

dern der Geschäftsführung bei deren „größerer Nähe zu den gesellschaftlichen Handlungen graduelle Unterschiede im Wissens- und Erfahrungsbereich“ bestehen.

8. Aufgrund der konkreten Motivenlage (der Darlehensnehmerin Liquidität durch Fremdfinanzierung statt durch etwa Gesellschafterzuschüsse zuzuführen) sowie des Umstands, dass die Darlehensgewährung ohne Bestellung von Sicherheiten erfolgte, ist die Bejahung der Aufsichtsratshaftung jedenfalls vertretbar.

Sachverhalt:

Die bekl Aufsichtsratsmitglieder einer AG genehmigten einstimmig Darlehensgewährungen an eine (Quasi-Schwester-)Gesellschaft, ohne dass dafür Sicherheiten verlangt worden wären, obwohl die Liquiditätslage sowohl der Darlehensnehmerin als auch der Darlehensgeberin zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung bereits angespannt war. An beiden Gesellschaften (Darlehensnehmerin und

Darlehensgeberin) waren dieselben Aktionäre mehrheitlich beteiligt.

Knapp zwei Monate nach Gewährung des Darlehens wurde über das Vermögen der Darlehensnehmerin das Konkursverfahren eröffnet. Eine Rückzahlung der Darlehen an die Darlehensgeberin erfolgte nicht. Vielmehr wurde ein halbes Jahr nach Darlehensgewährung auch über das Vermögen der Darlehensgeberin das Insolvenzverfahren eröffnet.

In der Folge klagte der Insolvenzverwalter der Darlehensgeberin den Schaden, welcher der Darlehensgeberin aus dem Abfluss der Darlehenssumme entstanden ist, gegen die Aufsichtsratsmitglieder aus dem Titel des Schadenersatzes ein.

Sowohl ErstG als auch das BerG gaben dem Klagebegehren statt. Der OGH hielt die Bejahung der Haftung der bekl Aufsichtsratsmitglieder jedenfalls für vertretbar und wies die außerordentliche Revision der Bekl mangels Vorliegens einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung zurück.

Zur Zulässigkeit von Up-Stream-Verschmelzungen von Gesellschaften mit negativem Verkehrswert

ecolex 2021/183

§§ 226 ff AktG; § 5 Abs 5 UmwG; §§ 66 f IO

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

Up-Stream-Verschmelzung

1. Es ist einer Muttergesellschaft gestattet, ihre Tochtergesellschaft zu sanieren und dann eine Verschmelzung der Tochter auf die Mutter durchzuführen. Dasselbe Ergebnis wird aber erreicht, wenn die Tochtergesellschaft mit negativem Vermögen sofort auf die finanziell gesunde Muttergesellschaft verschmolzen wird.

2. Bei der Up-Stream-Verschmelzung kann daher das Vermögen der übertragenden Tochtergesellschaft negativ sein, sofern die Muttergesellschaft nach der Verschmelzung die Verbindlichkeiten sämtlicher Gläubiger bedienen kann und durch die Übernahme des negativen Vermögens nicht selbst insolvenzreif wird.

3. Die Verschmelzung einer überschuldeten übertragenden Tochtergesellschaft ist auch zulässig, wenn die übernehmende Muttergesellschaft deutlich größer ist und eine ausreichende Bonität aufweist, insb die übernommenen Verbindlichkeiten bereits in freien Rücklagen oder einem Gewinnvortrag der übernehmenden Gesellschaft Deckung fänden.

4. Für die Frage des positiven Verkehrswerts bzw der Überschuldung kommt es nicht auf Buchwerte, sondern auf die tatsächlichen Werte an.

Anmerkung:

In der Praxis des Verschmelzungsrechts spielt bei der Konzernverschmelzung – genauer: bei der Verschmelzung zwischen beteiligungsmäßig miteinander verflochtenen Gesellschaften – der positive – genauer: der nicht negative – Verkehrswert eine große Rolle: Wird eine Gesellschaft mit positivem Verkehrswert mit einer anderen Gesellschaft mit ebenso positivem Verkehrswert zu einer Gesellschaft verschmolzen, die dann wohl ebenfalls einen positiven Verkehrswert aufweist, so kann als Faustregel davon ausgegangen werden, dass – auch ohne Ausgleichsmaßnahmen – kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorliegt (wobei allerdings kapitalerhaltungsrechtlich gesondert insb noch die Fragen der Kapitalentsperrung, der allenfalls entreichernden Verschmel-

