

WIRTSCHAFTSRECHT

Heinrich Foglar-Deinhardstein

Die freiwillige Bildung gebundener Rücklagen anlässlich einer Verschmelzung – kein notwendiger Satzungsbestandteil

Replik auf *Markus Umfahrer*, Die gebundene Rücklage im Verschmelzungsvorgang, NZ 2025, 622, unter Berücksichtigung des überarbeiteten Fachgutachtens KFS/RL 25

» RdW 2026/67

Wenn eine Verschmelzung auf eine Kapitalentsperrung hinausliefere, sind entsprechende Ausgleichsmaßnahmen erforderlich. Infrage kommt dabei etwa die freiwillige Bildung einer vorübergehend gebundenen Rücklage. Dafür ist nach hier vertretener Ansicht keine Festschreibung in der Satzung erforderlich.

1. Einstieg: Verbot der verschmelzungsbedingten Kapitalentsperrung; mögliche Ausgleichsmaßnahmen

Eine Verschmelzung kann einen kapitalherabsetzenden und/oder einen kapitalentsperrenden Effekt haben.¹ Nach Firmenbuchpraxis und hA – die sich im Kern auf die *Neutronics*-Entscheidung vom 11. 11. 1999² stützen können – liegt eine Kapitalentsperrung dann vor, wenn das gebundene Eigenkapital (Summe aus Nennkapital und gebundenen Rücklagen) der übertragenden Gesellschaft höher ist als das gebundene Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft.³ Diesfalls ist die Ver-

schmelzung wegen Verstoßes gegen das Gebot der Kapitalerhaltung bei der übertragenden Gesellschaft unzulässig, sofern nicht im Zuge des Verschmelzungsvorgangs geeignete Ausgleichsmaßnahmen ergriffen werden.⁴ Das Verbot der kapitalentsperrenden Wirkung gilt sowohl bei der Konzern- als auch bei der Konzentrationsverschmelzung.⁵

Dahinter steht folgende Überlegung: Eine Kapitalentsperrung führt dazu, dass die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft, die infolge der Verschmelzung untergeht, nach der Verschmelzung mit der übernehmenden Gesellschaft als Schuldnerin konfrontiert sind, die niedriger kapitalisiert ist, als es die übertragende Gesellschaft vor der Verschmelzung war. Wegen der „Staumauerfunktion“ des gebundenen Eigenkapitals⁶ führt niedrigeres gebundenes Kapital aber grds zu einem höheren Ausschüttungspotenzial, setzt somit – vor der Verschmelzung bei der übertragenden Gesellschaft gesperrtes – Haftkapital frei und tangiert daher die Interessen der Gläubiger.⁷

Als eine von mehreren möglichen Maßnahmen zum Ausgleich einer drohenden Kapitalentsperrung ist von der Firmenbuchpraxis – im Lichte eines entsprechenden Hinweises in der *Neutronics*-

1 Zur Unterscheidung zwischen diesen beiden Phänomenen *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VII.C Rz 40 ff; *Hollaus*, GesRZ 2025, 351 (355, 357); *Hügel* in FS Maier-Reimer 265 (266 ff, 270, 272 ff, 277 f); *Gaggl*, Gläubigerschutz bei Umgründung der GmbH & Co KG 124 f.

2 OGH 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b – *Neutronics*; zustimmend OGH 26. 8. 2004, 6 Ob 165/04i; 7. 11. 2007, 6 Ob 235/07p, GES 2008, 21 (*Birnbauer*) = RWZ 2008, 104 (*Wenger*) = RWZ 2008, 107 (*Wiesner*) = GesRZ 2008, 100 (*Umlauf*) = *ecolex* 2008, 243 (*Karollus*) = *Ch. Nowotny*, RdW 2009, 326; 15. 4. 2010, 6 Ob 226/09t, RWZ 2010, 264 (*Wenger*) = GesRZ 2010, 276 (*Winner/Obradović*) = ZFR 2011, 128 (*Ruhm*) = *Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2010, 328; 18. 2. 2021, 6 Ob 207/20i – *AE&E III, Fantur*, GES 2021, 57 = RWZ 2021, 186 (*Wenger*) = *H. Foglar-Deinhardstein*, GES 2021, 159 = GesRZ 2021, 186 (*Artmann*) = *Gaggl*, wbl 2021, 611; OLG Innsbruck 5. 9. 2024, 3 R 96/24b.

3 *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein/Hartig* in *FAH*, GmbHG² § 101 Rz 55; *Hollaus*, GesRZ 2024, 401, GesRZ 2025, 351 (355); *Adriouich/Hirschler*, RWZ 2025, 384 (395); vgl KFS/RL 25 (2025) Rz 166. Dieses eingeschränkte Verständnis des OGH ist mE richtig, weil die Kapitalerhaltung die Ziffer des gebundenen Eigenkapitals, aber nicht die Eigenkapitalquote

schützt (vgl *G. Eckert*, GES 2006, 383 [385]; *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh*, GesRZ 2009, 342 [345 ff]; *aA Hollaus*, GesRZ 2025, 351 [354 f, 357]; *Hügel* in FS Maier-Reimer 265 [270, 272 ff, 277 f]).

4 *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein/Hartig* in *FAH*, GmbHG² § 101 Rz 55.

5 *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein/Hartig* in *FAH*, GmbHG² § 101 Rz 55.

6 Nennkapital und gebundene Rücklagen stellen den ausschüttungsfesten Kern des Eigenkapitals dar. Dieses gebundene Eigenkapital bildet eine „Staumauer“; nur insoweit das bilanzielle Nettoaktivvermögen diese „Staumauer“ übersteigt, kann es den Bilanzgewinn speisen und darf somit ausgeschüttet werden. Zur „Staumauerfunktion“ des gebundenen Eigenkapitals *Brodmann*, GmbHG² § 30 Anm 1. a); *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht³ Rz 853, 1105; *T. Bezzenberger*, Erwerb eigener Aktien durch die AG Rz 68; *G. Eckert*, GES 2006, 383; *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, GmbH & Co KG 99 (101); *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 14, 21.

7 *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VII.C Rz 42, 45 mwN; *Hollaus*, GesRZ 2024, 401.



Entscheidung des OGH⁸ – die freiwillige vorübergehende⁹ Bildung einer gebundenen Rücklage bei der übernehmenden Gesellschaft anerkannt.¹⁰ Wird diese freiwillig gebundene Rücklage zumindest in Höhe der Differenz zwischen höherem gebundenem Kapital der übertragenden Gesellschaft einerseits und niedrigerem gebundenem Kapital der übernehmenden Gesellschaft andererseits gebildet, fällt der kapitalentsperrende Effekt weg und die Verschmelzung ist in dieser Hinsicht als zulässig zu beurteilen.¹¹

2. Karge Regelungen zu den gebundenen Rücklagen im UGB

Das UGB trifft nur kurze Anordnungen zu den gebundenen Rücklagen. § 229 UGB normiert Folgendes:

„(2) Als Kapitalrücklage sind auszuweisen:

1. der Betrag, der bei der ersten oder einer späteren Ausgabe von Anteilen für einen höheren Betrag als den Nennbetrag oder den dem anteiligen Betrag des Grundkapitals entsprechenden Betrag über diesen hinaus erzielt wird;
2. der Betrag, der bei der Ausgabe von Schuldverschreibungen für Wandlungsrechte und Optionsrechte zum Erwerb von Anteilen erzielt wird;
3. der Betrag von Zuzahlungen, die Gesellschafter gegen Gewährung eines Vorzugs für ihre Anteile leisten;
4. die Beträge, die bei der Kapitalherabsetzung gemäß den §§ 185, 192 Abs 5 AktG und § 59 GmbHG zu binden sind;
5. der Betrag von sonstigen Zuzahlungen, die durch gesellschaftsrechtliche Verbindungen veranlaßt sind.

(3) Als Gewinnrücklagen dürfen nur Beträge ausgewiesen werden, die im Geschäftsjahr oder in einem früheren Geschäftsjahr aus dem Jahresüberschuß gebildet worden sind.

(4) Aktiengesellschaften und große Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 221 Abs 3) haben gemäß den folgenden Abs 5 bis 7 gebundene Rücklagen auszuweisen, die aus der gebundenen Kapitalrücklage und der gesetzlichen Rücklage bestehen.

(5) In die gebundene Kapitalrücklage sind die in Abs 2 Z 1 bis 4 genannten Beträge einzustellen. Der Gesamtbetrag der gebundenen Teile der Kapitalrücklage ist in dieser gesondert auszuweisen.

