

Die Frage ist mE auch schon aufgrund der allgemeinen **Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter**³⁴ zu bejahen, da sie im Interesse einer gedeihlichen und motivierten Arbeit des bestellten Geschäftsführers auch daran mitwirken müssen, die Rechtsgrundlage für seine Anstellung

klarzustellen und durch Mitwirkung am Abschluss des Anstellungsvertrages soweit wie möglich Diskussions- und Streitpunkte für die Zukunft im beiderseitigen Interesse (nämlich im Interesse der GmbH und des bestellten Geschäftsführers) zu vermeiden.

34 Vgl OGH JBl 1989, 253 (Anm *Thiery*); *Reich-Rohrwig*, zu BGH 9.3.1987, II ZR 215/86, wbl 1987, 311; *Koppensteiner/Rüffler*,

GmbHG³, § 11 Rn 31 ff; *Enzinger in Straube*, GmbHG § 41 Rn 47.

Umwandlung einer GmbH mit Unterbilanz in eine AG zulässig?

Im nachstehenden Beitrag wird argumentiert, dass die rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG auch dann grundsätzlich zulässig ist, wenn bei der GmbH eine Unterbilanz vorliegt. Die von einem Teil der Lehre und der Firmenbuchpraxis vertretene Gegenansicht steht insbesondere in Widerspruch zum Identitätsprinzip beim Formwechsel.

Von Heinrich Foglar-Deinhardstein

1. Motive für die Umwandlung einer GmbH in eine AG – Schädlichkeit einer bestehenden Unterbilanz?

Das österreichische Gesellschaftsrecht gestattet die rechtsformwechselnde Umwandlung von GmbHs in AGs und umgekehrt von AGs in GmbHs, wobei nur die erste Variante Gegenstand dieses Beitrags ist.

In der Praxis ist durchaus Bedarf nach rechtsformwechselnden Umwandlungen von GmbHs in AGs konstatierbar. Immer wieder werden Gesellschaften zunächst als GmbH gegründet, um erst in einer späteren Phase – etwa wenn nach Durchführung von Finanzierungsrunden in Form von Kapitalerhöhungen das notwendige Mindest-Nennkapital für eine AG und eine Kapitalausstattung,

die den laufenden Rechtsformaufwand einer Aktiengesellschaft vertretbar erscheinen lässt, erreicht ist – die Umwandlung in eine AG anzustreben. Motive für die Umwandlung in eine AG können etwa ein verbesserter Zugang zum Kapitalmarkt, die Ermöglichung von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen, die leichtere Übertragbarkeit der Anteile oder der Wunsch nach stärkerer Unabhängigkeit des Managements von der Eigentümerenebene sein.¹

Für eine derartige Umwandlung in eine AG erweist sich jedoch nach Ansicht eines Teils der Lehre² und – dieser Ansicht folgend – eines Teils der Firmenbuchpraxis eine allenfalls bestehende Unterbilanz³ als hinderlich oder zumindest problematisch.

Dies ist – insbesondere in Fällen, in denen zwar Verluste bestehen, aber das in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital der GmbH dennoch positiv ist – überraschend und – wie im Folgenden vertreten wird – nicht zustimmungs-

1 *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2010) § 245 Rz 1; *Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) Vor §§ 239-253 Rz 5.

2 Vgl etwa *Bachl*, Prüfung der Umwandlung einer GmbH in eine AG, *ecolex* 1995, 563.

3 Eine Unterbilanz ist eine Bilanz, die einen Bilanzverlust ausweist. In der Regel wird mit dem Begriff „Unterbilanz“ die angesichts des Nettoaktivvermögens (zu Buchwerten) bestehende Unterdeckung des Nennkapitals (oder des gebundenen Eigenkapitals) beschrieben, wobei spezifische Rechtsfolgen insbesondere an qualifizierte Formen der Unterbilanz geknüpft sind, nämlich (i) an den Verlust der Hälfte des Nennkapitals (dh das Vermögen deckt das ganze Fremdkapital, jedoch weniger als die Hälfte des Nennkapitals) und (ii) an das negative Eigenkapital (dh das Vermögen deckt das Fremdkapital nicht mehr vollständig und das Eigenkapital somit gar nicht, es

liegt buchmäßige Überschuldung vor). Ansonsten löst bei einer bestehenden Kapitalgesellschaft eine Unterdeckung des Nennkapitals *per se* grundsätzlich keine – über die allgemeinen Verbote der Einlagenrückgewähr und der Gläubigerschädigung hinausgehenden – Rechtsfolgen aus. Es gibt kein Gebot der angemessenen Kapitalausstattung von Kapitalgesellschaften (vgl. *Reich-Rohrwig*, GmbHG¹ (1983) 559, 562; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 4/37; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/829). Die Gesellschafter trifft im Fall einer Unterbilanz keine allgemeine Nachschusspflicht; selbstverständlich greift die allgemeine „Ausschüttungssperre“ der Kapitalerhaltungsregeln ein. Flankierende Rechtsfolgen nach URG und EKEG stellen auf eine Eigenmittelquote von weniger als 8% ab.

würdig. ME ist die Umwandlung einer GmbH in eine AG trotz einer allenfalls zum Umwandlungsstichtag bestehenden Unterbilanz grundsätzlich zulässig. Höchstgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage ist bisher nicht ersichtlich.

2. Die Verweise der §§ 246 und 247 AktG

Das Gesetz bedient sich bei den Regelungen zur Umwandlung der Verweisteknik.

Nach § 246 Abs 3 AktG ist der Umwandlung einer GmbH in eine AG eine Umwandlungsbilanz zu Grunde zu legen, auf die § 220 Abs 3 AktG sinngemäß anzuwenden ist.