zung zwischen separaten Konzernnäten und des Erfordernisses der Bildung einer Ausschüttungssperre für Aufwertungsgewinne zu prüfen sind – s H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/77, 1/168 ff, 1/171). Bei mehreren übertragenden Gesellschaften ist uE für die Beurteilung des positiven Verkehrswerts an jede einzelne Gesellschaft gesondert anzuknüpfen; führt die Verschmelzung mehrerer – tw oder insgesamt überschuldeter – Gesellschaften immerhin per saldo zu einer übernehmenden Gesellschaft mit positivem Verkehrswert, kann dies freilich auf Ebene der notwendigen Ausgleichsmaßnahmen gewürdigt werden (Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VII.C Rz 9).

Die Prüfung der genannten Faustregel zum positiven Verkehrswert des Vermögens der übertragenden Gesellschaft ist aber nicht in jeder Konstellation einer Konzernverschmelzung erforderlich: So liefert der OGH mit der gegenständlichen Entscheidung eine überaus willkommene Klarstellung zur Zulässigkeit von Up-Stream-Verschmelzungen unter Beteiligung überschuldeter Gesellschaften. Die Frage, ob eine wegen Überschuldung sanierungsbedürftige Tochtergesellschaft auf ihre Muttergesellschaft mit positivem Verkehrswert verschmolzen werden kann, wurde schon lange diskutiert. In der Vergangenheit war die Möglichkeit einer solchen Up-Stream-Verschmelzung in der L noch von prominenten Stimmen abgelehnt worden (Kastner, GesRZ 1984, 177 [178]; Koppensteiner, wbl 1999, 333 [339 f]). Auch die Firmenbuchpraxis verlangte oft einen Nachweis über die vorherige Sanierung der Tochtergesellschaft (vgl krit J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 284). Mittlerweile entspricht es aber der hL, dass die Up-Stream-Verschmelzung einer überschuldeten Tochter auf die Muttergesellschaft grds auch ohne das Erfordernis einer vorherigen Sanierung zulässig ist (Hügel, Grenz-überschreitende und nationale Verschmelzungen § 1 Rz 50; Saurer, LMBO 245 ff; J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 284 ff; Kalss, VSU² § 224 Rz 61 f; Grünwald/Ch. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen Art I Rz 114; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VII.C Rz 15; Auer, Gläubigerschutz bei Vermögensbewegungen down-stream 219; Gall in Kalss/Torggler, M&A 1 [17]). Nach richtiger Ansicht steht es der Muttergesellschaft nämlich grds frei, ob sie ihre Tochtergesellschaft vor oder nach der Verschmelzung saniert, sofern die Übernahme der Ver-

bindlichkeiten durch die Mutter nicht zB zur Befreiung von Anteilseignern der Mutter aus rechtsgeschäftlich übernommenen Haftungen führt (*J. Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 284; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VII.C Rz 15).

In der berühmten *Neutronics-E* (OGH 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b; Retrospektiven bei *G. Eckert* in *Kalss/Fleischer/Vogt*, Bahnbrechende Entscheidungen 225; und *G. Nowotny* in *Torggler*, Richterliche Rechtsfortbildung 33 [37f]) hatte sich der OGH nicht mit der Up-Stream-Verschmelzung befasst; auch 6 Ob 235/07p (ecolex 2008, 243 [*Karollus*]) und die *Kneisz*-Entscheidungen (6 Ob 48/12w ecolex 2013, 638 [*Hörlsberger/Rieder*] und 1 Ob 28/15x) nahmen nicht (ausdrücklich) zur Konstellation der Verschmelzung einer überschuldeten Tochter auf eine wertmäßig positive Mutter Stellung. Da die Firmenbuchpraxis in dieser Frage bisher noch geteilter Ansicht war, ist die gegenständliche E des OGH sehr begrüßenswert; schließlich erscheint es nicht schlüssig, einen Zwischenschritt durch die vorherige Sanierung der Tochtergesellschaft zu verlangen, wenn im Ergebnis durch die Verschmelzung der gleiche wirtschaftliche Effekt erreicht werden kann.