(6) In die gesetzliche Rücklage ist ein Betrag einzustellen, der mindestens dem zwanzigsten Teil des um einen Verlustvortrag ge-

minderten Jahresüberschusses entspricht, bis der Betrag der gebundenen Rücklagen insgesamt den zehnten oder den in der Satzung bestimmten höheren Teil des Nennkapitals erreicht hat.

(7) Die gebundenen Rücklagen dürfen nur zum Ausgleich eines ansonsten auszuweisenden Bilanzverlustes aufgelöst werden. Der Verwendung der gesetzlichen Rücklage steht nicht entgegen, dass freie, zum Ausgleich von Wertminderungen und zur Deckung von sonstigen Verlusten bestimmte Rücklagen vorhanden sind.“

3. Die Ansicht Markus Umfahrs

Jüngst hat Markus Umfaher Überlegungen zur „gebundene[n] Rücklage im Verschmelzungsvorgang“ veröffentlicht.¹² Neben verschiedenen zustimmungswürdigen Thesen in diesem Aufsatz fordert insb ein aufgestelltes Postulat zum Widerspruch heraus, nämlich dass für die freiwillige Bildung gebundener Rücklagen eine dahin gehende Festlegung durch Verschmelzungsvertrag oder Gesellschafterbeschluss nicht ausreiche,¹³ sondern eine Grundlage in der Satzung erforderlich sei.

Dies begründet M. Umfaher im Wesentlichen folgendermaßen:

- Die gesetzlichen Tatbestände des § 229 Abs 5, 6 UGB – gebundene Kapitalrücklage (Abs 5) und gesetzliche Rücklage (Abs 6) – würden den Fall einer freiwillig gebundenen Rücklage nicht erfassen.¹⁴ Eine analoge Anwendung von § 229 Abs 5 UGB scheide aus, weil einerseits die freiwillig gebundene Rücklage – abweichend von der Rücklage gem Abs 5 – nicht als Kapital-, sondern als Gewinnrücklage zu qualifizieren sei, und andererseits eine analoge Anwendung des ja ggf zwingend anzuwendenden Abs 5 dem Rechtsanwender die vom OGH gewollte freie Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Optionen zum Ausgleich der Kapitalentsperrung nehmen würde.¹⁵
- Ohnedies sei fraglich, wie die gesetzlich fehlende Bindungswirkung der Rücklage bei GmbHs ermöglicht werden solle, die nicht groß iSv § 229 Abs 4 UGB sind.¹⁶
- Hingegen folge aus § 224 Abs 3 A.III. Z 2 UGB ebenso wie aus § 82 Abs 1 GmbHG und § 52 AktG, dass die Gesellschafter im Wege einer Satzungsbestimmung eine Rücklage etablieren können.¹⁷ Demgegenüber sei ein Gesellschafterbeschluss oder eine Festlegung im Verschmelzungsvertrag zur Bildung einer Rücklage nicht

⁸ „Die Kapitalherabsetzung zur Rücklagenbildung für die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger ist jedenfalls dann als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Verschmelzung zu fordern, wenn nicht auf andere Weise die Sicherstellung der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt der Kapitalerhaltung gewährleistet und dem Firmenbuchgericht nachgewiesen wird. Zu denken ist an eine aus einer Eröffnungsbilanz der übernehmenden Gesellschaft (zur Aufstellung einer solchen ist diese allerdings gesetzlich nicht verpflichtet) hervorgehende Bilanzierung der übernommenen Aktiva als gebundene Rücklagen zur Gläubigerbefriedigung [...]“

⁹ Zu konkreten Vorschlägen für die Befristung der freiwilligen Bindung Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 224 Rz 13; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VII.C Rz 57; G. Nowotny, ecolx 2000, 800.

¹⁰ Vgl auch KFS/RL 11 (2016) Rz 31; G. Eckert in Kals/Fleischer/Vogt, Bahnbrechende Entscheidungen 225 (232).

¹¹ Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VII.C Rz 57; Adriouich/Hirschler, RWZ 2025, 384 (395); KFS/RL 25 (2025) Rz 167.

¹² M. Umfaher, NZ 2025, 622.

¹³ Eine Festlegung im Verschmelzungsvertrag und/oder in einem Beschluss der Anteilseigner für ausreichend haltend KFS/RL 25 (2025) Rz 167; Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 224 AktG Rz 63; Schörghofer in Doralt/Nowotny/Kals, AktG³ § 224 Rz 20; Ch. Nowotny in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 15.40; Grünwald/Ch. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen Art I UmgrStG Rz 119; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VII.C Rz 57; Adriouich/Hirschler, RWZ 2025, 384 (395); wohl auch Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 224 Rz 13. Michael Umfaher (GmbH⁷ Rz 17.91 FN 3298) hält sogar die bloße Einstellung in eine gebundene Rücklage in der Eröffnungsbilanz der übernehmenden Gesellschaft für genügend.

¹⁴ M. Umfaher, NZ 2025, 622 (624).

¹⁵ M. Umfaher, NZ 2025, 622 (625, 630).

¹⁶ M. Umfaher, NZ 2025, 622 (625, 630).

¹⁷ M. Umfaher, NZ 2025, 622 (625).

ausreichend.¹⁸ Eine Satzungsbestimmung – die im Firmenbuch ersichtlich ist – sei schon zur Wahrung der Publizität notwendig.¹⁹ Diese Argumente stehen im Widerspruch zum überarbeiteten Fachgutachten des Fachsenats für Unternehmensberichterstattung (Rechnungslegung und Nachhaltigkeitsberichterstattung) der Kammer der Steuerberater:innen und Wirtschaftsprüfer:innen zur Rechnungslegung bei Umgründungen (KFS/RL 25) iDF 2025²⁰ und können mE wie folgt widerlegt werden:

4. Stellungnahme

4.1. Aus § 229 Abs 4 UGB ist für die Zulässigkeit der freiwilligen Bildung gebundener Rücklagen nichts zu gewinnen

Richtig ist, dass § 229 Abs 4 UGB nur für AGs (und SEs) und große GmbHs (und FlexCos) eine *Verpflichtung* vorsieht, gebundene Rücklagen auszuweisen. Schon nach einer reinen Wortlautinterpretation kann aber aus einem solchen *Gebot* des *zwingenden* Ausweises nicht im Umkehrschluss ein *Verbot* abgeleitet werden, solche oder ähnliche gebundene Rücklagen – sei es bei AGs, SEs und großen GmbHs und FlexCos, sei es bei anderen GmbHs und FlexCos – allenfalls *freiwillig* zu bilden.²¹ Aus der Anordnung einer bestimmten Maßnahme für einen definierten Sachverhalt kann denklogisch nicht das Verbot einer solchen Maßnahme für nicht von der Definition erfasste Sachverhalte gefolgert werden. Ganz allgemein gibt es im Rechnungslegungsrecht kein Verbot dessen, was nicht ausdrücklich vorgeschrieben wäre.

So enthalten etwa §§ 244 ff UGB detaillierte Vorschriften über die Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses. Und § 268 UGB regelt, in welchen Fällen eine Pflicht zur Abschlussprüfung besteht. Daraus resultiert aber naturgemäß nicht, dass es einer Kapitalgesellschaft außerhalb des Anwendungsbereichs der jeweiligen Verpflichtung nicht dennoch gestattet wäre, *freiwillig* einen Konzernabschluss aufzustellen²² oder *freiwillig* eine Abschlussprüfung durchzuführen.²³ Man wird prinzipiell sagen können, dass es nicht

Aufgabe des Rechnungslegungsrechts sein kann, ein freiwilliges Mehr an Verkehrs- und Gläubigerschutz gegenüber dem gesetzlich zwingenden Mindestmaß zu unterbinden.²⁴

Auch die in § 224 UGB abgebildeten Bilanzposten bilden daher keinen taxativen Kanon, sondern nur ein Mindestfordernis für die Struktur einer Bilanz. Und unabhängig davon kann daraus, dass eine in der wirtschaftlichen und rechtlichen Realität existierende Aktiv- oder Passivposition nicht passgenau einem der in § 224 UGB aufgezählten Posten zugeordnet werden kann, nicht auf deren Unzulässigkeit geschlossen werden. Es wird ja etwa auch nicht die Unzulässigkeit von Mezzanin- oder anderem Hybridkapital daraus gefolgert, dass § 224 UGB keinen entsprechenden Passivposten anbietet.²⁵ Schon das Gesetz selbst eröffnet mit § 223 Abs 4 UGB die – angesichts der Vielfalt des Wirtschaftslebens einerseits und vor allem auch der Privatautonomie andererseits – erforderliche Elastizität, indem dort festgelegt wird: „*Zusätzliche Posten und Zwischensummen dürfen hinzugefügt werden, wenn ihr Inhalt nicht von einem vorgeschriebenen Posten gedeckt wird. Die Aufnahme weiterer zusätzlicher Posten ist geboten, soweit es zur Erreichung der im § 222 Abs. 2 umschriebenen Zielsetzung erforderlich ist.*“

Dass weder § 224 noch § 229 UGB explizit freiwillig gebundene Rücklagen erwähnen, lässt also weder darauf schließen, dass die Bildung solcher Rücklagen nicht möglich, noch darauf, dass dies unzulässig wäre. Im Gegenteil steht es jeder Kapitalgesellschaft frei, gebundene Rücklagen auszuweisen. Dies wird im Übrigen im Ergebnis auch von *M. Umfahrer* bestätigt, wenngleich er die freiwillige Bildung gebundener Rücklagen – wie erwähnt – an eine entsprechende Satzungsregelung binden möchte.

