

# Aktuelle Probleme des Spaltungsrechts

## Zuordnung und Teilung von Vertragsverhältnissen, Squeeze-out-Spaltung, Konzern-Spaltung, Summengrundsatz

von Ao. Univ.-Prof. Dr. Hanns F. Hügel, Mödling

- I. Einleitung
- II. Partielle Gesamtrechtsnachfolge und Zuordnung der Vermögensteile
  - 1. Zuordnungsfreiheit statt Unternehmenskontinuität
  - 2. Teilung von Vertragsverhältnissen
- III. Squeeze-out-Spaltung
  - 1. Sachverhalt der OGHE vom 29. 9. 1999 und 9. 3. 2000
  - 2. Zulässigkeit: Rechtsmissbrauch, Sachkontrolle
  - 3. Widerspruchserfordernis gemäß § 9 Abs 1 SpaltG
- IV. Konzernspaltung
  - 1. Arten: Up Stream-, Down Stream- und Side Stream-Spaltung
  - 2. Ausnahme vom Anteilsgewährungserfordernis des § 1 SpaltG
  - 3. Kein Umtauschverhältnis: Entbehrlichkeit der Spaltungsprüfung?
  - 4. Entfallen der Restvermögensprüfung bei der Down Stream Abspaltung
  - 5. Kein Austrittsrecht bei der rechtsformübergreifenden Down Stream Abspaltung
- V. Summengrundsatz
  - 1. Aufrechterhaltung der Kapitalbindung
  - 2. Verfahrensfreie Kapitalherabsetzung
  - 3. Reduktion (durch Übertragung) von gebundenen Rücklagen
  - 4. Abspaltung trotz Unterbilanz
- VI. Schluss

**Deskriptoren:** Ausgliederung; Ausschluss; Austrittsrecht; Down Stream-Spaltung; Erga-omnes-Wirkung; gebundene Rücklagen; Gesamtrechtsnachfolge; Kapitalherabsetzung; Unterbilanz; Konzern-Spaltung; materielle Beschlusskontrolle; Minderheitsgesellschafter; partielle Gesamtrechtsnachfolge; rechtsformübergreifende Spaltung; Rechtsmissbrauch; Restvermögensprüfung; Rücklagen; Sachkontrolle; Side Stream-Spaltung; Spaltung; Spaltungsprüfung; Squeeze-out-Spaltung; Summengrundsatz; Up Stream-Spaltung; Vertragsübernahme; Widerspruch. SpaltG.

### I. Einleitung

Die Spaltung ist in die Jahre gekommen. Kaum erinnert man sich noch an das erste Spaltungsgesetz, das als Bestandteil des GesRÄG 1993<sup>1)</sup> erlassen wurde. Noch während der deutschen Reformdiskussion über das Umwandlungsrecht führte der österreichische Gesetzgeber damals die Spaltung zur Neugründung ein. Auch die nicht verhältnismäßige Spaltung war nach dem Spaltungsgesetz 1993 bereits zulässig. Minderheitenschutzprobleme verhinderte der Gesetzgeber von vornherein dadurch, dass er jegliche Spaltung an einen einstimmigen Beschluss aller Anteilsinhaber band<sup>2)</sup>.

Dieser Rechtszustand dauerte nur kurz. Im Zuge der Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen Richtlinien musste das Spaltungsrecht an die 6. gesellschaftsrechtliche Richtlinie, 82/891/EWG („Spal-

tungsrichtlinie“), angepasst werden. Dies erfolgte durch Erlassung eines neuen Spaltungsgesetzes<sup>3)</sup> („SpaltG“). Dabei verfolgte der Gesetzgeber insbesondere die folgenden Ziele:

- Zunächst erkannte der Gesetzgeber zutreffend, dass die Spaltung zur Neugründung nicht alle Bedürfnisse der Praxis abdeckte. Mit dem SpaltG 1996 wurde daher die Spaltung zur Aufnahme, eine Kombination aus Spaltung und Verschmelzung eingeführt (§ 17 SpaltG).
- Ferner galt es das Einstimmigkeitserfordernis des Spaltungsgesetzes 1993 zu überwinden. Dies erforderte Maßnahmen zum Schutz der überstimmten Minderheit, zumal der österreichische Gesetzgeber – anders als der deutsche – das Mehrheitserfordernis auch im Falle der nicht verhältnismäßigen Spaltung einführen wollte (§ 8 Abs 3 SpaltG). Die auf der

<sup>1)</sup> BGBl 1993/458.

<sup>2)</sup> § 6 Abs 1 Spaltungsgesetz BGBl 1993/458.

<sup>3)</sup> Bundesgesetz über die Spaltung von Kapitalgesellschaften (SpaltG) – Art XIII EU-GesRÄG BGBl 1996/304.

Hand liegenden Minderheitenschutzprobleme wurden im Gesetzgebungsverfahren eingehend diskutiert. Das Abschieben lästiger Minderheitsgesellschaften mit fragwürdiger Vermögensausstattung wurde als Schreckgespenst an die Wand gemalt. Überlegt wurde ferner, welche Gläubigerrisiken durch die Trennung florierender Unternehmensteile von einer „Altlasten-Gesellschaft“ eintreten könnten. Selbst die Tagespresse nahm sich des Themas an. Kolportiert wurde die Befürchtung, die verstaatlichte Industrie könnte Pensionsverbindlichkeiten in „Pensionisten-Holdinggesellschaften“ abspalten. Zwar haben sich diese Befürchtungen allesamt als unzutreffend erwiesen; die in der Zwischenzeit sogar höchstgerichtlich abgesegnete Squeeze-out-Spaltung haben die Gesetzesredaktoren indessen nicht vorhergesehen. Dass man Minderheitsgesellschaften in eine Gesellschaft, die ausschließlich über Barmittel verfügt, in eine so genannte Cash-Box, abschieben könnte, blieb dem Erfindungsgeist trickreicher Berater vorbehalten (dazu unten III).