Rein aus dem Blickwinkel der Kapitalerhaltung ist eine Verschmelzung wie der gegenständlichen E zugrundeliegend somit zulässig; es steht einer Kapitalgesellschaft nämlich zweifellos zu, Verbindlichkeiten – und zwar gerade zu Sanierungszwecken – zu übernehmen. In der Konstellation einer Up-Stream-Verschmelzung einer überschuldeten Tochtergesellschaft auf eine finanziell gesunde Mutter fehlt es an der kapitalerhaltungsrechtlichen Grundlage für ein Gebot der Übertragung eines positiven Verkehrswerts. Anderes kann – wie erwähnt – dann gelten, wenn die Muttergesellschaft als übernehmende Gesellschaft durch eine solche Verschmelzung ihre eigenen Gesellschafter entlasten würde (so auch *Eckert/Schopper* in *Torggler*, GmbHG § 101 Rz 31).

Zusätzlich – und unabhängig von Fragen der Kapitalerhaltung (und daher nicht nur bei der Konzern-, sondern auch bei der Konzentrationsverschmelzung) – ist freilich auch darauf zu achten, dass die Verschmelzung keine sittenwidrige Gläubigerschädigung bewirkt (vgl. zum Folgenden *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VII.A Rz 7, VII.B Rz 2, VII.C Rz 16 ff mwN). Das durch die Up-Stream-Verschmelzung der überschuldeten Tochter auf die positive Mutter herbeigeführte *piercing of the corporate veil* (Durchbrechung des Schutzschirms des Trennungsprinzips) führt nämlich – jedenfalls momentan – durch Eindringen der Verbindlichkeiten der Tochter in die Mutter zu einer Verschlechterung der Situation der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft. Eine sittenwidrige Gläubigerschädigung wäre aber nur dann der Fall, wenn die Interessen der Gläubiger durch die Verschmelzung konkret geschmälert werden, die übernehmende Gesellschaft nach Durchführung der Verschmelzung nicht in der Lage ist, die Verbindlichkeiten der verschmolzenen Gesellschaften (dh

die Verbindlichkeiten sowohl der übertragenden als auch der übernehmenden Gesellschaft) abzudecken, und die Verschmelzung somit auf eine zu erwartende Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft hinausläuft (*J. Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 283f). Lapidar formuliert ist eine kapitalerhaltungskonforme Verschmelzung dann zulässig, wenn die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft zahlungsfähig und nicht überschuldet iSd IO ist, ansonsten ist sie unzulässig (vgl. *G. Nowotny*, ecolex 2000, 116 [118]).

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass, wenn im Zuge einer Verschmelzung negatives Vermögen übertragen werden soll und dies im Licht der Kapitalerhaltung und/oder des allgemeinen Gläubigerschutzes problematisch ist, die Verschmelzung trotzdem zulässig sein kann, wenn geeignete Ausgleichsmaßnahmen ergriffen werden (*H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein*, HB vGA Rz 1/164 mwN).

In der gegenständlichen E verfügte die Muttergesellschaft bei Weitem über ausreichend finanzielle Mittel, um das negative Eigenkapital der beiden übertragenden Tochtergesellschaften abzudecken – dies wäre allein mit dem vorgetragenen Bilanzgewinn leicht möglich gewesen. Darüber hinaus gab es ebenfalls noch freie Rücklagen in ansehnlicher Höhe. Es gab auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die übernehmende Muttergesellschaft nach der Verschmelzung buchmäßig überschuldet sei, oder dafür, dass ein Insolvenztatbestand gem §§ 66 f IO vorliegen könnte. Da auch alle anderen formalen und materiellen Voraussetzungen für die Verschmelzung vorlagen, hat der OGH dem Revisionsrekurs richtigerweise Folge gegeben.

Zusammengefasst sind uE daher bei der Up-Stream-Verschmelzung einer übertragenden Gesellschaft mit negativem Verkehrswert auf eine übernehmende Gesellschaft mit positivem Verkehrswert in der Praxis die folgenden Punkte zu beachten:

- positiver Verkehrswert der übernehmenden Gesellschaft unter Abzug des Werts der Beteiligung an der Tochtergesellschaft (vgl. *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein*, HB vGA Rz 1/163 mwN);
- Deckung der durch die Verschmelzung akkumulierten Verbindlichkeiten im ungebundenen Eigenkapital oder zumindest im Verkehrswert der verschmolzenen Gesellschaft;
- keine Insolvenzreife der übernehmenden Gesellschaft nach Durchführung der Verschmelzung.

Ist eine der genannten Voraussetzungen nicht gegeben, ist die Verschmelzung nur zulässig, wenn geeignete Ausgleichsmaßnahmen ergriffen werden (vgl. näher *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VII.C Rz 21ff).

Mag. **Heinrich Foglar-Deinhardstein**, LL.M., ist RA und Partner bei CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH. Mag. **Florian Wünscher**, LL.M., ist RAA bei CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH.