmaßnahmen (ausdrücklich: OLG Wien 15.11.2004, 28 R 15/07t)

Verschmelzung VI - Enkel-Großmutter



- Problem 1: Positiver Verkehrswert – siehe Verschmelzung up-stream
- Problem 2: Verzicht auf Anteilsgewähr
 - Entreicherung der T, wenn keine Anteile gewährt werden (idR nicht gewünscht wegen Rückbeteiligung etc)
- Dennoch zulässig: Betriebliche Rechtfertigung oder Ausgleichs- oder Begleitmaßnahmen
- Alternative: Abspaltung up-stream + Verschmelzung up-stream

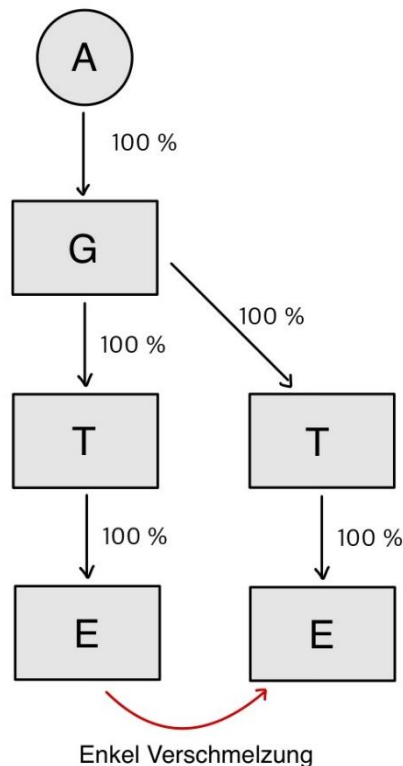
Verschmelzung VII - Nichte auf Tante



Verschmelzung Nichte auf Tante

- Verbotene Einlagenrückgewähr: Verzicht auf Anteilsgewähr
 - Entreicherung der T, wenn keine Anteile gewährt werden (idR nicht gewünscht wegen Rückbeteiligung etc)
- Dennoch zulässig: Betriebliche Rechtfertigung oder Ausgleichs- oder Begleitmaßnahmen
- Alternative: Abspaltung side-stream

Verschmelzung VIII - Enkel

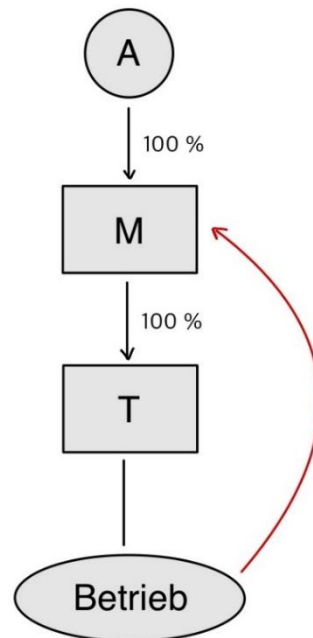


- Voraussetzung: Positiver Verkehrswert – siehe Verschmelzung side-stream
- Verbotene Einlagenrückgewähr: Verzicht auf Anteilsgewähr
 - Entreicherung der T, wenn keine Anteile gewährt werden (idR nicht gewünscht wegen Rückbeteiligung etc)
- Dennoch zulässig: Betriebliche Rechtfertigung oder Ausgleichs- oder Begleitmaßnahmen
- Alternative: Abspaltung side-stream + Side-stream Verschmelzung