Ungeachtet der daraus folgenden Streitfragen, auf die ich noch später eingehe, hatte diese Vergrößerung des Gestaltungsspielraumes naturgemäß Folgen für das SpaltG 1996: Die verschärfte Minderheitenschutzproblematik verursachte erheblichen Regelungsaufwand. Zusätzlich sollte die Gefahr der Anfechtung und Rückabwicklung von Spaltungen reduziert werden. Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen wurden demgemäß weitgehend ausgeschlossen (§ 9 Abs 2 Satz 1 SpaltG). Aber auch die gerichtliche Nachprüfung des spaltungsrechtlichen Umtauschverhältnisses, sowie der Werthaltigkeit der zugewiesenen Vermögensteile und Anteilsrechte ist weitgehend ausgeschlossen (§ 9 Abs 2 Satz 3 SpaltG<sup>4)</sup>). Zumal bei der nicht verhältnismäßigen Spaltung wollte der Gesetzgeber den Gerichten derart weitgehende Nachprüfungsaufgaben und den beteiligten Rechtsträgern einen in erheblichem Umfang ungewissen Verfahrensausgang ersparen. Das minderheitenschutzrechtliche Korrektiv ist bekannt: Widersprechende Minderheitsgesellschaften haben Anspruch auf Austritt gegen Barabfindung (§§ 2 Abs 1 Z 13, 9 Abs 1 SpaltG).

- Für Umfang und Komplexität des Spaltungsgesetzes 1996 ist noch ein dritter Grund verantwortlich: die außerordentliche Kreativität des österreichischen Gesetzgebers und seine Liebe zum Detail. Vergleichsweise umfangreiche Regelungen existieren nicht nur dort, wo der Gesetzgeber über die Spaltungsrichtlinie und die deutschen Vorbilder<sup>5)</sup> hinausgehende Rege-

lungsziele verfolgte, wie insbesondere bei der mehrheitlich zu beschließenden nicht verhältnismäßigen Spaltung. Das SpaltG 1996 treibt vielmehr auch bei allgemeinen Regelungsproblemen erheblichen Aufwand, der etwa über jenen des deutschen Spaltungsrechts weit hinausgeht: Gemeint sind zunächst jene Rechtseinrichtungen, die der Kapitalerhaltung und Kapitalaufbringung dienen: Summengrundsatz und Restvermögensprüfung sind spezifisch österreichische Kreationen. In diese Kategorie fällt auch die österreichische Bewältigung der spaltungsrechtlichen Haftung für bestehende Verbindlichkeiten: Einerseits bemüht sich das Gesetz, im Rahmen eines Gerichtsverfahrens die Notwendigkeit von Sicherheitsleistungen der gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen (§ 15 SpaltG); angesichts der erheblichen Prognoseunsicherheiten bei der Beurteilung der Gläubigergefährdung keine leichte Aufgabe für den Richter. Hinzu kommt die Überlagerung des spaltungsrechtlichen Sicherheitsleistungsanspruches mit dem verschmelzungsrechtlichen Sicherheitsleistungsanspruch im Falle der Spaltung zur Aufnahme (§ 17 Z 4 SpaltG).

Nach achtjähriger Anwendungspraxis ist zu fragen, ob sich die Spaltung bewährt hat und welche ungelösten Probleme existieren. Und der 65. Geburtstag von *Hans-Georg Koppensteiner* ist dafür ein passender Anlass. Denn zu dem umfangreichen Oeuvre des Jubilars zählt neben dem GmbH-Recht, dem Konzernrecht und dem gewerblichen Rechtsschutz insbesondere auch das Umgründungsrecht<sup>6)</sup>. Mit dogmatischem Scharfsinn und Gespür für aktuelle Probleme der Praxis hat er gerade hier zuletzt Einiges bewegt. Kenner der Materie wissen, dass ich die berühmte Down Stream Merger-Entscheidung des OGH vom 11. 11. 1999<sup>7)</sup> meine, die den Gerichten und der Wissenschaft einen Rattenschwanz ungelöster Folgeprobleme<sup>8)</sup>, der Beratungspraxis aber ein ungeahntes Feld honorarträchtiger Beratungsaktivitäten verschafft hat.

Ein Symposium zum Umgründungsrecht ist somit eine schöne und angemessene Weise, den 65. Ge-

Ausarbeitung des SpaltG 1996 waren bereits die Spaltungsregelungen der §§ 123 ff dUmwG in Kraft.

<sup>4)</sup> *Koppensteiner*, Umwandlungen über die deutsch-österreichische Grenze, FS Hefermehl (1976) 305; *ders*, Österreichisches und europäisches Verschmelzungsrecht, FS Semler (1993) 485; *ders*, Ausgliederung und Spaltungsgesetz, FS Zöllner (1999) 295; *ders*, Sonderrechte bei Auflösung, Unternehmensübertragung und verschmelzende Umwandlung im Recht der GmbH, FS Sigle (2000) 163 = wbl 2001, 1; *ders*, Verschmelzung und Vermögensbindung, wbl 1999, 333.

<sup>5)</sup> GesRZ 2000, 25 = JBl 2000, 188 = ecolex 2000/50.

<sup>4)</sup> Zur Reichweite der gerichtlichen Nachprüfung sowie zur rechtspolitischen Kritik vgl *Hügel*, ecolex 1996, 537 ff.