Die Verweise des § 247 AktG verlangen, dass auf die *Umwandlung* die aktienrechtlichen Vorschriften über die *Gründung* „sinngemäß“ anzuwenden sind. Daraus folgt, dass der Hergang der Umwandlung durch die Gesellschafter, die für die Umwandlung gestimmt haben, durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats sowie den gerichtlich bestellten Umwandlungsprüfer (§ 247 Abs 3 AktG) zu prüfen ist.

Unter den Vorschriften, auf die in § 247 Abs 1 AktG verwiesen wird, findet sich – neben etwa § 20 AktG (Sacheinlagen, Sachübernahmen) – auch § 26 AktG, der für die Gründung einer AG vorsieht, dass sich die Gründungsprüfung namentlich darauf zu erstrecken hat, ob (i) die Angaben der Gründer über die Übernahme der Aktien, über die Einlagen und das Grundkapital und über die Festsetzungen zu Sondervorteilen, Gründungsaufwand, Sacheinlagen und Sachübernahmen richtig und vollständig sind, und (ii) der Wert der Sacheinlagen oder Sachübernahmen den Ausgabebetrag der dafür zu gewährenden Aktien oder den Wert der dafür zu gewährenden Leistungen erreicht.

Die von § 247 AktG vorgesehene „sinngemäße“ Anwendung der aktienrechtlichen Gründungsvorschriften soll die Umgehung der Gründungsvorschriften der AG dergestalt verhindern, dass zu Umgehungszwecken zunächst eine GmbH aufgesetzt wird, die sodann in eine AG umgewandelt wird.⁴ Dadurch wird auch die europarechtliche Forderung von Art 13 der Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Kapital-Richtlinie) umgesetzt, wonach die von dieser Richtlinie vorgegebenen Schutz-

standards für AG-Gründungen auch auf Umwandlungen in eine AG anzuwenden sind.⁵

Für den umgekehrten Vorgang – der Umwandlung einer AG in eine GmbH – gibt es keine § 247 AktG entsprechende Parallelvorschrift, weil der Gesetzgeber offenbar angesichts der für die AG tendenziell strengeren Gründungsvorschriften von keiner Umgehungsgefahr ausgegangen ist.⁶

3. Meinungsstand

An der vom Gesetz verlangten „sinngemäßen Anwendung“ einzelner aktienrechtlicher Gründungsvorschriften auf die Umwandlung in eine AG entzündet sich die Diskussion in der Lehre, die im Folgenden überblicksmäßig zusammengefasst wird.

3.1 Umwandlung einer AG in eine GmbH

Zum Zweck des Aufzeigens von Widersprüchlichkeiten in der gängigen Argumentation wird einleitend kurz der Meinungsstand zur Umwandlung einer AG in eine GmbH, die an sich nicht Gegenstand dieser Abhandlung ist, dargestellt:

*Gellis*⁷ hat in seiner Kommentierung der Umwandlung einer AG in eine GmbH diesen Vorgang „aus den Gesichtspunkten des GmbH-Rechts“ als „qualifizierte Gründung“ beschrieben. Auf dieser Basis meinte er, dass das Vermögen der Gesellschaft laut Umwandlungsbilanz das eingezahlte Stammkapital der neuen GmbH zu decken habe, und dass eine allfällige Unterbilanz der AG – etwa im Wege der Kapitalherabsetzung – beseitigt werden müsse.

Diese Ansicht wird von *Platzer*, *Reich-Rohrwig*, *Fries* und *Szep* einhellig abgelehnt:⁸ Die Umwandlung einer AG in eine GmbH sei nicht von einem bestimmten Bilanzergebnis abhängig; dieses könne daher auch negativ oder sonst ungünstig sein.

3.2 Umwandlung einer GmbH in eine AG

Platzer lehnt zwar – wie erwähnt – die Ansicht von *Gellis* zur Umwandlung in eine GmbH ab.⁹ Er vertritt aber nichtsdestotrotz,¹⁰ dass im Fall der Umwandlung

4 *Platzer*, Handbuch der Sonderbilanzen (1979) 446; *Szep* in *Jabornegg/Strasser* AktG³ (2010) § 247 Rz 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) Anh § 101 Rz 17.

5 *Grünwald*, Umwandlung-Verschmelzung-Spaltung (1996) 41; *Kalss*, Die Bedeutung der Publizitäts-, Kapital-, Zweigniederlassungs- und Einpersonengesellschaftsrichtlinie der Europäischen Union für das österreichische Gesellschaftsrecht, in *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht Teil 1: Gesellschaftsrecht (1994) 119 (234).

6 *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) § 247 Rz 6.

7 *Gellis*, GmbHG¹ (1960) § 96 Anh I, 292 f.

8 Nachweise bei *Szep* in *Jabornegg/Strasser* AktG⁵ (2010) § 240 Rz 12.

9 *Platzer*, Sonderbilanzen 444, 446 (FN 171) mwN. Vgl *Schiemer*, AktG² (1986) § 240 Anm 5.1.

10 *Platzer*, Sonderbilanzen 446 f. Vgl *Schiemer*, AktG² (1986) § 245 Anm 6.1; § 247 Anm 1.1.

einer GmbH in eine AG der Fokus der Prüfung der Umwandlung durch die Organe der Gesellschaft und den gerichtlich bestellten Prüfer auf der Verhinderung einer gemäß § 9 AktG unzulässigen Unter pari-Emission zu liegen habe; es sei daher zu prüfen, ob das Grundkapital der zukünftigen AG im vorhandenen Reinvermögen gedeckt sei. Eine Unterbilanz schließe daher die Umwandlung einer AG in eine GmbH nicht aus, sehr wohl aber den umgekehrten Fall der Umwandlung einer GmbH in eine AG. Die Bedeutung der Umwandlungsbilanz bei der Umwandlung in eine AG gehe sicherlich über jene bei der Rechtsformänderung einer AG in eine GmbH hinaus.