Dass eine satzungsmäßige Grundlage für freiwillig gebundene Rücklagen erforderlich sei, zu diesem Schluss kommt *M. Umfahrer* aber nur aufgrund dreier Annahmen, denen nicht zuzustimmen ist: (1.) Die freiwillige Bildung gebundener Rücklagen iSv § 229 Abs 5, 6 UGB sei wegen § 229 Abs 4 UGB verboten (siehe soeben). (2.) Die freiwillige Bildung gebundener Rücklagen müsse in einer in § 224 UGB explizit genannten Passivposition Deckung finden (siehe soeben). (3.) Freiwillig gebundene Rücklagen könnten nur aus der Innenfinanzierung der Gesellschaft gespeist werden (siehe sogleich noch Abschnitt 4.2.).

4.2. Wird ein kapitalentsperrender Effekt rücklagenbasiert ausgeglichen, ist die Quelle der Finanzierung der Rücklagen irrelevant

Wie von *M. Umfahrer* richtig dargestellt, ist bei den Rücklagen zwischen Kapital- und Gewinnrücklagen zu unterscheiden. Kapitalrücklagen werden *von außen* finanziert – es geht hier um Geld- oder Sachleistungen mit Einlage- oder Zuwendungscharakter, die aus

18 *M. Umfahrer*, NZ 2025, 622 (626, 630).

19 *M. Umfahrer*, NZ 2025, 622 (626).

20 Zur überarbeiteten Fassung dieses Fachgutachtens *Adriouich/Hirschler*, RWZ 2025, 384. Zur rechtlichen Einordnung derartiger Fachgutachten *Ladler*, Soft Law und Sorgfaltspflichten 3, 27, 38, 47, 250 ff; *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2024, 38 (44); *H. Foglar-Deinhardstein*, RWZ 2024, 252 (254).

21 Ähnlich (zumindest hinsichtlich freiwillig gebundener Kapitalrücklagen) *Hübner-Schwarzinger/Konezny* in *Hirschler*, Bilanzrecht² § 229 UGB Rz 50.

22 Zur Zulässigkeit der freiwilligen Aufstellung eines Konzernabschlusses *Ch. Nowotny* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 244 Rz 8/1; *Müller/Wiedermann* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 268 Rz 10; *Steckel* in *Torggler*, UGB³ § 268 Rz 10; *Leitner-Hanetseder/Maschek* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 268 Rz 8; *Köll/Müller* in *Zib/Dellinger*, UGB § 268 Rz 12; *Janschek/Mannsberger* in *Aschauer/Bertl/Fröhlich/Mandl*, HB RLG (24. Lfg 2022) § 244 UGB Rz 5; *Schummer* in *Bertl/Mandl*, HB RLG (23. Lfg 2020) § 268 UGB Rz 10.

23 Zur Zulässigkeit der freiwilligen Abschlussprüfung *Casey* in *Hirschler*, Bilanzrecht² § 273 UGB Rz 21 ff; *Kienast/Twardosz* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, HB GV² Rz 3.413; *J. Reich-Rohrwig* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 10.1; *Leitner-Hanetseder/Maschek* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 270 Rz 30; *Gelter* in *Bertl/Mandl*, HB RLG (23. Lfg 2020) § 270 UGB Rz 42; *Köll/Müller* in *Zib/Dellinger*, UGB § 268 UGB Rz 13; *Völkl/Gedlicka/Hirschböck* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 270 Rz 13.

24 Vgl *Gelter* in *Bertl/Mandl*, HB RLG (23. Lfg 2020) § 270 UGB Rz 35; *Winkler-Janovsky* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 224 Rz 1, 50.

25 Vgl *Stanek/Urnik/Urtz* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 202 Rz 12; *Winkler-Janovsky* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 223 Rz 22, § 224 Rz 65; *Ressler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 229 Rz 10/7; *Hirschler/Sulz/Schaffer* in *Hirschler*, Bilanzrecht² § 224 UGB Rz 109; *Hirschler/Reinold* in *Hirschler*, Bilanzrecht² § 241 UGB Rz 25.



der Sphäre der Anteilseigner in die Gesellschaft zugeschossen und eingebracht werden. Gewinnrücklagen hingegen finanziert die Gesellschaft selbst *von innen*, nämlich aus ihren Jahresüberschüssen.

Überraschend hält *M. Umfahrer* dann fest, dass „die Rücklage zur Vermeidung des Eintritts des kapitalherabsetzenden Effekts jedenfalls nicht als Kapital-, sondern als Gewinnrücklage zu qualifizieren“ wäre. Es liege nämlich „kein Zuschuss von dritter Seite zur Stärkung des Eigenkapitals der Gesellschaft vor. Vielmehr ist die Umwandlung eines ansonsten auszuweisenden Bilanzgewinns in eine gebundene Rücklage beabsichtigt, um den (potenziellen) Vermögensabfluss an die Gesellschafter im Ausmaß des kapitalherabsetzenden Effekts zu vermeiden.“²⁶

Diese These entspricht sicherlich nicht dem Verständnis des OGH, das in der *Neutronics*-Entscheidung zum Ausdruck kam, heißt es dort doch: „Zu denken ist an eine [...] Bilanzierung der übernommenen Aktiva als gebundene Rücklagen zur Gläubigerbefriedigung.“ Der *erksEn* hatte also offensichtlich jene Kapitalrücklage vor Augen, die aus dem anlässlich der Verschmelzung in die übernehmende Gesellschaft von außen – nämlich aus der übertragenden Gesellschaft – zufließenden Eigenkapital – als komplementäre passivseitige Restgröße zu den übernommenen Aktiva nach Abzug von Verbindlichkeiten etc – zu bilden ist. Dieser Gedankengang ist auch deswegen logisch, weil eine potenzielle Kapitalentsperrung ja gerade dann und deswegen problematisch ist, wenn und weil (a) der übernehmenden Gesellschaft seitens der übertragenden Gesellschaft per Saldo ein positiver Verkehrswert und damit idR neues Eigenkapital zukommt, (b) die „Stauwand“ des gebundenen Eigenkapitals bei der übernehmenden Gesellschaft niedriger ist als bei der übertragenden und (c) das verschmelzungsbedingt von der übernehmenden Gesellschaft absorbierte zusätzliche Eigenkapital daher – sofern es in eine ungebundene Rücklage gebucht wird – jederzeit in Bilanzgewinn umgegossen und dann ausgeschüttet werden könnte. Die naheliegendste Ausgleichsmaßnahme besteht daher gerade darin, die durch die Verschmelzung aufgefüllte freie Kapitalrücklage im notwendigen Ausmaß freiwillig zu binden und sie damit einer Ausschüttungssperre zu unterwerfen.²⁷

Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass nicht jede Verschmelzung zu einer Auffüllung der ungebundenen – bzw allenfalls freiwillig gebundenen – Kapitalrücklage führt. In erster Linie ist eine solche Expansion der Kapitalrücklage bei *Down-Stream*- (§ 224 Abs 3 AktG) und *Side-Stream*-Verschmelzungen (§ 224 Abs 2 Z 1 AktG) der Fall, soweit diese ohne Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft durchgeführt werden (müssen bzw dürfen).²⁸ Findet eine Verschmelzung mit der Gewährung

von Anteilen aus einer *Kapitalerhöhung* bei der übernehmenden Gesellschaft statt, so ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Nominale der Kapitalerhöhung und einem allfällig höheren Wert des Vermögens der übertragenden Gesellschaft – das Verschmelzungsgagio – in die Kapitalrücklage iSd § 229 Abs 2 Z 1 UGB einzubuchen, die nur dann ungebunden ist, wenn die übernehmende Gesellschaft eine kleine oder mittelgroße GmbH/FlexCo ist (§ 221 Abs 4 UGB); andernfalls ist diese Kapitalrücklage schon von Gesetzes wegen zu binden.²⁹ Bei einer Verschmelzung mit Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft wird die Kapitalentsperrung also möglicherweise schon von vornherein (zumindest teilweise) durch die Erhöhung des Nennkapitals der übernehmenden Gesellschaft und die Einstellung des Verschmelzungsgagios in deren gebundene Kapitalrücklage verhindert.³⁰ Aus einer *Up-Stream*-Verschmelzung (§ 224 Abs 1 Z 1 AktG) hingegen kann es zu keiner Dotierung von Kapitalrücklagen kommen, weil es dabei an einem Außenfinanzierungsvorgang fehlt³¹ – die übernehmende Gesellschaft erwirbt nichts, was sie nicht – indirekt – ohnedies schon hatte. Die *Up-Stream*-Verschmelzung führt daher zu einem laufenden Ertrag, der in der GuV als Sonderposten vor der Position „Jahresüberschuss/Fehlbetrag“ auszuweisen ist.³²

Somit zeigt sich, dass nicht jede Verschmelzung neue freie Kapitalrücklagen hervorsprudeln lässt, die dann durch freiwillige Bindung zum Ausgleich einer andernfalls eintretenden Kapitalentsperrung eingefasst werden könnten. Es stellt sich daher die Frage, ob alternativ oder ergänzend zu neuen Kapitalrücklagen auch bereits bestehende freie Kapitalrücklagen oder (alte oder neue) freie Gewinnrücklagen sowie allenfalls auch ein vortragender Bilanzgewinn für die freiwillige Bindung von Rückla-

Jabornegg/Artmann, UGB² § 202 Rz 14; *Hübner-Schwarzinger/Konezny in Hirschler*, Bilanzrecht² § 229 UGB Rz 38; *Bergmann in Fraberger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Ludwig/Mayr*, HB Sonderbilanzen, 4.1.2.1.; *Mayr/Wellingner in Fraberger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Ludwig/Mayr*, HB Sonderbilanzen, 3.3.6. Beispiel 5; *Stanek*, Einlagen und Umgründungen im Konzern 128 f; *Hübner-Schwarzinger in Aschauer/Bertl/Fröhlich/Mandl*, HB RLG (25. Lfg 2023) § 202 Abs 2 UGB Rz 8, 14; *Ludwig/Hirschler*, Umgründungen³ Rz 3.73, 3.190 ff; *Hügel in FS Maier-Reimer 265 (275)*; aA („gebunden“) *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 220 AktG Rz 65.

29 KFS/RL 25 (2025) Rz 110; *Bergmann/Finsterer in Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 235 Rz 10; *Vanas in Zib/Dellinger*, UGB § 235 Rz 28; *Schiemer-Haberl in Jabornegg/Artmann*, UGB² § 202 Rz 14; *Hübner-Schwarzinger/Konezny in Hirschler*, Bilanzrecht² § 229 UGB Rz 38; *Ludwig/Strimitzer in Hirschler*, Bilanzrecht² § 235 UGB Rz 33; *Bergmann in Fraberger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Ludwig/Mayr*, HB Sonderbilanzen 4.1.2.1.; *Ludwig/Hirschler*, Umgründungen³ Rz 3.73; *Hügel in FS Maier-Reimer 265 (275)*; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V.B Rz 25 f; vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 220 AktG Rz 70, 73.

30 *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VII.C Rz 41, 49 mwN; *G. Eckert*, GES 2006, 383 (388 – mit Beispielen eines bloß teilweisen Ausgleichs der Kapitalentsperrung durch die Kapitalerhöhung); vgl *Hügel in FS Maier-Reimer 265 (268, 269 FN 19)*. Hier schimmert also einmal mehr der **Dualismus Kapitalaufbringung – Kapitalerhöhung** durch (vgl *H. Foglar-Deinhardstein in FAH*, GmbHG² § 82 Rz 22).

31 *Bergmann/Finsterer in Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 235 Rz 14.

32 KFS/RL 25 (2025) Rz 97 f; *Bergmann/Finsterer in Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 235 Rz 18; *Vanas in Zib/Dellinger*, UGB § 235 Rz 29; *Bergmann in Fraberger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Ludwig/Mayr*, HB Sonderbilanzen 4.1.2.1.; *Ludwig/Hirschler*, Umgründungen³ Rz 3.165; *Hügel in FS Maier-Reimer 265 (275)*; ähnlich *Hübner-Schwarzinger/Konezny in Hirschler*, Bilanzrecht² § 229 UGB Rz 38.

26 *M. Umfahrer*, NZ 2025, 622 (625).

27 So auch KFS/RL 25 (2025) Rz 168. Vgl schon *Kalss* (Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 224 AktG Rz 63) und *G. Eckert* (GES 2006, 383 [389], 436 [440]): „Für diese Lösung [des Ausgleichs durch eine freiwillig gebildete gebundene Rücklage] spricht, dass die [grds zwingende] Bildung einer [gebundenen] Rücklage im Rahmen einer [verschmelzungsbedingten] Kapitalerhöhung [aus dem Verschmelzungsgagio] ausreicht, den kapitalherabsetzenden Effekt auszugleichen.“

28 KFS/RL 25 (2025) Rz 104, 110; *Stanek/Urnik/Urtz in Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 202 Rz 26 f; *Bergmann/Finsterer in Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 235 Rz 10; *Vanas in Zib/Dellinger*, UGB § 235 Rz 28; *Schiemer-Haberl in*

gen in Anspruch genommen werden dürfen. ME ist diese Frage mit einem klaren Ja zu beantworten.³³ Beim Ausgleich einer drohenden Kapitalentsperrung geht es um Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz. Aus der Perspektive dieses Schutzzwecks ist es aber nicht relevant, ob das bisher ungebundene und nunmehr freiwillig gebundene Eigenkapital von außen oder von innen finanziert worden ist (siehe auch § 2 Abs 3 KapBG, der ebenso wenig zwischen Kapital- und Gewinnrücklagen differenziert). Entscheidend ist vielmehr lediglich, dass ein vorhandenes Ausschüttungspotenzial in einem solchen Ausmaß gegen Ausschüttungen gesperrt wird, dass wieder das Niveau der Kapitalbindung („Staumauer“) in der übertragenden Gesellschaft erreicht wird.

Im Ergebnis können daher alle ungebundenen Eigenkapitalpositionen – also alle jene, die nicht Nennkapital oder gebundene Rücklagen sind – durch freiwillige Bindung in gebundene Rücklagen umgegossen werden, um damit eine ansonsten eintretenden Kapitalentsperrung auszugleichen.³⁴ Ob diese ungebundenen Eigenkapitalpositionen von außen oder von innen finanziert worden sind, ist aus Sicht der Kapitalerhaltung und des Gläubigerschutzes nicht von Bedeutung.

4.3. Auch Gesellschaften, die nicht von § 229 Abs 4 UGB erfasst sind, können gebundene Rücklagen bilden

Immer wieder wurde infrage gestellt, ob Gesellschaften, die nicht von § 229 Abs 4 UGB erfasst sind, überhaupt in der Lage seien, gebundene Rücklagen zu bilden, zumal § 229 Abs 4 UGB ja nur für AGs und große GmbHs/FlexCos den Ausweis gebundener Rücklagen anordne.³⁵ Wie schon ausgeführt (siehe Abschnitt 4.1.), ist es zum einen nicht angezeigt, aus der *Verpflichtung* für bestimmte Gesellschaften, gebundene Rücklagen zu dotieren, ein *Verbot* für alle anderen Gesellschaften zu einer solchen oder einer ähnlichen Dotierung abzuleiten. Zum anderen zeigen weitere Gesetzesbestimmungen, dass das Gesetz mit zwangloser Selbstverständlichkeit davon ausgeht, dass alle Kapitalgesellschaften gebundene Rücklagen haben können.³⁶

Ins Auge fällt zunächst § 3 Abs 1 SpaltG, der gestattet, dass bei einer Spaltung zur Neugründung gebundene Rücklagen der übertragenden Gesellschaft „auf die neuen Gesellschaften übertragen werden [dürfen]. Für solche Rücklagen gilt auch bei kleinen Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 229 Abs. 7 UGB.“ Diese Bestimmung bedeutet, dass bei einer Spaltung zur Neugründung auch eine nicht von § 229 Abs 4 UGB erfasste GmbH oder FlexCo gebundene Rücklagen dotieren kann.³⁷

³³ So auch KFS/RL 25 (2025) Rz 168.