<sup>5)</sup> Bei Abfassung des SpaltG 1993 orientierte sich der österreichische Gesetzgeber an dem (deutschen) Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen (vgl 1016 BlgNR 18. GP S 3). Bei der

<sup>6)</sup> Ist auch die Auflösung/Reduktion ungebundener Rücklagen unzulässig? Was gilt, wenn – wie etwa beim Up Stream Merger – eine Kapitalerhöhung nicht in Betracht kommt? Modalitäten des vom OGH vorgeschlagenen Gläubigeraufrufs? Gilt die Down Stream Merger-OGHE auch für die Umwandlung nach dem UmwG?

burtstag *Hans-Georg Koppensteiners* zu begehen. Ein Vortrag zum Spaltungsrecht ist nicht nur eine angemessene, sondern überdies auch eine risikolose Würdigung, denn hier haben sich die Arbeiten des Jubilars auf Judikatur und Praxis noch nicht ausgewirkt. Dennoch sorgt der Jubilar bei mir stets für innere Unruhe, wenn ich eine nach allgemeinem Gesellschaftsrecht, also eine simpel gestrickte Ausgliederung zur Eintragung in das Firmenbuch anmelde. Zu bedrohlich wirken die Argumente für die analoge Anwendung des Spaltungsgesetzes auf Ausgliederungsvorgänge<sup>9)</sup>, zumal wir dogmatischen Scharfsinn und argumentative Durchschlagskraft des Jubilars soeben im Falle der kapitalherabsetzenden Verschmelzung kennen gelernt haben<sup>10)</sup>. Dass uns die Firmenbuchrichter bis heute noch nicht Ausgliederungspläne, Ausgliederungsberichte und Ausgliederungsprüfungen abverlangen, dürfte nicht zuletzt darin seinen Grund finden, dass deutsche Festschriften noch nicht zu ihrer täglichen Lektüre zählen.

Doch nun zu dem angekündigten Erfahrungsbericht:

## II. Partielle Gesamtrechtsnachfolge und Zuordnung der Vermögensteile

### 1. Zuordnungsfreiheit statt Unternehmenskontinuität

Herausragendes Merkmal der Spaltung ist die partielle Gesamtrechtsnachfolge. Mit ihr haben sich die Reformdiskussion und das begleitende Schrifttum vorrangig befasst. Im Spaltungsplan können die Vermögensteile ohne Beschränkungen den Nachfolge-Gesellschaften zugeordnet werden. Dabei steht die freie Zuordnung von Vertragsverhältnissen in einem Spannungsverhältnis zur Privatautonomie des anderen Vertragsteils. Denn nach allgemeinen Grundsätzen muss dieser einen Wechsel des Vertragspartners nicht hinnehmen. Die Vertragsübernahme bedarf eben der Zustimmung der anderen Vertragspartei. Vor Einführung der Spaltung konnten Vertragsverhältnisse ohne Zustimmung des Dritten nur in den Fällen der traditionellen-Gesamtrechtsnachfolge übertragen werden; da sowohl beim erbrechtlichen Vorbild, der Gesamtrechtsnachfolge des Erben, als auch in den Verschmelzungs- und Umwandlungsfällen der bisherige Vertragspartner wegfällt und das Vertragsverhältnis zwangsläufig mit dem gesamten Vermögen übergeht, bedeutet dies keine Verletzung der Interessen des anderen Vertragsteils.

Das Schrifttum<sup>11)</sup> aber auch die Gesetzesredaktoren haben erwogen, die spaltungsrechtliche Abweichung von diesen Grundsätzen mit dem Rechtsgedanken der Unternehmenskontinuität zu

<sup>9)</sup> *Koppensteiner*, FS Zöllner aaO.

<sup>10)</sup> *Koppensteiner*, Verschmelzung und Vermögensbindung, wbl 1999, 333. Aktueller Meinungsstand zum (vergleichbaren) Problem der analogen Anwendung der Spaltungsregelungen der §§ 123 ff dUmwG auf die Einbringung vgl bei *Lüders/Wulff*, BB 2001, 1210 f.

<sup>11)</sup> Für Österreich: *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 112 ff mwN zur deutschen Diskussion.

verbinden. Dient die Spaltung der Übertragung unternehmerischer Einheiten, ist es nur konsequent, das Vertragsverhältnis mit dem übergehenden Unternehmensteil zu verknüpfen und die Bedeutung der „farblosen“ juristischen Person zurücktreten zu lassen. Denn: Rechtsgeschäfte mit Unternehmensträgern sind in der Regel unternehmensbezogen, nicht personenbezogen. Die Übertragung unternehmerischer Einheiten als Wesenselement der Umgründung hätte auch der steuerrechtlichen Typenbildung entsprochen (§§ 12 Abs 2, 32 Abs 1, 38a UmgrStG).

Diese Tatbestandsbildung hat der Gesetzgeber indessen bewusst abgelehnt<sup>12)</sup>. Anders als im Steuerrecht kann die Spaltung nicht bloß zur Übertragung von Betrieben, Teilbetrieben oder unternehmerischen Beteiligungen eingesetzt werden. Im Falle der Übertragung von Vertragsverhältnissen setzt sich das Gesetz schroff über die Privatautonomie der dritten Vertragspartei hinweg: Wer mit einer Baumeister-GmbH kontrahiert muss damit rechnen, dass das Bauunternehmen durch Abspaltung übertragen und sein Vertragsverhältnis mit einer Holding-Gesellschaft fortgesetzt wird. Es kann dem Bauherrn aber auch passieren, dass das Bauunternehmen zurückbleibt und nur das Vertragsverhältnis abgespalten wird. Als Schutz des Dritten dient zunächst die solidarische Haftung der Nachfolge-Gesellschaften gemäß § 15 SpaltG. Ist die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar, steht dem Dritten das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund zu<sup>13)</sup>.

### 2. Teilung von Vertragsverhältnissen

Die Zuordnungsfreiheit bei der Spaltung ist indessen nicht unbegrenzt: Häufig wird die Unübertragbarkeit höchstpersönlicher Rechte behauptet. Dass dies nicht zutrifft, hoffe ich in der Festschrift für den Jubilar überzeugungskräftig dargelegt zu haben. Unternehmensbezogene Dienstbarkeiten, Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte können meines Erachtens durch Spaltung übertragen werden. Die Grenzen der Zuordnungsfreiheit können allerdings bei der Teilung einheitlicher Vertragsverhältnisse überschritten sein<sup>14)</sup>. Auch hier ist aber mE zu differenzieren. Die Übertragung einer isolierten Forderung, etwa einer Entgeltforderung, scheitert nicht daran, dass das Vertragsverhältnis selbst zurückbleibt. Die Situation ist hier nicht anders als in dem Fall, in dem ein Werkunternehmer seine Werklohnforderung, etwa zu Finanzie-

<sup>12)</sup> Vgl zum SpaltG 1993: 1016 BlgNR 18. GP S 4; dazu *Hügel*, umgründungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge, Dienstbarkeiten und höchstpersönliche Rechte, FS Koppensteiner (2001) 91, 102 f. Zu den Spaltungsregelungen der §§ 123 ff dUmwG vgl *Engelmeyer*, Die Spaltung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht (1995) 48 f.

<sup>13)</sup> Vgl *Engelmeyer*, Spaltung 346.

<sup>14)</sup> Zur Problematik vgl etwa *Kalss*, Handkommentar zur Verschmelzung Spaltung Umwandlung (1997) § 14 SpaltG Rz 8 S 463; *Engelmeyer*, Spaltung 346.

rungszwecken, an eine Bank, abtritt. Unzulässig dürfte es indessen sein, zusammengehörende Sach- und/oder Dienstleistungsverpflichtungen zu trennen. Nebenverpflichtungen, insbesondere Schutz- und Sorgfaltsverpflichtungen, sind schon nach ihrer Natur nicht getrennt abspaltbar. Im Übrigen dürfte der Teufel im Detail liegen: Darf der Mieter zwar das gesamte Vertragsverhältnis, insbesondere seinen Benützungsanspruch, zurückbehalten, seine Verpflichtungen, insbesondere zur Bezahlung des Mietzinses und zur Instandhaltung des Mietobjektes hingegen abspalten? Noch dramatischer wäre der Eindruck, könnte der Arbeitgeber zwar das Arbeitsverhältnis zurückhalten, die Entgeltverbindlichkeit aber übertragen. Andererseits sorgt die solidarische Haftung aller Nachfolge-Gesellschaften (§ 15 SpaltG) sowohl für die Erhaltung des Haftungsfonds als auch für die Erhaltung der sicheren Aufrechnungslage. Diese Fragen können hier nicht weiter verfolgt werden, zumal die Rechtslage auf Grund von Sondergesetzen, die das Spaltungsrecht überlagern, vergleichsweise kompliziert ist. Jedenfalls dürften das AVRAG und das Mietrechtsgesetz dafür sorgen, dass unternehmensbezogene Arbeits- und Mietverhältnisse nicht von den jeweiligen Unternehmensteilen und dem jeweiligen Mietgegenstand abgetrennt werden können<sup>15</sup>). Die Abspaltung einzelner Ansprüche oder Verbindlichkeiten dürfte damit indessen nicht schlichtweg unvereinbar sein.

Die Problematik der Aufspaltung von Vertragsverhältnissen hat durch die Energieliberalisierung Aktualität erhalten: Bisher haben EVUs mit den Kunden auf den ersten Blick einheitliche Vertragsverhältnisse über Stromlieferung und Netzzugang abgeschlossen. Die Liberalisierung des Strommarktes birgt die Tendenz in sich, die Funktionen des Energievertriebs, des Stromhandels und des Netzbetriebs zunächst wirtschaftlich – Stichwort „Unbundling“<sup>16</sup>) –, später aber in eigenen Rechtssträgern zu trennen. Ähnliche Tendenzen zeichnen sich in der Gasliberalisierung ab<sup>17</sup>). Dies zielt auf die Trennung der Gasversorgung von dem Betrieb von Pipelines und Gasspeicher ab. EVUs gehen nunmehr dazu über, diese Funktionen auf verschiedene Rechtsträger aufzuteilen. Dies erfordert die Aufspaltung des – vordergründig einheitlichen – Anschlussvertrages in einen Strom- oder Gaslieferungsvertrag, der typischer Weise auf eine neue Vertriebsgesellschaft übergehen soll, und den beim EVU zurückbleibenden Netznutzungsvertrag. Häufig soll dies im Zusammenhang mit der Abspaltung des Vertriebsbereichs erfolgen. Sind hier die Grenzen der Zuordnungsfreiheit überschritten?

Der Blick auf den Lösungsansatz wird erleichtert, wenn man die Konsequenzen der Unzulässigkeit bedenkt. Bei der Abspaltung ist man geneigt anzunehmen, dass das unteilbare Vertragsverhältnis insgesamt zurückbleiben muss<sup>18</sup>). Bei der Auf-

spaltung kommt diese Lösung nicht in Betracht, denn bei welcher der Nachfolge-Gesellschaften sollte das unteilbare Vertragsverhältnis „zurückbleiben“? Das automatische Erlöschen des Vertragsverhältnisses wäre kaum interessengerecht und wird regelmäßig dem hypothetischen Parteiwillen widersprechen. Für die soeben erwogene Lösung im Falle der Abspaltung zeigt dies, dass das Zurückbleiben des Vertragsverhältnisses bei der abspaltenden Gesellschaft eine willkürliche Annahme ist.

Letztlich dürfte gar kein spaltungsrechtliches, zumindest aber kein ausschließlich spaltungsrechtliches Problem vorliegen. Vielmehr ist die Teilung eines Vertragsverhältnisses durch Spaltung wohl so etwas ähnliches wie eine Vertragslücke, ein Ereignis, das die Parteien bei Abschluss des Vertrages nicht bedacht haben, andererseits aber geregelt hätten, wenn es ihnen bewusst gewesen wäre<sup>19</sup>). Die Teilbarkeit des Vertragsverhältnisses hängt somit von ihrer Beurteilung anhand des hypothetischen Parteiwillens ab. Auf das konkrete Problem der Energieliberalisierung angewendet: Im Allgemeinen wird die Teilung für den Stromkunden vorteilhaft sein. Auf Grund des getrennten Netzzugangsvertrages kann er Strom auch von anderen Lieferanten beziehen. Der Netznutzungsvertrag bindet ihn – anders als vor der Energieliberalisierung – nicht an den mit dem Netzbetreiber identischen Stromlieferanten. Naturgemäß dürfen sich auch die anderen Konditionen durch die Teilung des Anschlussvertrages für den Kunden nicht verschlechtern.