*E. Lechner*¹¹ untersucht zunächst die Verpflichtung zur Prüfung von Sacheinlagen und Sachübernahmen. Die mögliche Sichtweise, dass bei einer solchen Prüfung auf die Wertverhältnisse zum Zeitpunkt der Gründung der GmbH nach den damaligen Verhältnissen abzustellen sei, wird von ihm aus verschiedenen praktischen Gründen verworfen; insbesondere stoße eine solche Prüfung an Grenzen, wenn die Gründung schon länger zurückliege. Demgegenüber biete es sich an, die Umwandlung als Ganzes als „Sacheinlage im weitesten Sinn“ zu sehen, wobei dann die Angemessenheit der Sacheinlage im Verhältnis zum Nominale der neu ausgegebenen Aktien zu prüfen sei. Dies stehe im Einklang mit dem Verbot der Unter pari-Emission nach § 9 AktG, nach dem das Grundkapital der zukünftigen AG im Vermögen der umzuwandelnden GmbH voll gedeckt sein müsse. Freilich schließe – entgegen *Platzer* – eine Unterbilanz die Umwandlung nicht zwangsläufig aus; es sei vielmehr auf das vorhandene Vermögen der GmbH einschließlich stiller Reserven abzustellen.¹² Insgesamt gehe es also um die Prüfung der Angemessenheit der Wertverhältnisse im Umwandlungszeitpunkt. Demgegenüber würden Sacheinlagen und Sachübernahmen bei der seinerzeitigen GmbH-Gründung in ihrer Bedeutung für die Prüfung zurücktreten. In Anlehnung an § 45 AktG zur Nachgründung erscheine es vertretbar, Sacheinlagen und Sachübernahmen nur dann zu prüfen, wenn sie innerhalb von zwei Jahren vor der Umwandlung wirksam geworden seien.¹³

*Grünwald*¹⁴ lehnt *E. Lechners* Ansicht, die Umwandlung sei im weitesten Sinn mit einer Sacheinlage des gesamten Unternehmens vergleichbar, ab. Beim bloßen Formwech-

sel sei für Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge rein rechtlich kein Platz. Bei einer formwechselnden Umwandlung als einem bloß formellen Wechsel des Rechtsträgers bleibe der Rechtsträger als Person, der Rechte und Pflichten zugeordnet sind, gleich; es bedürfe daher auch keiner vermögensübertragenden Rechtsakte.

*Zollner*¹⁵ diskutiert die Sichtweise, dass der Rechtsformwechsel als eine „Neugründung“ unter „Einbringung“ der bisherigen GmbH als „Sacheinlage im weitesten Sinn“ zu betrachten und das Aktiengründungsrecht daher auf die Umwandlung selbst, nicht aber auf die historische Gründung der GmbH anzuwenden sei. Diese Sichtweise stehe aber in Widerspruch zum Identitätsprinzip bei der rechtsformwechselnden Umwandlung. Daher habe sich die Prüfung der Sacheinlagen auf den Zeitpunkt der GmbH-Gründung zu beziehen. Sobald nämlich sichergestellt sei, dass die historische Gründung der GmbH den aktienrechtlichen Anforderungen entsprochen hätte, sei auch jegliches Umgehungsrisiko ausgeschlossen. Eine solche Prüfung habe sich jedoch jedenfalls nur auf Vorgänge zu erstrecken, die auch zum Umwandlungszeitpunkt noch von Bedeutung seien.¹⁶ Eine Unterbilanz mache den Rechtsformwechsel nicht unzulässig, weil die Unterbilanz als eine „Unerfreulichkeit“ des Kapitalgesellschaftsrechts in einer anderen Rechtsform fortgesetzt werde.¹⁷ Wer der Ansicht sei, eine Unterbilanz hindere die Umwandlung in eine AG, müsste dies konsequenterweise auch für die Umwandlung einer AG in eine GmbH vertreten, was aber für diesen Fall weder vom Gesetzeswortlaut noch von der Lehre gefordert werde.

*Szep*¹⁸ billigt zwar zu, dass die Übernahme der Gründungsvorschriften ins Umwandlungsrecht in einem gewissen Widerspruch zum Identitätsprinzip bei der rechtsformwechselnden Umwandlung stehe. Er vertritt aber in Auseinandersetzung mit der österreichischen und deutschen Literatur, dass die Umwandlung einer GmbH in eine AG nur dann zulässig sei, wenn das Grundkapital und die gebundenen Rücklagen durch den Wert des Nettoaktivvermögens gedeckt seien, und begründet dies mit dem allgemeinen Verbot der Unter pari-Emission und einer Analogie zu § 225j Abs 2 AktG. Damit ist wohl gemeint, dass eine Unterbilanz die Umwandlung nur – aber immerhin – dann verhindert, wenn nicht genügend offene Rücklagen und stille Reserven vorhanden sind,

11 *E. Lechner*, Prüfung der Umwandlung einer GmbH in eine AG, in FS Helbich (1990) 103 (110 f).

12 Zustimmung *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ (1993) § 247 Rz 2.

13 *E. Lechner* in FS Helbich 103 (112, FN 25).

14 *Grünwald*, Umwandlung 40.

15 *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) § 247 Rz 8.

16 *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) § 247 Rz 18.

17 *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) § 247 Rz 11.

18 *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ (2002) § 247 Rz 2 und in *Jabornegg/Strasser*, AktG³ (2010) § 247 Rz 1, 2 mwN.

um die Abdeckung des gebundenen Kapitals der zukünftigen AG durch das vorhandene Vermögen der GmbH darstellen zu können. Dass die Prüfung in sinngemäßer Anwendung des § 25 Abs 2 AktG nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 247 Abs 3 AktG unabhängig von den Voraussetzungen des § 25 Abs 2 AktG, also stets, stattzufinden habe, sei darin begründet, dass die Umwandlung als solche mit einer Sacheinlage vergleichbar sei. Zu prüfen seien in erster Linie die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Umwandlung, weiter zurückliegende Vorgänge nur insoweit, als sie noch von Bedeutung seien.¹⁹ Obwohl sich die Umwandlung „eigentlich“ ohne Einlagen vollziehe, seien in der Satzung der AG die Sacheinlagen und Sachübernahmen, die bisher gegenüber der GmbH wirksam waren, sowie Sacheinlagen im Zusammenhang mit der Umwandlung festzusetzen.²⁰

*Eckert*²¹ vertritt, dass das Gebot der Deckung des Grundkapitals auf Umwandlungen einer GmbH in eine AG anzuwenden sei. Die grundsätzlich für Neugründungen vorgesehene Kapitalaufbringungskontrolle habe in gesetzlich geregelten Fällen auch nach der Neugründung einer Gesellschaft stattzufinden, nämlich insbesondere bei der identitätswahrenden Umwandlung und bei der Abspaltung (Restvermögensprüfung). Ausgangspunkt der Kapitaldeckungskontrolle bei der Umwandlung sei das ausgewiesene Nennkapital. Eine bloße Unterbilanz schade aber nicht, Maßstab der Deckungsprüfung sei analog zu § 225j Abs 2 AktG das Nettoaktivvermögen zu Verkehrswerten. Die Meinung *Zollners*, dass nur zu prüfen sei, ob das Stammkapital der GmbH bei deren Gründung ordnungsgemäß aufgebracht wurde, habe zwar einiges für sich, weil der Gesetzeszweck, nämlich die Verhinderung der Umgehung der aktienrechtlichen Gründungsvorschriften, nicht zu erfordern scheine, dass das Grundkapital zum Zeitpunkt der Umwandlung gedeckt ist. Da das Gesetz die Gründungsprüfung aber nicht nur für Umwandlungen in zeitlicher Nähe zur Gründung der GmbH, sondern für jede Umwandlung vorsehe, sei zu schließen, dass die neuerliche Gründungsprüfung nicht nur die Umgehung des aktienrechtlichen Gründungsrechts bezwecke. Es wäre auch kaum sinnvoll, lange zurückliegende Vorgänge zum Gegenstand einer Prüfung zu machen und möglicherweise Personen, die bei der damaligen Gründung nicht beteiligt waren, über längst nicht mehr vorhandene Sacheinlagen berichten zu lassen. Es sei daher anzunehmen, dass das Grund-

kapital zum Zeitpunkt der Umwandlung gedeckt sein muss, und dass die Vorgänge der Gründung der GmbH für diese Prüfung unerheblich sind.

4. Zwischen-Resümee

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in der Literatur zumindest die rein formale Sicht, dass eine Unterbilanz jedenfalls umwandlungsschädlich wäre, überwunden ist.

Nach überwiegender Ansicht erfordert eine Unterbilanz bei der Umwandlung von einer GmbH auf eine AG aber eine genauere Prüfung des Vermögensstands der GmbH und – für den Fall, dass das tatsächliche Vermögen der GmbH das gebundene Kapital der zukünftigen AG nicht deckt – Ausgleichsmaßnahmen vor Umsetzung der Umwandlung.²² Dahinter steht eine Sichtweise, die die Umwandlung im Wesentlichen als Emission junger Aktien gegen Sacheinlage der bisherigen GmbH qualifiziert.

5. Stellungnahme

Die Umwandlung einer GmbH in eine AG ist mE auch bei einer Unterbilanz grundsätzlich zulässig, ohne dass es einer Prüfung bedürfte, ob das gebundene Eigenkapital durch das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft gedeckt ist. Lediglich im konkreten Einzelfall könnte eine drohende Schädigung von Anteilsinhabern oder Gläubigern – zu der es bei einer typischen Umwandlungskonstellation aber grundsätzlich nicht kommen wird²³ – zur Unzulässigkeit der Umwandlung führen. Der in der Literatur vertretenen Anwendung des Verbots der Unterpari-Emission nach § 9 AktG und der Analogie zu § 225j Abs 2 AktG ist im Zusammenhang mit der Umwandlung mE nicht zu folgen.

5.1 Das Identitätsprinzip als Ausgangs- und Bezugspunkt

Die Umwandlung ist eine Änderung der Gesellschaftsform ohne Wechsel des Rechtsträgers. Die Strukturmaßnahme bezieht sich nicht auf das Unternehmen, sondern nur auf den Unternehmensträger, und auch dieser wird nicht materiell gewechselt, sondern nur formell geändert. Während bei der Gesamtrechtsnachfolge nur – aber immerhin – die Rechtsverhältnisse des wechselnden Rechts-

19 *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2010) § 247 Rz 8, 9.

20 *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2010) § 247 Rz 5.

21 *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 661 ff (FN 2671); zur Parallele zwischen Umwandlung und Abspaltung hinsichtlich Kapitalaufbringungskontrolle 657, 663.

22 In Frage kommen in erster Linie einerseits eine Kapitalherabsetzung oder andererseits Kapitalzuschüsse zur Verlustabdeckung.

23 Zu einer potentiellen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen im konkreten Einzelfall *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) § 243 Rz 5.

trägers im Wesentlichen ident bleiben, ist bei der formwechselnden Umwandlung auch der Rechtsträger als solcher vor und nach der Strukturmaßnahme identisch.²⁴ Über die Gesamtrechtsnachfolge hinausgehend, werden beim Formwechsel die Rechtsverhältnisse sowohl (i) als „in sich“ ident als auch (ii) mit dem identen Rechtsträger fortgesetzt. Die Rechtsperson des Unternehmensträgers bleibt – typischerweise mit demselben Personenkreis der Anteilsinhaber – bestehen, nur die rechtliche Organisation des Unternehmensträgers und damit das auf den Rechtsträger anwendbare Normensystem ändert sich.²⁵ Dieses Verständnis ist der Auslegung der für die Umwandlung einschlägigen Gesetzesbestimmungen zu Grunde zu legen.

5.2 Inkonsequenz der überwiegenden Ansicht

Die oben unter 4. zusammengefasste überwiegende Ansicht erscheint inkonsequent, weil mittlerweile einhellig für den umgekehrten Vorgang – die Umwandlung einer AG in eine GmbH – vertreten wird, dass die Umwandlung nicht von einem bestimmten Bilanzergebnis abhängig sei.²⁶

Dabei ist aber auch bei der GmbH die Unter pari-Emission zweifelsfrei unzulässig.²⁷ Auch käme man bei Qualifikation der Umwandlung als „Sacheinlage im weitesten Sinn“ über § 6a Abs 4 GmbHG erst recht zu einer Anwendung der aktienrechtlichen Gründungsvorschriften.²⁸

5.3 Keine Emission anlässlich des Rechtsformwechsels

Die Wirkungen der Eintragung der Umwandlung ins Firmenbuch beschreibt § 250 AktG wie folgt: „*Von der Eintragung der Umwandlung an besteht die Gesellschaft als Aktiengesellschaft weiter. Das Stammkapital ist zum Grundkapital, die Geschäftsanteile sind zu Aktien geworden; die an einem Geschäftsanteil bestehenden Rechte Dritter bestehen an der Aktie weiter, die an seine Stelle*

tritt.“ Schon aus dem Wortlaut des Gesetzes ist also ersichtlich, dass es anlässlich einer Umwandlung zu keiner Emission neuer Aktien kommt, sondern lediglich die bestehenden Beteiligungen an der Gesellschaft – wie die Gesellschaft als Ganzes – ihr Rechtskleid wechseln: mit der Umwandlung „*verwandelt sich das Anteilsrecht von selbst*“;²⁹ die Mitgliedschaftsrechte bleiben aufrecht, wenn auch mit verändertem Gehalt.³⁰

Dies spiegelt sich übrigens auch in der steuerlichen Sicht der Umwandlung wider, wonach die Wandlung der Geschäftsanteile in Aktien den Anteilsinhaber nicht zum „ersten Erwerber“ iSd § 2 Z 1 KVG macht, und der Vorgang der Umwandlung daher nicht der Gesellschaftsteuer unterliegt.³¹

Vermögen und Kapital der bestehenden Gesellschaft bleiben anlässlich der Umwandlung grundsätzlich gleich, die Rechtsverhältnisse bleiben – im neuen Rechtskleid des Rechtsträgers – identisch. Für eine Anwendung des § 9 AktG oder eine Analogie zu § 225j Abs 2 AktG³² bleibt mE kein Raum:

- § 9 AktG (Verbot der Unter pari-Emission) ist nämlich nur dann anzuwenden, wenn Mitgliedschaften durch Übernahme von Einlageverpflichtungen *neu* begründet werden. Genau das ist aber bei einer Umwandlung nicht der Fall: es werden weder neue Mitgliedschaften noch neue Einlageverpflichtungen begründet. Aus § 9 AktG (oder aus § 6 GmbHG) folgt jedenfalls keine Garantie, dass nach der Gründung einer Gesellschaft laufend Gesellschaftsvermögen im Umfang des (unverändert) bestehenden Nominalkapitals der Gesellschaft vorhanden ist.³³ Für Kapitalgesellschaften besteht daher keine Verpflichtung zur dauernden Deckung ihres Nennkapitals durch ihr Nettoaktivvermögen.
- § 225j Abs 2 AktG ist eine Bestimmung im Rahmen des Regelwerks zum verschmelzungsrechtlichen Nachprüfungsverfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses: Im Zuge dieses Verfahrens kann sich die übernehmende Gesellschaft vom Gericht er-

24 Grünwald, Umwandlung 37 f.

25 Grünwald, Umwandlung 39. Vgl OGH 26.01.1989, 6 Ob 702/88; OGH 14.06.2007, 2 Ob 105/07s.

26 Siehe schon FN 8.

27 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 6 Rz 8; van Husen/Krejci in Straube, GmbHG § 6 Rz 118.

28 Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG (2003) § 247 Rz 12; vgl van Husen in Straube, GmbHG § 6 a Rz 72.

29 Kastner, Die Umwandlung, ÖJZ 1951, 30 (33). Vgl zur Umwandlung in eine GmbH Platzer, Sonderbilanzen 445. § 252 Abs 1 AktG regelt lediglich das Verfahren zur Ausgabe der Aktienurkunden oder, falls die Einzelverbriefung ausgeschlossen ist, zur Feststellung der Mitgliedschaft. Dieser Akt findet erst nach Wirksamwerden der Umwandlung statt. Entsprechend erlischt die Anwendbarkeit von

§ 76 Abs 2 Satz 1 GmbHG auf die Anteilsrechte schon mit dem Wirksamwerden der Umwandlung (vgl Szep in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 252 Rz 1 ff; Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 252 Rz 4 ff).