³⁴ So implizit auch KFS/RL 11 (2016) Rz 31 und explizit nunmehr KFS/RL 25 (2025) Rz 168. Zustimmend *Adriouich/Hirschler*, RWZ 2025, 384 (395).

³⁵ So etwa *C. Schindler/K. Schindler* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 101 Rz 7.

³⁶ *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, GesRZ 2013, 198 (202).

³⁷ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 3 SpaltG Rz 22. *G. Eckert* (GES 2006, 436 [440, 442]) leitet aus § 3 Abs 1 SpaltG analog (nur, aber immerhin) ab, dass auch bei einer Verschmelzung die überneh-

mers ist an § 59 GmbHG zu denken: Diese Norm gestattet die vereinfachte Kapitalherabsetzung zur Abdeckung von Verlusten einer GmbH oder FlexCo. Dabei können – begleitend zur Verlustabdeckung – Beträge, die durch die Kapitalherabsetzung frei werden, in die gebundene Kapitalrücklage eingestellt werden, um für zukünftige Verlustperioden vorzusorgen.³⁸ Diese freiwillige Einstellung in gebundene Rücklagen im Zuge einer vereinfachten Kapitalherabsetzung ist nach hA auch für kleine und mittelgroße GmbHs und FlexCos möglich, weil ihnen die Vorsorge für zukünftige Verluste nicht verschlossen sein soll.³⁹

Ferner sieht § 229 Abs 6 UGB vor, dass die gesetzliche Rücklage aufzufüllen ist, bis der Betrag der gebundenen Rücklagen insgesamt den zehnten oder den in der Satzung bestimmten höheren Teil des Nennkapitals erreicht hat. Daran zeigt sich implizit, dass eine freiwillige Erhöhung der gebundenen Rücklagen möglich ist.⁴⁰

Schließlich ist daran zu erinnern, dass gebundene Rücklagen einer großen GmbH/FlexCo auch dann erhalten bleiben, wenn diese Gesellschaft zu einer mittelgroßen oder kleinen Gesellschaft absinkt.⁴¹ Daraus lässt sich ebenfalls erkennen, dass gebundene Rücklagen auch bei nicht von § 229 Abs 4 UGB erfassten Gesellschaften existieren können.⁴²

Insgesamt ist somit kein rechtlicher Grund ersichtlich, warum nicht auch mittelgroße, kleine und kleinste GmbHs und FlexCos gebundene Rücklagen ausweisen können sollten, zumal wenn diese freiwillig gebildet werden.

4.4. Eine Satzungsänderung geht nicht mit höheren Form-, Publizitäts- oder Mehrheitserfordernissen einher als der Verschmelzungsvorgang

M. Umfahrer vertritt, dass eine Festlegung von freiwillig gebundenen Rücklagen im Verschmelzungsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss schon deswegen nicht ausreiche, weil nur eine

mende Gesellschaft – unabhängig von ihrer Größenklasse – gebundene Rücklagen der übertragenden Gesellschaft weiterführen kann.

³⁸ *Bachner*, RWZ 2000, 137 (139).

³⁹ *Bachner*, RWZ 2000, 137 (139); *Kalss* in *Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer*, Sonderbilanzen bei Umgründungen 91 (98); *J. Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 259, 261; *G. Eckert*, GES 2006, 383 (386); *Prinz* in *FAH*, GmbHG² § 59 Rz 8; *M. Heidinger/Precht* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 59 Rz 13; *Diregger/Fichtinger* in *Torggler*, GmbHG § 59 Rz 4; *Bergmann/Finsterer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 235 Rz 8; *Bergmann* in *Fraberger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Ludwig/Mayr*, HB Sonderbilanzen 4.1.1.2.; *Habsburg-Lothringen*, Gläubigerschutz bei Umwandlungen 223 FN 1090; *aA Völkl* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 59 Rz 25, 39; OLG Wien 18. 4. 2016, 28 R 318/15p. *Koppensteiner/Rüffler* (GmbHG³ § 59) äußern zunächst vorsichtig, dass bei kleinen und mittleren GmbHs die Rücklagenbildung nach § 59 Abs 1 Satz 1 GmbHG „in der Tat ausgeschlossen sein [dürfte]“ (aaO Rz 5), relativieren diese Aussage aber dann dadurch, dass sie die Anwendung von § 59 Abs 2 GmbHG iVm § 185 AktG auch auf kleine und mittlere GmbHs postulieren (aaO Rz 18; so übrigens auch *Bachner*, RWZ 2000, 137 [140]; *J. Reich-Rohrwig*, GesRZ 2001, 69 [70]) und damit zumindest anerkennen, dass die Bildung gebundener Rücklagen für kleine und mittlere GmbHs doch grds möglich ist.

⁴⁰ *G. Eckert*, GES 2006, 436 (440).

⁴¹ *Ch. Nowotny*, GesRZ 1996, 68 (72); *Chalupsky/Ecker/Duursma* in *Aschauer/Bertl/Fröhlich/Mandl*, HB RLG (27. Lfg 2024) § 229 UGB Rz 118; *Edelmann* in *FAH*, GmbHG² § 23 Rz 19 mwN; *M. Umfahrer*, NZ 2025, 622 (629).

⁴² *Bachner*, GesRZ 1998, 2 (7); *Bachner*, RWZ 2000, 137 (139).



im Firmenbuch ersichtliche Satzungsbestimmung die Publizität wahr.⁴³ Für die entsprechende Satzungsänderung genüge ein Beschluss in Form eines notariellen Protokolls.⁴⁴

Diese Position vermag freilich nicht stichhaltig zu begründen, weshalb hinsichtlich der freiwilligen Bindung von Rücklagen die Notwendigkeit einer Satzungsregelung bestehen soll: Sowohl der Verschmelzungsvertrag (§ 222 AktG) als auch der Verschmelzungsbeschluss der übernehmenden Gesellschaft (§ 120 Abs 1 AktG, § 98 GmbHG) bedürfen der notariellen Beurkundung, sind im Firmenbuch einzutragen und müssen – genauso wie die Satzung – über die Urkundensammlung des Firmenbuchs offengelegt werden. Der Verschmelzungsbeschluss muss – ebenso wie der satzungsändernde Beschluss – von einer Dreiviertelmehrheit getragen werden.⁴⁵ Im Aktienrecht wäre bei entsprechender Satzungsregelung sogar eine geringere Mehrheit für die Satzungsänderung ausreichend, während der Verschmelzungsbeschluss jedenfalls zumindest ein 75%-Quorum erfordert.

Wenn daher im Verschmelzungsvertrag oder im Verschmelzungsbeschluss – und/oder in einem Gesellschafterbeschluss der übernehmenden Gesellschaft, der der Verschmelzungsdokumentation angeschlossen oder zumindest sonst im Firmenbuch offengelegt wird, – die freiwillige Bildung einer gebundenen Rücklage festgelegt wird, gibt es hinsichtlich der Formpflicht, der Publizität und des Mehrheitserfordernisses keinen Niveau-Unterschied zur Festschreibung in der Satzung. Im Gegenteil wäre eine Satzungsregelung eine unnötige Verdoppelung,⁴⁶ die allenfalls sogar eher zur Verwirrung des Rechtsverkehrs führen könnte.⁴⁷

Auch die Argumentation von *M. Umfahrer* selbst zeigt letztlich nichts anderes. Angesichts eines denkbaren Szenarios, in dem die Satzungsregelung zur freiwilligen Bindung der Rücklage durch die Anteilseignerversammlung beseitigt wird, obwohl die festgelegte Frist für die Rücklagenbindung noch nicht abgelaufen ist, vertritt *M. Umfahrer* nämlich Folgendes: Die Aufhebung der Satzungsbestimmung sei zulässig; die freiwillige Bindung der Rücklage laufe aber dennoch bis zum Ende der ursprünglich festgelegten Frist weiter.⁴⁸