### III. Squeeze-out-Spaltung

#### 1. Sachverhalt der OGHE vom 9. 3. 2000

Doch nicht nur dritte Vertragspartner sind durch die spaltungsrechtliche Zuordnungsfreiheit betroffen. Diese kann vielmehr auch zum Minderheitenschutzproblem werden. Das SpaltG hilft da eifrig mit, zumal es – fast ist man geneigt zu sagen: im Interesse der Konfliktkumulierung – die nicht verhältniswahrende Mehrheitsspaltung zulässt. Vor minderheitenfeindlichen Gestaltungsmaßnahmen wurde im Gesetzgebungsverfahren gewarnt, die Gestaltungspraxis hat dem Gesetzgeber in Gestalt der Squeeze-out-Spaltung auch prompt die Rechnung präsentiert. Die Konstruktion ist aus dem Schrifttum und der einschlägigen OGH-Entscheidung vom 9. 3. 2000<sup>20</sup>) bekannt: Im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots hatte ein bekannter Konzern eine mehr als 90%ige Mehrheit an einer börsennotierenden Konzerntochter erworben. Damit hatte den widerspenstigen Minderheitsgesellschaftern die Stunde geschlagen. Anders als in vergleichbaren Fällen wurde die Minderheit indessen nicht durch eine verschmelzende

<sup>15</sup>) Kalss, aaO § 14 SpaltG Rz 8 S 462 f mwN; Grünwald, GesRz 1995, 118.

<sup>16</sup>) Vgl § 8 ELWOG.

<sup>17</sup>) Vgl § 7 GWG BGBl I 2000/121.

<sup>18</sup>) So iE § 132 dUmwG.

<sup>19</sup>) Vgl nur Koziol/Welser, Grundriss des bürgerliches Rechts<sup>11</sup> I 97, 146 mwN.

<sup>20</sup>) eolex 2000/166 mit Anm Bachner; vgl auch die Vorentscheidung OGH 29. 9. 1999, eolex 2000/51 mit Anmerkung Terlitza.

Umwandlung auf den Hauptgesellschafter (§ 2 UmwG) ausgeschlossen. Vielmehr beschloss der Hauptgesellschafter mit seiner mehr als 90%igen Stimmrechtsmehrheit eine nicht verhältnismäßige Spaltung: Die Konzerntochter übertrug auf die neu gegründete Schwestergesellschaft ausschließlich Barmittel, weshalb für diese Gesellschaft auch die liebevolle Bezeichnung „Cash-Box“ geprägt wurde. Die Anteile an der Cash-Box wurden den Minderheitsgesellschaftern zugeordnet, die Anteilsquote des Hauptgesellschafters an der unternehmenstragenden Konzerntochter von mehr als 90% auf 100% aufgestockt. Das Barvermögen der Cash-Box entsprach dem Wert der Anteile der Minderheitsgesellschafter. Für diese machte es somit keinen Unterschied, ob sie die angebotene Barabfindung wählten oder sich mit den Anteilen an der Cash-Box begnügten.

Die Squeeze-out-Spaltung hat gegenüber der verschmelzenden Umwandlung einige Vorteile. Während das Unternehmen bei der verschmelzenden Umwandlung auf den Hauptgesellschafter übertragen wird, wodurch Grunderwerbsteuer anfallen und Verlustvorträge untergehen könnten<sup>21)</sup>, wird bei der Squeeze-out-Spaltung nur Barvermögen übertragen. Dies hat keine nachteiligen steuerlichen Folgen. Hinzu kommt ein gewichtiger gesellschaftsrechtlicher Vorteil: Die gerichtliche Erhöhung der Barabfindung können bei der Spaltung nur solche Minderheitsgesellschafter verlangen, die Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben (§ 9 Abs 1 Satz 1 SpaltG). Bei der verschmelzenden Umwandlung steht dieser Anspruch allen Minderheitsgesellschaftern zu (§ 2 Abs 2 Z 3 UmwG). Dabei kommt eine gerichtliche Erhöhung der Barabfindung (§ 2 Abs 3 UmwG) auch solchen Minderheitsgesellschaftern zu, die sich am gerichtlichen Überprüfungsverfahren nicht beteiligen. Stichwort: Erga-omnes-Wirkung<sup>22)</sup>.

Anders im Falle der nicht verhältnismäßigen Spaltung: Steht dem Minderheitsgesellschafter mangels Widerspruchs kein Barabfindungsanspruch zu, kann er naturgemäß auch nicht in den Genuss einer gerichtlichen Erhöhung der Barabfindung kommen. Im strittigen Fall war der Vorteil der Squeeze-out-Spaltung beträchtlich: Nur 4% der Minderheitsgesellschafter hatten in der Hauptversammlung Widerspruch erhoben. Die gerichtliche Überprüfung der Barabfindung ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen. Führt das Verfahren zu einer Erhöhung der Barabfindung, hat sich der Konzern – beabsichtigt oder unbeabsichtigt – 96% des Erhöhungsbetrages erspart. Angesichts der geringen Hauptversammlungspräsenzen österreichischer Aktiengesellschaften kein überraschendes Ergebnis.

Die Squeeze-out-Spaltung wirft mehrere Fragen auf.

- Zunächst: Ist die Squeeze-out-Spaltung zulässig? Folgende Grundsätze zum Schutz der Min-

derheit sind zu bedenken: Rechtsmissbrauch, Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile, materielle Beschlusskontrolle anhand der Kriterien der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit.

- Im Falle der Zulässigkeit der Squeeze-out-Spaltung wäre zu überlegen, ob der Anspruch auf Überprüfung der Barabfindung in Analogie zum UmwG auch ohne Widerspruchserhebung besteht.

## 2. Zulässigkeit: Rechtsmissbrauch, Sachkontrolle

Die Zulässigkeit der Squeeze-out-Spaltung hat der OGH in seinem Beschluss vom 9. 3. 2000 bekanntlich bejaht. Die Begründung ist knapp. Der OGH verweist auf die Entscheidung des Gesetzgebers, keine Einschränkung bei der Festsetzung des Spaltungsvermögens vorzunehmen. Die „angestrebte Entflechtung“ – wie der OGH den beabsichtigten Squeeze-out etwas euphemistisch nennt – sei kein Zweck, der nur im Wege einer verschmelzenden Umwandlung verwirklicht werden dürfe. Vielmehr liege es „in der Entscheidungsbefugnis des Mehrheitsgesellschafter, unter mehreren gesetzlichen zulässigen Umstrukturierungsmaßnahmen jene zu wählen, mit der das gewünschte Ergebnis – hier Entflechtung der Gesellschafterstruktur unter Aufrechterhaltung der abspaltenden Gesellschaft – erreicht werden kann.“ Rechtsmissbrauch kommt nach ständiger Rechtsprechung nur bei eindeutig überwiegendem Schädigungszweck in Betracht. Die materielle Inhaltskontrolle<sup>23)</sup> des Spaltungsbeschlusses thematisierte der OGH nicht, zumal er im Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung, nicht hingegen in einem Anfechtungsstreit befasst war. Die Unanwendbarkeit der Kali + Salz-Grundsätze im Falle der Squeeze-out-Spaltung ist nach der OGH-Entscheidung vom 26. 2. 1998<sup>24)</sup> zur Kontrollfreiheit des Ausschlusses im Wege der verschmelzenden Umwandlung nicht zu bezweifeln<sup>25)</sup>.

Dem OGH ist hier sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zu folgen. Zutreffend erkennt er die Bedeutung der sehr weitgehenden Spaltungskonzeption für die Beurteilung der betroffenen Gesellschafterrechte: Da die Spaltung nicht auf die Übertragung unternehmerischer Einheiten beschränkt ist, kann der Mehrheitsgesellschafter den Zweck der Spaltung im Grundsatz frei wählen. Den Minderheitsgesellschaftern können auch Anteile an einer Nachfolge-Gesellschaft zugeteilt werden, die über kein unternehmerisches Vermögen verfügt. Besteht dieses in handelbaren Wertpapieren (oder Barvermögen) sind – wegen der jederzeitigen Realisierbarkeit – die Interessen der Minderheitsgesellschafter sogar besser gewahrt als im Falle der Zuordnung von Liegenschaftsvermögen

<sup>23)</sup> Dazu Nachweise bei Hügel, FS Krejci (2001) 655 f.

<sup>24)</sup> wbl 1998, 546.

<sup>25)</sup> Ebenso die herrschende Ansicht in Deutschland zur Verschmelzung: Vgl insbes Lutter in Lutter, UmwG<sup>2</sup> § 13 Rz 31 ff mwN.

<sup>21)</sup> Vgl §§ 4, 10 UmgrStG.

<sup>22)</sup> Kalss, Handkommentar § 2 UmwG Rz 4.

oder Beteiligungen. Auch der Zweck, die Minderheitsgesellschafter aus dem Unternehmen hinauszudrängen, führt nicht zur Unzulässigkeit der Spaltung. Dass derartige Interessenbeeinträchtigungen durch die qualifizierte 90 %-Kapitalmehrheit beschlossen werden können, zeigt sich anhand der verschmelzenden Umwandlung. Das hier bestehende qualifizierte Mehrheitserfordernis diene dem Gesetzgeber auch als Vorbild bei der Regelung der nicht verhältnismäßigen Spaltung<sup>26)</sup>. Ist der Squeeze-out danach ein umgründungsrechtlich unbedenkliches Ziel, kann es auch durch die zweckneutrale – weil nicht auf die Übertragung unternehmerischer Einheiten beschränkte – Spaltung verwirklicht werden. Zurecht betont der OGH somit das Recht des Mehrheitsgesellschafters, den Squeeze-out mit der von ihm frei gewählten Umstrukturierungsmaßnahme zu verwirklichen.

Auch der de facto-Ausschluss der Minderheit ist somit ein Zweck, der legitimer Weise durch die Spaltung verfolgt werden kann. Die Interessen der Minderheitsgesellschafter müssen hier zurückstehen. Am Rande sei angemerkt, dass dies einer internationalen Rechtsentwicklung entspricht: Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Squeeze-out-Regelungen anderer Rechtsordnungen schiebt sich der deutsche Gesetzgeber im Zuge der Kodifizierung des Übernahmerechts an, der 95%igen Aktionärsmehrheit den Ausschluss einer maximal 5%igen Minderheit ganz allgemein – also unabhängig von Umstrukturierungsvorgängen – zu eröffnen<sup>27)</sup>.

### 3. Widerspruchserfordernis gemäß § 9 Abs 1 SpaltG

Hingegen ist ein obiter dictum der OGH-Entscheidung vom 9. 3. 2000 unzutreffend, zumindest aber in höchstem Maße missverständlich. Mit Blickwinkel auf den konkreten Antragsteller, der keinen Widerspruch zur Niederschrift erhoben hatte, meint der OGH, dass die (mangels Widerspruchs erfolgte) Zurückweisung des Überprüfungsantrages keinen Anspruchsverlust bewirke. Auf Grund der Erga-omnes-Wirkung der Entscheidung im Überprüfungsverfahren kämen auch Aktionäre, deren Anträge zurückgewiesen wurden, in den Genuss der zugesprochenen Ausgleichsleistung. Wenn diese Aussage, was auf Grund des entschiedenen Falls (unterlassener Widerspruch) nahe liegt, so zu verstehen ist, dass der Barabfindungsanspruch (und eine Erhöhung durch gerichtliche Entscheidung) auch Minderheitsaktionären, die keinen Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben, zugute kommt<sup>28)</sup>, ist dem OGH nachhaltig zu widersprechen.