30 Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht 541 f; Hügel, Vertrag und Organisationsakt im Recht der Umgründungen, RdW 1993, 55.

31 § 6 Abs 1 Z 2 lit a KVG; vgl Durchführungsrichtlinien zum KVG, AÖF 1995/156, 6.2: „Bloß formwechselnde Umwandlungen (§§ 239 ff AktG einer AG in GmbH und umgekehrt) berühren die Identität des Rechtsträgers nicht, sodass durch die Umwandlung kein der Gesellschaftsteuer unterliegender Vorgang verwirklicht wird“.

32 Siehe die unter 3.2 dargestellten Ansichten.

33 Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG (2003) § 9 Rz 1.

mächtigen lassen, ein allfälliges unangemessenes Umtauschverhältnis an Stelle von baren Zuzahlungen durch Ausgabe zusätzlicher Aktien auszugleichen. Diese Ausgabe junger Aktien ist auch dann zulässig, wenn der geringste Ausgabebetrag zwar nicht in den freien Rücklagen oder einem Gewinnvortrag Deckung findet, aber das gebundene Eigenkapital durch den Wert des Nettoaktivvermögens gedeckt ist. Eine analoge Anwendung dieses § 225j Abs 2 AktG hätte eine Lücke in den Regelungen zur Umwandlung zur Voraussetzung. Eine solche Lücke ist aber mE nicht ersichtlich. Dass in § 225j Abs 2 AktG – zusätzlich zum Verweis auf § 26 AktG, der zu § 247 AktG parallel ist, und abweichend vom Wortlaut des § 247 AktG – die Abdeckung des Grundkapitals und der gebundenen Rücklagen durch den Wert des Nettoaktivvermögens explizit verlangt wird, hat seinen Grund mE darin, dass es in § 225j Abs 2 AktG um die Ausgabe zusätzlicher Aktien³⁴ geht. Genau das ist aber der wesentliche Unterschied zur Umwandlung. Statt einer Analogie ist somit mE ein Umkehrschluss vorzunehmen.

5.4 Keine Gefahr der Umgehung aktienrechtlicher Gründungsvorschriften durch eine Unterbilanz

Nach mE zustimmungswürdiger Ansicht von *Zollner*³⁵ hindert eine Unterbilanz den Rechtsformwechsel einer GmbH in eine AG nicht, weil eine Unterbilanz im Kapitalgesellschaftsrecht zwar nicht erwünscht, aber grundsätzlich zulässig ist, und daher *per se* zu keiner Umgehungsgefahr hinsichtlich der aktienrechtlichen Gründungsvorschriften führen kann.

Die Ansicht *Zollners* steht im Einklang mit der deutschen hA zum früheren § 378 dAktG, nach der eine Unterbilanz den Formwechsel nicht hinderte. Wenn die auf das Stammkapital erbrachten Sacheinlagen zum Zeitpunkt des Formwechsels wegen zwischenzeitiger Verluste den Nennbetrag der nun zu gewährenden Aktien nicht mehr deckten, so war dies nach deutscher hA unschädlich, solange die Sacheinlagen bei der Einbringung werthaltig gewesen waren. Allein das Vorliegen einer Überschuldung schloss nach deutscher hA die

formwechselnde Umwandlung aus.³⁶ Nach den neueren gesetzlichen Regelungen des deutschen UmwG ist hingegen beim Formwechsel einer GmbH in eine AG nunmehr zu prüfen, ob das Vermögen der Gesellschaft nach Abzug der Schulden das Grundkapital der AG deckt. Eine entsprechende explizite Gesetzesregelung gibt es aber im österreichischen Recht nicht.

Die deutsche Regelung steht überdies in rechtspolitischer Kritik: Der Anlegerschutz fordere diese Kontrolle kaum; aufgrund der Bilanzkontinuität sei die Unterbilanz auch bei der Gesellschaft neuer Rechtsform auszuweisen, ein intaktes Nennkapital werde daher durch die Eintragung des Formwechsels nicht suggeriert.³⁷ Dem ist mE auch aus österreichischer Sicht zuzustimmen, zumal das österreichische Gesetz sogar die Veröffentlichung der Umwandlungsbilanz vorschreibt (§ 251 AktG), um so den Interessierten Einblick in die neu entstandene AG zu verschaffen.

Der Verweis von § 247 Abs 1 AktG auf § 26 Abs 1 AktG macht die Vorschriften zur Sacheinlageprüfung mE auf die Umwandlung als solche nicht anwendbar, weil diese eben keine Sacheinlage, sondern ein Formwechsel unter Wahrung der Identität des Rechtsträgers ist.

§ 247 Abs 1 AktG und Art 13 Kapital-Richtlinie sollen lediglich die Umgehung der Gründungsvorschriften für die AG verhindern. Im österreichischen Recht ist aber von weitgehend gleichlaufenden Vermögensbindungs-, Rechnungslegungs- und Publizitätsvorschriften für AGs und GmbHs auszugehen.³⁸ Im Fokus des Umgehungs-schutzes stehen daher logischerweise die Sacheinlagen- und Sachübernahmebestimmungen des Aktienrechts.

Zur Erreichung dieses Zwecks ist es aber völlig ausreichend zu prüfen, ob die historische Gründung der GmbH aktienrechtlichen Maßstäben genügt hätte,³⁹ was natürlich insbesondere dann der Fall ist, wenn ohnedies das gesamte Kapital der GmbH bar aufgebracht wurde. Historische Sacheinlagen und Sachübernahmen wären dahingehend zu prüfen, ob sie den Nennbetrag der dafür ausgegebenen Anteile erreichten. Eine solche Prüfung wäre aber entbehrlich, wenn (i) die Sacheinlage ohnedies unter Anwendung der aktienrechtlichen Gründungsvorschriften erfolgt ist, oder (ii) seit der Sacheinlage bereits ein Zeitraum von zwei Jahren verstrichen ist; selbst ein

34 Es geht um die Ausgabe junger Aktien aus der verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhung.

35 *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) § 247 Rz 10 ff.