Diese Ansicht ist mE *per se* zustimmungswürdig. Sie entzieht aber dem Argument, die Festlegung der freiwilligen Rücklagenbildung müsse um der Publizität willen in der Satzung stattfinden, den Boden. Wenn nämlich die relevante Satzungsregelung nachträglich gestrichen werden kann – wodurch gerade die ins Treffen geführte Publizität wegfällt –, ohne dadurch die freiwillige Bindung der Rücklage zu beeinträchtigen, so besteht auch von Anfang an kein sachlicher Grund für eine Festschreibung in der Satzung. Eine entsprechende Bestimmung im Verschmelzungsvertrag oder

in einer Anlage zur Verschmelzungsdokumentation ist aus Sicht des Verkehrs- und Gläubigerschutzes ein wesentlich informativeres und transparenteres Instrument, zumal sich die Verschmelzungsdokumentation – anders als die Satzung – nach ihrer Firmenbucheintragung nicht mehr verändern lässt.⁴⁹

4.5. Für die freiwillige Bildung gebundener Rücklagen ist grundsätzlich das Leitungsorgan der Kapitalgesellschaft zuständig

Für die freiwillige Bildung gebundener Rücklagen ist mE das jeweilige Leitungsorgan – Geschäftsführung oder Vorstand oder bei der SE ggf die geschäftsführenden Direktoren – zuständig,⁵⁰ weil – wie sich schon aus § 222 Abs 1 UGB ergibt – das Leitungsorgan für die Aufstellung des Jahresabschlusses verantwortlich ist und daher auch die Kompetenz zur Dotierung von Rücklagen hat.⁵¹ Mit „Kompetenz“ ist die operativ-technische Zuständigkeit gemeint, die inhaltlich im Rahmen der Vorgaben von Gesetz und Satzung und sonst im mit der gebotenen Sorgfalt auszuübenden Ermessen wahrzunehmen ist.

Durch die Dotierung von Rücklagen – zumal von gebundenen – kann das Leitungsorgan naturgemäß das Ausschüttungspotenzial der Gesellschaft – auch empfindlich – reduzieren und die Anteilseigner damit – teilweise oder gänzlich – von der Dividendenausschüttung abschneiden.⁵² Zum Schutz der Anteilseigner, aber auch der Gesellschaft selbst⁵³ kann daher im Zuge der Feststellung des Jahresabschlusses das dafür zuständige Organ – bei GmbH und FlexCo die Generalversammlung, bei der AG grds der Aufsichtsrat, bei der SE ggf grds der Verwaltungsrat – Dotierungen oder Auflösungen von Rücklagen anordnen und im Zuge dessen auch eine vom Leitungsorgan bei der Aufstellung der Bilanz vorgenommene Bildung oder Auflösung von Rücklagen rückgängig machen, soweit dem nicht zwingendes Bilanz- oder Gesellschaftsrecht oder die Satzung entgegenstehen.⁵⁴ Bei GmbH und FlexCo können die Gesellschafter durch Beschluss

⁴³ *M. Umfahrer*, NZ 2025, 622 (626).

⁴⁴ *M. Umfahrer*, NZ 2025, 622 (626).

⁴⁵ So auch *M. Umfahrer*, NZ 2025, 622 (626).

⁴⁶ Kritisch zu doppelten Formpflichten *Michael Umfahrer*, GesRZ 2010, 320 (325 f).

⁴⁷ Rechtlich gebotene Transparenz wird nicht durch ungesteuerte Informationsüberflutung gewährleistet, sondern durch quantitativ und qualitativ angemessene Aufbereitung und Darbietung der Information, die deren Erschließbarkeit und Verständlichkeit sicherstellt (*Kalss* in FS Doralt 275 [278]; *H. Foglar-Deinhardstein/Hartig* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, HB Vorstand² Rz 29.16).

⁴⁸ *M. Umfahrer*, NZ 2025, 622 (628 ff).

⁴⁹ Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 220 AktG Rz 10, 14; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. A Rz 13, 19.

⁵⁰ So zur Bildung von zweckgebundenen Rücklagen auch *Blumauer/Jernej* in *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, HB AG² Rz 12.333.

⁵¹ OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07h, RWZ 2007, 261 (*Wenger*) = GesRZ 2008, 22 (*Linder*) („Die Bildung von Rücklagen, auch freien Rücklagen (§ 224 Abs 3 HGB) fällt in die Kompetenz des Vorstands und des Aufsichtsrats der AG bei der Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses.“); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 8; *Ch. Nowotny* in FS W. Doralt 319 (324); *Chalupsky/Ecker/Duursma* in *Aschauer/Bertl/Fröhlich/Mandl*, HB RLG (27. Lfg) § 229 UGB Rz 122; *Bergmann* in *Fraberger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Ludwig/Mayr*, HB Sonderbilanzen 4.1.1.5.; *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein*, HB Verdeckte Gewinnausschüttung Rz 1/47.

⁵² *E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2014, 73 (81).

⁵³ Aus Sicht der Gesellschaft kann situationsabhängig entweder die Rücklagenbildung oder die Gewinnausschüttung vorteilhafter sein (vgl *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 51 ff).

⁵⁴ *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein*, HB Verdeckte Gewinnausschüttung Rz 1/47; vgl *Bertl/Deutsch-Goldoni/Hirschler*, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch¹³ 641; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 13; *Csokay/Steiner* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 222 Rz 5; *Kienast/Twardosz* in *Reich-Rohrwig/Ginhör/Gratzl*, HB GV² Rz 3.459.

einer Weisung an die Geschäftsführung ohnedies schon vorab die Dotierung von Rücklagen anordnen oder verhindern. Entscheidet bei AG oder SE ausnahmsweise gem § 96 Abs 4 iVm 104 Abs 3 AktG bzw § 41 Abs 5 SEG die Hauptversammlung über die Feststellung des Jahresabschlusses, kann die Hauptversammlung auch die Bildung oder Auflösung von Rücklagen beschließen.⁵⁵

Diese Grundsätze gelten zunächst für die (freiwillige) Bildung von Rücklagen im *Jahresabschluss*. Wird im Zuge einer Verschmelzung die – zwingend erforderliche – *Schlussbilanz* der übertragenden Gesellschaft oder eine – freiwillig mögliche – *Eröffnungsbilanz*⁵⁶ der übernehmenden Gesellschaft aufgestellt, bedürfen diese Sonderbilanzen grds keiner Feststellung durch die Generalversammlung oder den Aufsichtsrat.⁵⁷ Umso mehr zeigt sich daher, dass bei einer Verschmelzung das Leitungsorgan für die freiwillige Bildung einer gebundenen Rücklage in einer allfälligen Eröffnungsbilanz der übernehmenden Gesellschaft zuständig ist.

Wird die Eröffnungsbilanz dem Verschmelzungsvertrag angeschlossen, wird sie als deren Bestandteil idR ohnedies auch noch von der Anteilseignerversammlung der übernehmenden Gesellschaft beschlossen. Zur Herstellung einer erhöhten Bindungswirkung und der Publizität für den Rechtsverkehr und die Gläubiger (siehe schon Abschnitt 4.4.) wird aber jedenfalls zu verlangen sein, dass die freiwillige Bildung der gebundenen Rücklage im Verschmelzungsvertrag (für dessen Abschluss ja wiederum das Leitungsorgan zuständig ist), im Verschmelzungsbeschluss der übernehmenden Gesellschaft und/oder in einem Beschluss der Anteilseigner der übernehmenden Gesellschaft, der in die Verschmelzungsdokumentation aufgenommen wird, angeordnet wird.

Wenn es – wie hier behauptet – ausreichen soll, die freiwillige Bindung der Rücklage im Verschmelzungsvertrag festzulegen, der zwischen den verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften, jeweils vertreten durch ihre Leitungsorgane, abgeschlossen wird, stellt sich die Frage, ob diese Sichtweise in Konflikt mit dem Schutz der Anteilseigner gerät. Diese werden ja, wie erwähnt, durch die Bindung der Rücklage in ihren potenziellen Dividendenansprüchen verkürzt. Allerdings ist es wegen der Weisungskompetenz der Generalversammlung bei GmbH und FlexCo *de facto* ausgeschlossen, dass es im Zuge einer Verschmelzung zur freiwilligen Bildung gebundener Rücklagen gegen den Willen der Gesellschafter(mehrheit) kommt. Aber auch bei AG und SE berührt die freiwillige Bildung gebundener Rücklagen im Zuge eines Verschmelzungsvorgangs idR die schutzwürdigen Interessen der Anteilseigner nicht, weil die Verschmelzung grds durch die Hauptversammlung zu beschließen ist und die Aktionäre diesfalls eine ihnen wegen der freiwilligen Bildung gebundener Rücklagen nicht genehme Verschmelzung ohnedies durch Ver-

weigerung der Genehmigung in der Hauptversammlung verhindern können.⁵⁸ Bei der verschmelzungsbedingten Rücklagenbildung ist die Aktionärebene daher idR sogar stärker gegen die Vorgangsweise von Vorstand und Aufsichtsrat bzw ggf von geschäftsführenden Direktoren und Verwaltungsrat geschützt als bei der Dotierung von Rücklagen unter gewöhnlichen Umständen. Denn im zweiten Fall können die Verwaltungsorgane die Rücklage ohne die Befassung der Hauptversammlung bewirken und sind auf keine Zustimmung angewiesen. Im Übrigen wird auch im Aktienrecht eine Anordnung zur verschmelzungsbedingten Bindung einer Rücklage durch Beschluss der Hauptversammlung anzuerkennen sein, weil nach hA der Hauptversammlung im Fall von Verschmelzungen und sonstigen Umgründungen ausnahmsweise ein Weisungsrecht zukommt.⁵⁹