<sup>26)</sup> ErlRV zum EU-GesRÄG: 32 BlgNR 20. GP S 15.

<sup>27)</sup> Vgl *Kohlhauser*, Squeeze out – Eine Neuregelung in Sicht? SWI 2001, 224; zur Reformdiskussion in Deutschland vgl zuletzt *Seibt* in VGR (Hrsg), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2000, VGR Band 3 (2001) 71 f mwN.

<sup>28)</sup> Dazu eingehend nunmehr auch *Torggler/Torggler*<sup>2</sup>, Zur Überprüfung der Barabfindung (§ 9 Abs 2, § 11 SpaltG iVm §§ 225c ff AktG), wbl 2001, 193 f.

Das zitierte obiter dictum steht nicht nur mit den Ausführungen des OGH in derselben Entscheidung<sup>29)</sup>, sondern auch mit dem klaren Wortlaut des § 9 Abs 1 SpaltG in Widerspruch, wonach der Barabfindungsanspruch – und somit auch seine gerichtliche Erhöhung – von der Erhebung des Widerspruchs abhängt.

Der OGH-Entscheidung dürfte insoweit ein Versehen zu Grunde liegen. Allerdings vertritt *Bachner*<sup>30)</sup> die gleiche Rechtsansicht auf Grund einer teleologischen Reduktion des § 9 Abs 1 SpaltG. Zuzufolge der Materialien solle der Abfindungsverpflichtete durch den Widerspruch über das Ausmaß der für die Barabfindung einzusetzenden Liquidität informiert werden. Im Falle der Squeeze-out-Spaltung gehe dieser Zweck ins Leere, denn die Gesellschaft stelle – teils durch Zuführung von liquiden Mitteln an die Cash-Box, teils durch Bereithalten der Barabfindung – eben gerade jene finanziellen Mittel bereit, die zum Squeeze-out aller Minderheitsgesellschafter erforderlich seien. Der Gesellschaft sei der erforderliche Betrag daher von Anbeginn bekannt. Die Informationsfunktion des Widerspruchs gehe ins Leere. Auf Grund einer teleologischen Reduktion des § 9 Abs 1 SpaltG sei der Widerspruch im Falle der Squeeze-out-Spaltung nicht erforderlich.

Dem ist meines Erachtens<sup>31)</sup> nicht zu folgen<sup>32)</sup>. Der Widerspruch erfüllt nämlich mehrere Funktionen: Mag in dem vom OGH entschiedenen Fall zwar das Barerfordernis von Anbeginn bekannt gewesen sein<sup>33)</sup>, so konnten die beteiligten Gesellschaften selbst im Falle der gegenständlichen Squeeze-out-Spaltung auf Grund der erhobenen Widersprüche beurteilen, in welchem Ausmaß eine allfällige gerichtliche Erhöhung der Barabfindung droht. Diese Informationsfunktion ist somit auch im Falle der Squeeze-out-Spaltung nicht gegen-

<sup>29)</sup> Am Beginn der Entscheidungsbegründung bemerkt der OGH zutreffend: „Die Beschränkung der Antragslegitimation auf Überprüfung der Barabfindung auf jene Gesellschafter, die tatsächlich Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben, wird aus der Überlegung verständlich, dass § 9 SpaltG nur jenen Gesellschaftern ein Recht auf Barabfindung und deren Überprüfung einräumen wollte, die auch tatsächlich Anspruch auf Abfindung haben, weil sie dem Spaltungsbeschluss in der Gesellschafterversammlung nicht zugestimmt, sondern Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben.“

<sup>30)</sup> Squeeze-out durch Spaltung, *ecolex* 2000, 360.

<sup>31)</sup> Die nachstehenden Ausführungen zum Widerspruchserfordernis bei der Squeeze-out-Spaltung beruhen auf einem Rechtsgutachten des Verfassers.

<sup>32)</sup> Ebenso jüngst *Torggler/Torggler*, wbl 2001, 193.

<sup>33)</sup> *Torggler/Torggler* verweisen im Übrigen zutreffend darauf, dass sich die beteiligten Gesellschaften in jedem Falle einer nicht verhältnismäßigen Spaltung (nicht bloß bei der Squeeze-out-Spaltung) über das Höchstausmaß der Barabfindung von Anfang an im Klaren sein müssen. Auf Grund der von den Organen geschuldeten Sorgfalt dürfen diese die Spaltung überhaupt nur in Gang setzen und den Gesellschaftern zur Beschlussfassung vorlegen, wenn die Finanzierung der Barabfindung auch bei Ausübung des Austrittsrechtes durch alle Minderheitsaktionäre sichergestellt sei.

standslos. Mit dem überwiegenden deutschen Schrifttum ist schließlich davon auszugehen, dass der Widerspruch im Falle eines umwandlungsbedingten Austrittsrechtes auch abfindungsbegrenzende Funktion hat<sup>34)</sup>.

Zusätzlich kann nach dem Spaltungsgesetz nicht zweifelhaft sein, dass dem Widerspruch jedenfalls den Anspruch auf Sicherheitsleistung für die Barabfindung konkretisierende Funktion zukommt. Im Spaltungsplan ist die Barabfindung bloß anzubieten (§ 2 Abs 1 Z 13 SpaltG). Die in § 9 Abs 1 SpaltG angeordnete Sicherheit für die Barabfindung ist in diesem Zeitpunkt noch nicht zu leisten. Denn: Wie viele Aktionäre sich zum Austritt entschließen, steht zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest. Die Sicherheitsleistung muss spätestens im Zeitpunkt der Anmeldung der Spaltung zur Eintragung in das Firmenbuch erfolgen. Der Nachweis der Sicherheit ist nämlich gemäß § 13 Z 8 SpaltG als Beilage zur Anmeldung dem Firmenbuchgericht vorzulegen. Zu diesem Zeitpunkt muss somit die Höhe des Barabfindungsanspruches feststehen. Ohne Widerspruch wäre die Gesellschaft aber so schlau wie im Zeitpunkt der Aufstellung des Spaltungsplans. Muss die Höhe der Barabfindung somit vor der Firmenbuchanmeldung konkretisiert werden, kann dies naturgemäß nur durch die Erhebung des Widerspruchs gegen den Spaltungsbeschluss erfolgen. Auch das Gesetz geht von dieser zeitlichen Abfolge aus: § 9 Abs 1 SpaltG statuiert im ersten Satz zunächst das Widerspruchserfordernis. Am Ende dieses Absatzes – noch vor der in § 12 geregelten Anmeldung zum Firmenbuch – wird die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung angeordnet. Die den Sicherheitsleistungsanspruch konkretisierende Funktion des Widerspruchs ist naturgemäß auch im Falle des Squeeze-out-Spaltung unentbehrlich, die teleologische Reduktion des § 9 Abs 1 SpaltG daher abzulehnen.