36 Vgl *Busch*, Deckung des Grundkapitals bei Formwechsel einer GmbH in eine Aktiengesellschaft, AG 1995, 555 (556, 558) mwN. Auch *Enzinger*, Umwandlungsrecht Quo Vadis?, wbl 1997, 1 (7), zieht aus dem Erfordernis eines positiven Verkehrswerts für Vermögensübertragungen nach dem UmgrStG den allgemeinen

Schluss, dass eine überschuldete Gesellschaft nicht umwandlungsfähig ist.

37 *Busch*, AG 1995, 555 (558) mwN; vgl auch *Happ*, Formwechsel von Kapitalgesellschaften, in *Lutter*, Verschmelzung – Spaltung – Formwechsel (1995) 223 (242 ff).

38 *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG³ (2010) § 243 Rz 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) Anh § 101 Rz 15; *E. Lechner* in FS Helbich 103 (105 FN 3 108 FN 9).

39 *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) § 247 Rz 8 ff.

negatives Ergebnis einer solchen Prüfung wäre unbeachtlich, wenn eine Überbewertung keinerlei Auswirkungen mehr entfaltet, weil sie etwa durch Abschreibungen oder Zuzahlungen mittlerweile ausgeglichen wurde.⁴⁰

5.5 Keine sachliche Rechtfertigung für die Unterbilanz als Umwandlungshindernis

Es gibt mE auch keine sachliche Rechtfertigung für eine Prüfung des Vermögensstatus und der Kapitaldeckung der umwandelnden Gesellschaft.

Eine Umwandlung ist weder eine Umgründung⁴¹ noch eine Sacheinlage,⁴² sondern ein identitätswahrender Wechsel des Rechtskleids.⁴³ Die Bilanz ein und desselben Rechtsträgers wird mit unveränderten unternehmens- und steuerrechtlichen Buchwerten⁴⁴ fortgeführt. Es findet weder eine Übertragung von Vermögen statt, noch geht der formwandelnde Rechtsträger unter; dieser ist vielmehr vor und nach der formwechselnden Umwandlung derselbe. Aus zivilrechtlicher Perspektive – mit Blick auf die Zuordnung von Rechten und Pflichten von Rechtsträgern – ist die Umwandlung ein statischer Vorgang.

Es kommt anlässlich einer Umwandlung *per se* (i) zu keinem Abgang oder Zufluss von Vermögen, zu keiner Vereinigung, Übertragung oder Aufteilung von Vermögen,⁴⁵ (ii) zu keinen Kapitalmaßnahmen, (iii) zu keiner Kapitalentsperrung, (iv) zu keiner Vermengung von bisher getrennten Vermögensmassen, Haftungsfonds und Gläubigerkreisen und (v) zu keinem Ausscheiden oder Hinzutritt von Anteilshabern. Vermögen, Verbindlichkeiten, Kapital, Bilanz, Gläubiger und Anteilshaber der Gesellschaft sind typischerweise in der juristischen Sekunde vor und in der juristischen Sekunde nach der Umwandlung identisch. Den Gläubigern der umgewandelten Gesellschaft haftet das Vermögen der Gesellschaft wie vor der Umwandlung, der Deckungsfonds der Gläubiger wird grundsätzlich und typischerweise nicht geschmälert.⁴⁶

5.6 Kontrollüberlegungen: Kapitalherabsetzung, Verschmelzung, Abspaltung

Die in diesem Aufsatz vertretene Ansicht wird mE auch durch die folgenden „Kontrollüberlegungen“ bestätigt: Theoretisch könnte eine *vereinfachte Kapitalherabsetzung* vor Durchführung der Umwandlung die bilanziellen „Schwierigkeiten“ beseitigen. Eine solche Kapitalherabsetzung würde aber nur die bilanzielle Darstellung beeinflussen („buchmäßige Sanierung“); die Eigenkapital- und die faktische Vermögenssituation der Gesellschaft blieben völlig unverändert.⁴⁷ Eine solche Kapitalherabsetzung würde weiters die Ausschüttungssperre des Stammkapitals verringern und wäre daher aus Sicht des Gläubigerschutzes gar nicht ideal, weil zukünftig ausschüttbare Bilanzgewinne viel leichter erzielbar wären. Wenn der Gesetzgeber aber bei GmbHs, deren aktuelle Vermögenssituation das Stammkapital nicht mehr abdeckt, sogar die vereinfachte Kapitalherabsetzung zulässt, die bekanntlich mit eingeschränkten gläubigerschützenden Maßnahmen auskommt, und mit einer Vergrößerung des Ausschüttungspotentials einhergeht, ist daraus mE zu folgern, dass eine entsprechende bilanzielle Situation für eine Umwandlung umso weniger hinderlich sein sollte, bei der das Ausschüttungspotential völlig unberührt bleibt, und durch die Unterbilanz ohnedies bis auf weiteres verhindert wird, dass ausschüttungsfähiges Kapital freigesetzt wird.