Aus Sicht des Schutzes der Anteilseigner besteht also keine sachliche Notwendigkeit, die freiwillige Etablierung gebundener Rücklagen an eine Satzungsbestimmung zu koppeln.⁶⁰ Aus Sicht des Schutzes der Gesellschaft selbst oder des Verkehrs-, Gläubiger- oder Arbeitnehmerschutzes ist ohnedies wertungsmäßig kein Bedarf nach einer Satzungsregelung erkennbar, falls eine Gesellschaft freiwillig Eigenkapital bei sich binden will (zur Frage der Publizität siehe schon Abschnitt 4.4.). Ein derartiges doppeltes Formerfordernis⁶¹ ist schon deswegen nicht einzusehen, weil die Satzungsregelung nur wiederholen würde, was in der Verschmelzungsdokumentation schon ausgesagt ist.

Wenn *M. Umfahrer* aus § 82 Abs 1 GmbHG und § 52 AktG Gegenteiliges ableiten möchte, so ist dem zweierlei entgegenzuhalten: Einerseits beziehen sich diese Bestimmungen aus heutiger Sicht auf den Gewinnvortrag und nicht auf die Rücklagen⁶² (zumal die Rücklagen ja vorab als Passivposition ihrer Höhe nach feststehen müssen, um überhaupt erst den Bilanzgewinn ermitteln zu können).⁶³ Und andererseits verlangt gerade § 82 Abs 1 GmbH nicht apodiktisch eine Satzungsbestimmung für den Abschluss von der Gewinnverteilung, sondern führt an, dass der Bilanzgewinn „aus dem Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Gesellschafter von der Verteilung ausgeschlossen“ sein kann. § 52 AktG nimmt richtigerweise nicht pauschal auf einen

⁵⁵ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 52 Rz 127.

⁵⁶ Bei der Verschmelzung zur Aufnahme ist eine Eröffnungsbilanz grds nicht erforderlich. Vgl Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung V.B Rz 19. Zur praktisch üblichen freiwilligen Aufstellung einer solchen Eröffnungsbilanz Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VII.C Rz 49.

⁵⁷ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 220 AktG Rz 55.

⁵⁸ In diesem Sinne schon Ch. Nowotny, RWZ 2000, 97.

⁵⁹ H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in Kalss/Frotz/Schörghofer, HB Vorstand² Rz 29.43.

⁶⁰ Vgl auch Chalupsky/Ecker/Duursma in Aschauer/Bertl/Fröhlich/Mandl, HB RLG (27. Lfg 2024) § 229 UGB Rz 118, nach denen zwar die Überführung satzungsmäßiger Rücklagen in die gesetzliche Rücklage einer Satzungsänderung, jene der anderen freier Rücklagen in die gesetzliche Rücklage freilich keiner Satzungsänderung, sondern nur eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses bedarf.

⁶¹ Kritisch zu doppelten Formpflichten Michael Umfahrer, GesRZ 2010, 320 (325 f).

⁶² Zu den Unterschieden zwischen Gewinnrücklage und Gewinnvortrag H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 45, 60.

⁶³ *M. Umfahrer* (NZ 2025, 622 [625]) weist zu Recht darauf hin, dass Rücklagen Kapital- oder Gewinnrücklagen sein können. Nur Letztere werden aus Gewinnen gebildet, Erstere hingegen aus externen Vermögenszuflüssen an die Gesellschaft. Schon deswegen ist es naheliegend, dass in § 82 Abs 1 GmbHG und in § 52 AktG – wo ausschließlich Gewinne und keine Außenfinanzierungsvorgänge behandelt werden – nicht die Rücklagen, sondern nur die Gewinnvorträge gemeint sind.



Beschluss der Hauptversammlung Bezug, weil ein Gewinnvortrag durch einen solchen Beschluss bei der AG eine dahin gehende Satzungsermächtigung voraussetzt.⁶⁴ Für die These einer zwingend erforderlichen Satzungsbestimmung für die freiwillige Bildung von (gebundenen) Rücklagen ist freilich weder aus § 82 Abs 1 GmbHG noch aus § 52 AktG mE etwas zu gewinnen.

Auch G. Eckert vertritt, dass die freiwillige Bindung von Rücklagen der Festschreibung in der Satzung der übernehmenden Gesellschaft bedarf.⁶⁵ Er folgert dies offenbar aus § 130 Abs 3 AktG aF (nunmehr § 229 Abs 6 UGB nF).⁶⁶ Nach dieser Bestimmung kann die Hürde von 10 % des Nennkapitals, bis zu der die gebundenen Rücklagen aufzufüllen sind, freiwillig durch eine Satzungsregelung erhöht werden. Dies könnte naturgemäß feinsinnig als Hinweis des Gesetzes interpretiert werden, dass eine freiwillige Erhöhung der gebundenen Rücklagen nur auf Basis einer Satzungsänderung zulässig wäre. Wie aber bereits gezeigt (siehe oben Abschnitt 4.4.), erreicht die Verschmelzungsdokumentation ohnedies (zumindest) das gleiche Niveau an Form- und Publizitätsvorgaben wie eine Satzungsänderung und steht auch hinsichtlich des Schutzes der Interessen der Anteilseigner einer Satzungsänderung idR nicht nach. Aus Sicht des Verkehrs- und Gläubigerschutzes ist die Verschmelzungsdokumentation sogar das stärkere Instrument als die Satzung, weil die Verschmelzungsdokumentation – anders als eine Satzungsregelung – nach ihrer Firmenbucheintragung nicht mehr geändert werden kann.⁶⁷

Theoretisch könnten nämlich die Verwaltungsorgane der Gesellschaft, die eigenständig eine freiwillig gebundene Rücklage gebildet haben, diese Bindung auch – sogar noch vor Ablauf der festgelegten Befristung – wieder aufheben.⁶⁸ Dies ist aber kein qualitativer Unterschied zu satzungsmäßigen Rücklagen, weil auch deren Widmung durch entsprechende Satzungsänderung vorzeitig beseitigt werden könnte.⁶⁹ Wurde die freiwillige Bindung der Rücklage hingegen durch entsprechende Regelung in der Verschmelzungsdokumentation explizit zum Zweck des Ausgleichs einer drohenden Kapitalentsperrung angeordnet, wäre eine vorzeitige Aufhebung dieser Bindung nicht nur ein Verstoß gegen die Verschmelzungsdokumentation und somit eine Pflichtwidrigkeit der

Organwalter, sondern auch eine Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr und insofern mE mit Nichtigkeit bedroht.⁷⁰

4.6. Sind die anerkannten Maßnahmen zum Ausgleich einer drohenden Kapitalentsperrung Gewohnheitsrecht?

Schließlich könnte noch überlegt werden, ob die anerkannten Maßnahmen zum Ausgleich einer anlässlich einer Verschmelzung drohenden Kapitalentsperrung schon den Rang von Gewohnheitsrecht erreicht haben. Unter Gewohnheitsrecht kann verbindliches Recht verstanden werden, das nicht durch das verfassungsmäßig vorgesehene förmliche Gesetzgebungsverfahren kreiert wurde, sondern durch lang dauernde und weit verbreitete Übung (*longa consuetudo*) in der allgemeinen Überzeugung, dass der Inhalt der Übung rechtlich geboten bzw. rechtlich gestattet sei (*opinio iuris*).⁷¹ Die erforderliche Rechtsüberzeugung wird sich idR unter Beteiligung der Gerichte bilden und erhalten.⁷²

Dass eine im Verschmelzungsvertrag und/oder durch Beschluss der Anteilseigner freiwillig gebildete gebundene Rücklage auch ohne dahin gehende Satzungsbestimmung geeignet ist, eine bei einem Verschmelzungsvorgang drohende Kapitalentsperrung auszugleichen, ist seit einem Vierteljahrhundert von allgemeiner Rechtsüberzeugung getragene Übung, die von den Firmenbuchgerichten mitgebildet und miterhalten wurde, und die nunmehr auch Eingang in das einschlägige Fachgutachten der Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer gefunden hat. Die erforderlichen Tatbestandselemente für bestehendes Gewohnheitsrecht wären daher mE zu bejahen. Freilich ist aber schon ganz grds umstritten, ob Gewohnheitsrecht im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht überhaupt anzuerkennen ist.⁷³

Da sich, wie gezeigt, die rechtliche Zulässigkeit des Ausgleichs der Kapitalentsperrung durch eine freiwillig gebundene Rücklage auch ohne dahin gehende Satzungsregelung ohnedies schon aus dem gesetzten Recht ergibt, muss die Frage der Relevanz von Gewohnheitsrecht im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht hier nicht weiter vertieft werden.