Einbringung I

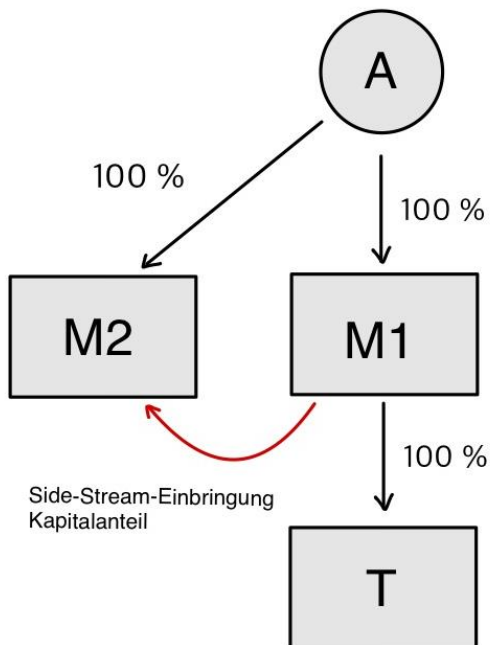
- Positives Vermögen
 - OLG Wien 13.11.2006, 28 R 128/06h
- Unterbleiben der Anteilsgewähr - § 19 Abs 2 UmgrStG
 - Z 1: Abfindung mit eigenen Anteilen
 - Z 2: Ges der übernehmenden G treten Anteile ab
 - Z 3: Zuzahlungen im Ausmaß von max 10 %
 - Z 4: übernehmende Ges gibt Anteile an der einbringen MU auf
 - Z 5: Beteiligungsidentität
- § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG vs § 224 Abs 2 Z 1 AktG
 - Verzicht auf Anteilsgewähr nur zulässig, wenn nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen wird
- Exkurs: Verdeckte Sacheinlage
 - Einbringungen iZm mit unbaren Entnahmen iSd § 16 Abs 5 UmgrStG oder Übernahme von Verbindlichkeiten
 - Lösung 1: § 6a Abs 2 GmbHG Gründung
 - Lösung 2: geringfügig gemischte KE

Einbringung II - up-stream



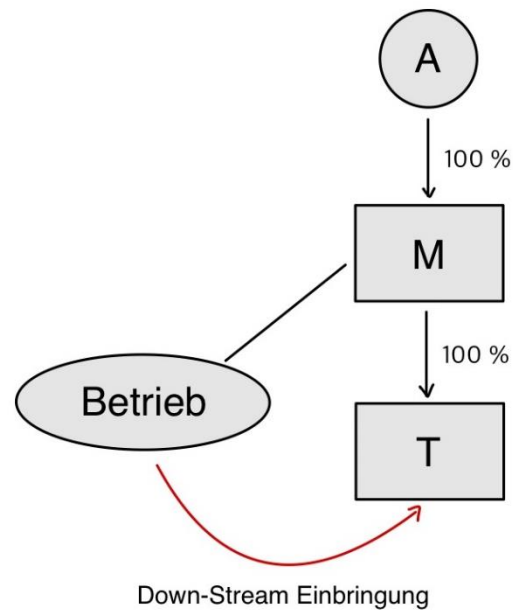
- Vermögensabfluss bei T, wenn auf die Anteilsgewähr oder Ausgleichsmaßnahmen verzichtet wird
- Maßnahmen (vgl OLG Wien 29.3.1996, RdW 1997, 597) (jeweils in Höhe des Verkehrswertes des abgehenden Vermögens):
 - Kapitalherabsetzung
 - Ausschüttung einer Sachdividende
 - Bildung einer Kapitalrücklage
 - Gesellschafterzuschuss

Einbringung III - side-stream



- Vermögensabfluss bei M1, wenn auf die Anteilsgewähr oder Ausgleichsmaßnahmen verzichtet wird
- Alternative: side-stream-Abspaltung
- Maßnahmen (vgl. OLG Wien 29.3.1996, RdW 1997, 597) (jeweils in Höhe des Verkehrswertes des abgehenden Vermögens):
 - Kapitalherabsetzung
 - Ausschüttung einer Sachdividende (ausschüttungsfähiger Bilanzgewinn muss vorliegen)
 - Gesellschafterzuschuss