Auf Basis einer Unterbilanz wäre die *Verschmelzung* einer GmbH grundsätzlich ohne Kapitalmaßnahmen auf eine Gesellschaft mit einem mindestens gleich hohen gebundenen Kapital zulässig. Dafür ist zwar uU ein positiver Verkehrswert des übertragenen Vermögens,⁴⁸ aber jedenfalls keine Deckung des bestehenden gebundenen Kapitals der übertragenden oder der übernehmenden Gesellschaft erforderlich. Dabei ist die Verschmelzung gegenüber der Umwandlung als wesentlich massiverer und risikoträchtigerer Vorgang zu beurteilen: Es kommt bei der Verschmelzung zum Untergang

40 Vgl. *Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) § 247 Rz 22; zur Zweijahresfrist vgl. auch *E. Lechner* in FS Helbich 103 (110 ff).

41 Die formwechselnde Umwandlung ist keine Umgründung (ieS), weil es zu keiner Vermögensübertragung kommt (vgl. *Hügel*, Umgründungsbilanzen (1997) 1.23, 3.1.; *Hügel*, RdW 1993, 55 FN 3).

42 Sonst müsste es ja einen einbringenden Rechtsträger geben, der von der übernehmenden Gesellschaft separiert ist. Vgl. auch *Grünwald*, Umwandlung 40 mwN; *van Husen in Straube*, GmbHG § 6 a Rz 72 mwN.

43 Entsprechend begründen *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 85, ihre Ansicht, dass der Ausschluss der Minderheitsgesellschafter auch bei einer überschuldeten Gesellschaft zulässig sei, mit dem Ar-

gument, dass es im Zuge des Ausscheidens der Minderheit zu keiner Umgründung mit Gesamtrechtsnachfolge komme.

44 *Ludwig/Hirschler*, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen (2004) 33; *Hügel*, RdW 1993, 55 (56).

45 *Grünwald*, Umwandlung 39.

46 *Szep in Jabornegg/Strasser* AktG⁵ (2010) § 239 Rz 6; *Kastner*, ÖJZ 1951, 30 (33). Zu einer potentiellen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen im konkreten Einzelfall siehe oben FN 23.

47 *Völkl/Wallner in Straube*, GmbHG § 59 Rz 8.

48 Nach der Judikatur (OGH 07.11.2007, 6 Ob 235/07p) gibt es freilich keinen *allgemeinen* Grundsatz im handelsrechtlichen Umgründungsrecht, dass überschuldete Gesellschaften nicht übertragen, verschmolzen oder eingebracht werden könnten.

des übertragenden Rechtsträgers und zur Vermengung von Vermögensmassen, Haftungsfonds und Gläubigerkreisen.

Bei der *Abspaltung* ist nach § 3 Abs 4 SpaltG für die übertragende Gesellschaft durch Restvermögensprüfung festzustellen, ob das verbleibende Nettoaktivvermögen wenigstens das gebundene Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft deckt. Die Abspaltung ist aber naturge-

mäß und wesentlich mit einem Vermögensabgang bei der übertragenden Gesellschaft verbunden, der beim Formwechsel nicht stattfindet und nicht stattfinden kann.

Auch vor diesem Hintergrund ist es mE sachgerecht, die Umwandlung einer GmbH mit Unterbilanz, aus der typischerweise eine AG mit unverändertem Nominalkapital, unverändertem Vermögen und unverändertem Gläubigerkreis hervorgeht, zuzulassen.

Conclusio

Ein allgemeiner Grundsatz, nach dem die Umwandlung einer GmbH in eine AG nur zulässig ist, wenn das Nennkapital bzw das gebundene Eigenkapital der GmbH in ihrem Nettoaktivvermögen Deckung findet, besteht

mE nicht. Abgesehen von Konstellationen der Gläubigergefährdung im konkreten Einzelfall sollte im Allgemeinen eine Unterbilanz in der GmbH für die Umwandlung in eine AG unschädlich sein.

EuGH: Durchbrechung des haftungsmäßigen Trennungsgrundsatzes bei AG verstößt gegen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit

Geldbußen gegen Aktionäre für Verstöße der Aktiengesellschaft gegen gesetzliche Vorschriften und Landesregeln sind mit der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit unvereinbar.

EuGH 21.10.2010, C-81/09 (Idryma Typou)

Art 49 AEUV, Art 63 AEUV

Aus den Entscheidungsgründen:¹

[...]

Aktionärshaftung bei Fernsehunternehmen in Griechenland

50. Im Ausgangsverfahren beschränkt das griechische Recht die Höchstbeteiligung einer natürlichen oder juristischen Person am Aktienkapital einer Gesellschaft, die Inhaberin einer Erlaubnis für die Gründung, die Errichtung und den Betrieb eines privaten Fernsehsenders ist, auf 25 %. Außerdem sieht Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 2328/1995 vor, dass eine Geldbuße gegen einen Aktionär verhängt werden kann, sobald er einen Anteil an den Aktien einer solchen Gesellschaft besitzt, der über 2,5 % liegt. [...]

Verletzung der Niederlassungsfreiheit und des freien Kapitalverkehrs

57. Die nationale Maßnahme ermöglicht es [...], die Aktionäre einer Fernsehaktiengesellschaft für Geldbußen haftbar zu machen, die gegen diese Gesellschaft verhängt wurden, damit diese Aktionäre dafür Sorge tragen, dass diese Gesellschaft die griechischen Gesetze und Landesregeln beachtet, obwohl die Befugnisse, die diesen Aktionären nach den Regeln, die für das Funktionieren der Organe von Aktiengesellschaften gelten, eingeräumt sind, ihnen keine praktische Möglichkeit dazu geben.

58. Obwohl die Maßnahme unterschiedslos auf griechische Investoren und Investoren anderer Mitgliedstaaten anwendbar ist, ist die abschreckende Wirkung dieser Maßnahme für Investoren anderer Mitgliedstaaten größer als für griechische Investoren.

¹ Die Zwischenüberschriften sind redaktionell eingefügt (nichtamtlich).