5. Zusammenfassung

Eine Verschmelzung, bei der die übertragende Gesellschaft ein höheres gebundenes Kapital aufweist als die übernehmende Gesellschaft, erfordert ausgleichende Gläubigerschutzmaßnah-

⁶⁴ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 52 Rz 126, 130 f.; H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 52 Rz 20.

⁶⁵ G. Eckert, GES 2006, 436 (440); G. Eckert/Schopper in Torggler, GmbHG § 101 Rz 27; G. Eckert/Schopper/Caramanica in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 224 Rz 24. AA KFS/RL 25 (2025) Rz 167; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 224 AktG Rz 63; Schörghofer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 224 Rz 20; Ch. Nowotny in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 15.40; Grünwald/Ch. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen Art I UmgrStG Rz 119; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VII.C Rz 57; Adriouich/Hirschler, RWZ 2025, 384 (395); wohl auch Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 224 Rz 13. Michael Umfahrer (GmbH⁷ Rz 17.91 FN 3298) hält sogar die bloße Einstellung in eine gebundene Rücklage in der Eröffnungsbilanz der übernehmenden Gesellschaft für genügend.

⁶⁶ Ähnlich M. Umfahrer, NZ 2025, 622 (628 f.).

⁶⁷ Vgl. Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 220 AktG Rz 10, 14; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung V.A Rz 13, 19.

⁶⁸ Blumauer/Jernej in Gratzl/Hausmaninger/Justich, HB AG² Rz 12.333.

⁶⁹ Blumauer/Jernej in Gratzl/Hausmaninger/Justich, HB AG² Rz 12.333; M. Umfahrer, NZ 2025, 622 (628 f., 630).

⁷⁰ Vgl. zur Nichtigkeit von kapitalerhaltungswidrigen (Gesellschafter-)Beschlüssen H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 53, § 83 Rz 32, 38; zur Nichtigkeit eines Jahresabschlusses, der widerspruchlos eine verbotene Einlagenrückgewähr umfasst, H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 40a mwN.

⁷¹ G. Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 10 Rz 6; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 10 Rz 4; P. Bydlinski in Bydlinski/Permer/Spitzer, ABGB⁷ § 10 Rz 2; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 10 Rz 3.

⁷² G. Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 10 Rz 10.

⁷³ Dafür G. Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 10 Rz 17 mwN; Harrer, GesRZ 2017, 259 f. Dagegen Sator/U. Torggler, JBl 2025, 2. Differenzierend Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 10 Rz 5.

men. Seit einem Vierteljahrhundert ist von Firmenbuchpraxis und hL anerkannt, dass ein solcher Ausgleich durch die freiwillige Dotierung von gebundenen Rücklagen zur Überbrückung des Deltas zwischen höherem gebundenem Eigenkapital der übertragenden und niedrigerem gebundenem Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft erfolgen kann.

Es ist ausreichend, wenn diese Dotierung aufgrund einer entsprechenden Anordnung im Verschmelzungsvertrag, im Verschmelzungsbeschluss der übernehmenden Gesellschaft und/oder in einem Beschluss der Anteilseigner der übernehmenden Gesellschaft, der in die Verschmelzungsdokumentation integriert wird, erfolgt. Eine dahin gehende Regelung in der Satzung der übernehmenden Gesellschaft ist weder nach dem Wortlaut der einschlägigen Gesetzesregelungen noch wertungsmäßig zum Schutz der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften, ihrer Anteilseigner, Arbeitnehmer und Gläubiger oder des Rechtsverkehrs erforderlich. Im Gegenteil würde eine solche Satzungsrege-

lung eine intransparente und insofern kontraproduktive Doppelung darstellen.

Eine vorzeitige Auflösung der freiwillig gebundenen Rücklage vor Ablauf der festgesetzten Frist wäre als Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zu qualifizieren.



Der Autor:

Mag. **Heinrich Foglar-Deinhardstein**, LL.M. ist Rechtsanwalt und Partner bei CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind Gesellschafts-, Umgründungs- und Stiftungsrecht sowie M&A. Er ist Co-Herausgeber von Praxiskommentaren zum GmbHG und zum AktG sowie Co-Autor des Handbuchs *Gesellschafterstreit* und des *Praxisleitfadens Verschmelzung*.

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Foglar-Deinhardstein/Heinrich

Foto: Cerha Hempel

Tatjana Katalan/Philipp Pallitsch/Nino Tlapak

Informationsfreiheit – ein Paradigmenwechsel!

Neue Verpflichtungen, mittelbare Betroffenheit, Rechtsschutz und Prävention

» RdW 2026/68

Nachdem das Amtsgeheimnis in Art 20 Abs 3 B-VG exakt ein Jahrhundert lang die Informationsflüsse der österreichischen Behörden geprägt (oder besser gesagt unterdrückt) hat, stellt das am 1. 9. 2025 in Kraft getretene Informationsfreiheitsgesetz (IFG) das bisherige System nun auf den Kopf. Aus Verschwiegenheit wird *transparency by default*. Der neu geschaffene Art 22a Abs 1 B-VG verpflichtet einzelne informationspflichtige Organe zur proaktiven Veröffentlichung von Informationen von allgemeinem Interesse; gleichzeitig hat jedermann das Recht auf Zugang zu Informationen auf Antrag. Ausnahme: Es besteht ein legitimes, überwiegendes Geheimhaltungsinteresse. Damit gehen nicht nur eine Reihe von neuen Pflichten und auch Risiken für öffentliche wie auch private Unternehmen einher, es ist auch ein grundlegendes Umdenken erforderlich. In der Praxis wird es dadurch in den nächsten Monaten und Jahren vermehrt zu Auslegungsfragen kommen.

1. Einleitung – Die Proaktive Veröffentlichungspflicht und der Zugang auf Antrag

Das IFG kennt zwei grundlegende Säulen, die aktive Veröffentlichungspflicht und die Informationserteilung auf Antrag.

Proaktiv veröffentlicht werden müssen *Informationen von allgemeinem Interesse*. Der Informationsbegriff ist dabei sehr weit: Jede amtlichen oder unternehmerischen Zwecken dienende Aufzeichnung im Wirkungsbereich eines Organs, im Tätigkeitsbereich einer Stiftung, eines Fonds oder einer Anstalt oder im Geschäftsbereich einer Unternehmung, unabhängig von der Form, in der sie vorhanden und verfügbar ist, fällt darunter (§ 2 Abs 1 IFG). Eine Information von allgemeinem Interesse liegt nach § 2 Abs 2 IFG dann vor, wenn sie einen allgemeinen Personenkreis betrifft oder für einen solchen relevant ist. Als Beispiele für solche Informationen werden (demonstrativ) Geschäftseinteilungen und -ordnungen, Tätigkeitsberichte, Amtsblätter oder amtliche Statistiken genannt. Die Sprengkraft liegt aber in den von den informationspflichtigen Stellen erstellten oder beauftragten Studien, Gutachten, Umfragen, Stellungnahmen und Verträgen. Die proaktive Veröffentlichung solcher Informationen für alle ab dem 1. 9. 2025 entstandenen Informationen von allgemeinem Interesse hat nach § 4 Abs 2 iVm § 5 Abs 1–4 IFG über das Metadatenregister auf www.data.gv.at zu erfolgen. Die (bereits bisher bestehende) Plattform dient dabei als Register, wobei die Übersichtlichkeit noch zu wünschen übrig lässt.

Verpflichtet zur proaktiven Veröffentlichung sind die mit der Besorgung von Geschäften der Bundes- oder Landesverwaltung betrauten Organe, die Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die Verwaltungsgerichte, der VfGH und der VfGH. Hiervon sind