Einbringung IV - down-stream



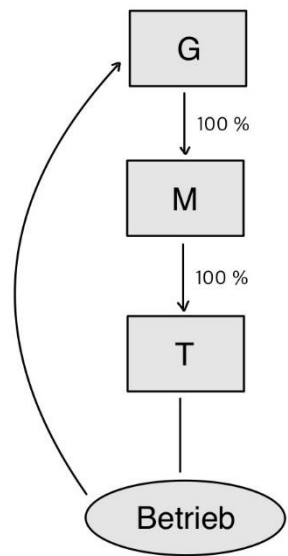
- Positiver Verkehrswert (ansonsten Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr)
- Anteilsgewährung kann unterbleiben
- Keine Entreicherung bei M; Entreicherung wäre aber auch unschädlich
- Alternative: down-stream-Abspaltung

Spaltung I

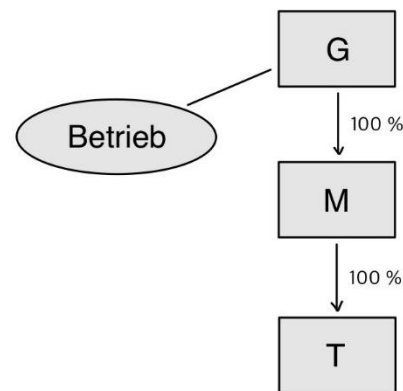
- *Legale* Einlagenrückgewähr
 - zwingende Restvermögensprüfung („Gründungsprüfung“ der gespaltenen Ges)
 - Sicherstellungsanspruch der Gläubiger
 - Haftung aller an der Spaltung beteiligten Ges
 - Summengrundsatz bei Spaltung zur Neugründung
- Hauptvorkommen der verbotenen Einlagenrückgewähr im Konzernverbund wegen fehlendem Fremdvergleich
- Verbotene Einlagenrückgewähr auf Ebene der Gesellschafter der übertragenden Ges,
 - wenn keine oder keine angemessene Gegenleistung (Anteilsgewähr oder keine Abfindung mit bestehenden Anteilen) für den Wertabgang an die (mittelbar) entreicherten Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erfolgt;
 - Verbleiben der Spaltungshaftung gem § 15 SpaltG bei einer Ges (Abspaltung down-stream mit Durchschleusung der Anteile);
 - Haftung aller Gesellschaften die an der Spaltung beteiligt sind bis zur Höhe des übernommenen Nettoaktivvermögens

Spaltung II - up-stream

Ausgangssituation



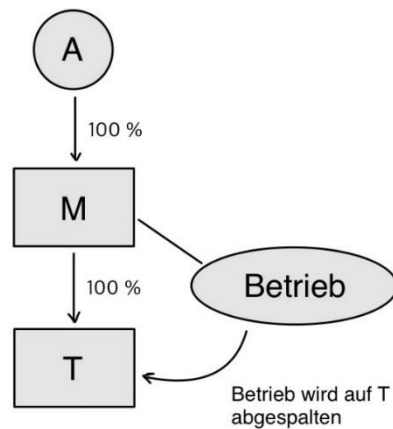
Zielsituation



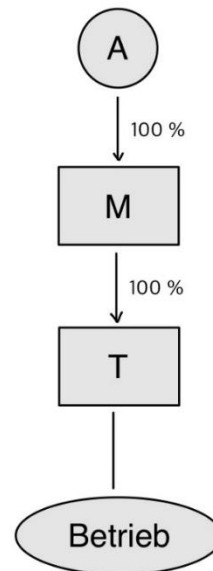
- Vermögensabfluss bei M, wenn auf die Anteilsgewähr oder Ausgleichsmaßnahmen verzichtet wird
- Anteilsgewähr regelmäßig nicht gewünscht; im Übrigen problematisch wegen Rückbeteiligung
- Maßnahmen (jeweils in Höhe des Verkehrswertes des abgehenden Vermögens):
 - Kapitalherabsetzung
 - Ausschüttung einer Sachdividende (ausschüttungsfähiger Bilanzgewinn muss vorliegen)
 - Gesellschafterzuschuss

Spaltung III - down-stream

Ausgangssituation



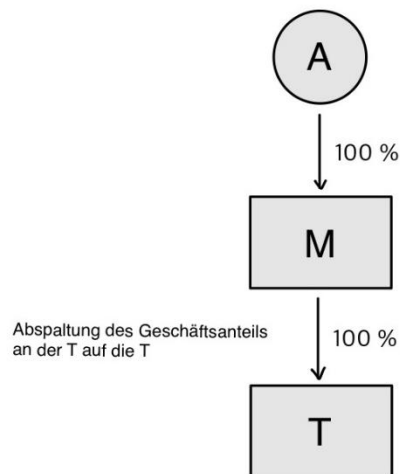
Zielsituation



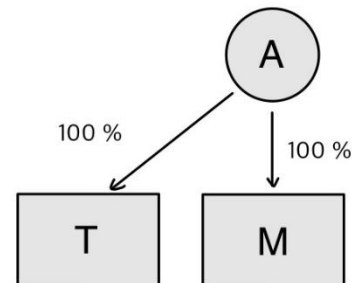
- Alternative zur Down-stream-Einbringung
- Vorteil der zivilrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge
- Verzicht auf Anteilsgewähr führt zu keinem Problem aus Sicht der Einlagenrückgewähr

Spaltung IV – entflechtende Spaltung

Ausgangssituation

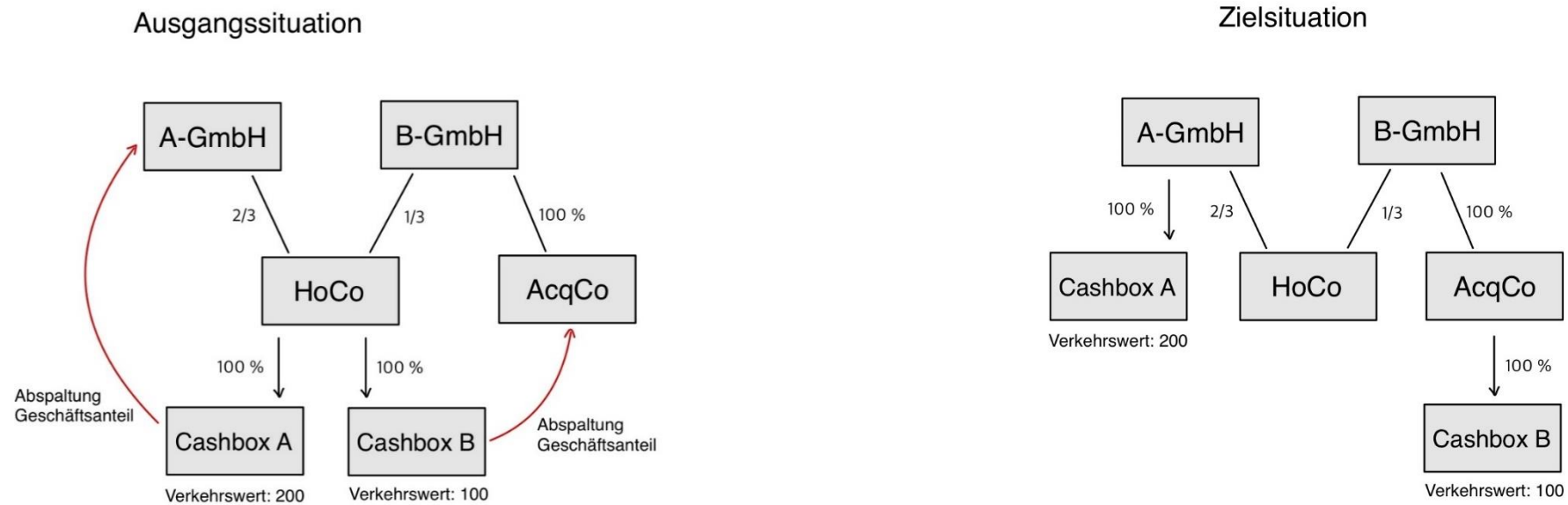


Zielsituation



- Durchschleusung der Anteile an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft
- Problem:
 - Spaltungshaftung in Höhe des Wertes der durchgeschleusten Anteile verbleibt bei T (str, aA *Kalss*);
 - Ansicht *Kalss*: Spaltungshaftung trifft den Empfänger der Anteile an T (also A) -> keine Einlagenrückgewähr
- Praxis (Rechtfertigungsgründe):
 - abspaltende Gesellschaft verfügt über keine Verbindlichkeiten
 - Haftungsfreistellung durch übernehmende Gesellschafter (Bonität)
- Alternative:
 - Side-stream Spaltung mit anschließender up-stream Verschmelzung

Spaltung V - entflechtende Spaltung



Haftung I

- Adressaten des Rückersatzanspruches: Organmitglieder (bei Verschulden), Empfänger der Leistung (kein Verschulden notwendig)
- Verbot der Einlagenrückgewähr ist kein Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger
 - grsd keine direkte Haftung gegenüber Gläubigern
- Bei Transaktionen u Umstrukturierungen ab einer gewissen Größenordnung haben nicht einschlägig jur vorgebildete GF idR spezialisierte Berater beizuziehen, um eine gesetzeskonforme Abwicklung zu gewährleisten (OGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h, NZ 2016, 413 (Brugger));
- Der (Konzern-)Abschlussprüfer hat auf v ihm erkannte Verstöße gegen § 82 idR zumindest durch Ausübung der Redepflicht zu reagieren
- Beratende Berufe (insb Steuerberater, RA, Notare)
 - Haftung gegenüber der (entreicherten) Gesellschaft/Insolvenzmasse bei Verschulden
 - solidarische Haftung mit GF

Haftung II

- Haftung kann gem § 33 AktG auch AR-Mitglieder treffen, wenn sie hinsichtlich des verbotenen Vorgangs schuldhaft gegen ihre Überwachungspflichten verstoßen haben.
- Sonstige Dritte
 - Finanzierende Banken – wenn der Gesamtplan bekannt war oder bekannt sein musste

Die neue FlexCo (oder FlexKapG)

- Regierungsvorlage des FlexKapGG veröffentlicht.
- Inkrafttreten am 01.01.2024 (voraussichtlich)
- Mischform zwischen GmbH und AG mit flexiblen Elementen.
- Nicht nur für startups, sondern auch für KMU geeignet.
- Die „bessere“ GmbH.
- Erste Umwandlung einer GmbH von CHG am 02.01.2024

Vorteile der FlexCo

- Steueroptimale Mitarbeiterbeteiligung durch Unternehmenswert-Anteile.
- Schriftform für die Übertragung ausreichend.
- FlexCo kann auch eigene Anteile halten (zB „geparkte“ Unternehmenswert-Anteile).
- Abtretungen von Geschäftsanteilen auch ohne Notar durch Rechtsanwalt möglich.
- Finanzierungsinstrumente ähnlich einer Aktiengesellschaft.
- Umlaufbeschlüsse möglich, auch wenn nicht alle Gesellschafter zustimmen; Textform ist ausreichend (E-Mail).
- Senkung der Mindest-Körperschaftssteuer durch Stammkapital von EUR 10.000,00 (auch für die GmbH).

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



RA Michael Huetz
huetz@chg.at

CHG Czernich Haidlen Gast & Partner Rechtsanwälte GmbH
Bozner Platz 4 – Palais Hauser
6020 Innsbruck
www.chg.at
+43 512 56 73 73

CHG Corporate Breakfast
Gesellschaftsrecht für Aufgeweckte



CZERNICH
RECHTSANWÄLTE

Wir bewegen Wirtschaft.

NÄCHSTE VERANSTALTUNGEN

TBD HANDL

DIE FLEXCO – ERSTE ERFAHRUNGEN

15.03. HIRSCHLER

GRENZÜBERSCHREITENDE UMGRÜNDUNGEN



CHG Corporate Breakfast
Gesellschaftsrecht für Aufgeweckte



CZERNICH
RECHTSANWÄLTE

Wir bewegen Wirtschaft.

AUSBLICK 2024 INNSBRUCKER BANKRECHTSGESPRÄCHE

11.01. TUBA VEZIROGLU
VERLASSENSCHAFTEN – MAßNAHMEN BEI TOD
DES BANKKUNDEN