#### IV. Konzern-Spaltung

##### 1. Arten: Up Stream-, Down Stream- und Side Stream-Spaltung

Ich wende mich nunmehr Problemen der Spaltung im Konzern zu. Schon unmittelbar nach Erlassung des SpaltG 1996 wurde im Schrifttum auf die Bedeutung der neu eingeführten Spaltung zur Aufnahme für die Durchführung von Spaltungen im Konzern hingewiesen<sup>35)</sup>. Ausgangspunkt war die Erfahrungstatsache, dass Umgründungen zwischen nicht verbundenen Gesellschaften, insbesondere der so genannten Konzentrationsverschmelzung, nur geringe praktische Bedeutung zukommt. Fusionen finden in der Regel nach einer

Konzernierung statt. Häufig handelt es sich bloß um eine Konzernumstrukturierung.

Nicht anders ist es bei der Spaltung. Nur selten dient sie der Trennung von Familienstämmen; die Entflechtung fusionierter Unternehmen wurde bislang für ein typisches Kathederbeispiel gehalten. Die Auflösung des europaweiten Mobil/BP-Joint Ventures hat uns da eines Besseren belehrt. In den überwiegenden Fällen dient die Spaltung allerdings der Umstrukturierung im Konzern. Drei Strukturtypen sind zu nennen:

1. Noch am seltensten tritt jene Konzernspaltung auf, bei welcher eine Konzern-Tochtergesellschaft einen Teilbetrieb oder eine Beteiligung auf ihre Mutter überträgt. Den vergleichbaren Verschmelzungsfall habe ich in meiner Habilitationsschrift<sup>36)</sup> noch langatmig als „Konzernverschmelzung durch Aufnahme der Untergesellschaft“ genannt. Meine trotzige Abwehrhaltung gegen modische Begriffsbildungen musste ich in der Zwischenzeit aufgeben. Analog zum Up Stream Merger sprechen wir kurz und neudeutsch von einer Up Stream-Spaltung.
2. Erhebliche Bedeutung hat hingegen die Side Stream-Spaltung, die Abspaltung auf die Konzern-Schwestergesellschaft. Sie kam etwa zum Einsatz bei der Vereinigung der österreichischen Sandoz-Gesellschaften mit den entsprechenden Ciba-Geigy-Gesellschaften zu der neuen Novartis-Gruppe: Die Konzerngesellschaften beider Gruppen trennten Teilbetriebe und Beteiligungen durch Abspaltung ab und vereinigten sie – je nach sachlicher Zugehörigkeit – in den aufnehmenden Novartis-Sparten-Gesellschaften. Aus mehreren Gesellschaften mit jeweils unterschiedlichen Teilbetrieben entstanden mehrere reinrassige Sparten-Gesellschaften der vereinigten Konzernstruktur.
3. Vielleicht noch bedeutender ist die dem Down Stream Merger nur auf den ersten Blick sehr ähnliche Abspaltung zur Aufnahme durch die 100%ige Konzern-Tochtergesellschaft. Hier ersetzt die Spaltung zur Aufnahme die im österreichischen Recht nicht gesondert geregelte Ausgliederung unter partieller Gesamtrechtsnachfolge. Auch die Down Stream-Abspaltung wurde im Rahmen von Fusionsvorgängen eingesetzt: So haben – nur kurze Zeit nach Einführung der Spaltung zur Aufnahme – die österreichischen Mobil- und BP-Gesellschaften ihre Treibstoff- und Schmiermittel-Joint Ventures wie folgt gegründet: Zunächst wurden die Teilbetriebe in 100%ige Treibstoff- und Schmiermittel-Tochtergesellschaften abgespalten. Die branchengleichen Mobil- und BP-Tochtergesellschaften wurden danach verschmolzen, und da letztlich ein steuerlich transparenter Rechtsträger gewünscht wurde, erfolgte anschließend die Umwandlung der vereinigten Treibstoff- und Schmiermittel-Gesellschaften in offene Handelsgesellschaften. Entscheidend war, dass Spaltung, Verschmelzung und Um-

<sup>34)</sup> Decher in Lutter, *UmwG*<sup>2</sup> § 207 Rz 11 mwN. Ebenso bereits Terlitza in seiner Besprechung der OGHE vom 29. 9. 1999 *ecolex* 2000, 123, 125. Ebenso nunmehr Torggler/Torggler, *wbl* 2001, 195 FN 12. Vgl auch Kalss, *Handkommentar* § 9 SpaltG Rz 12 unter Hinweis auf die sonst drohende Gefahr der „finanziellen Aushöhlung der beteiligten Gesellschaften“.

<sup>35)</sup> Hügel, *ecolex* 1996, 534; ders, *Umgründungsbilanzen* (1997) Rz 6.57; Hirschler, *NZ* 1997, 170.

<sup>36)</sup> Verschmelzung und Einbringung (1993).

wandlung mit Gesamtrechtsnachfolge verbunden waren. Andernfalls wären die durch erhebliche Vorinvestitionen erkaufte Bezugsbindungen der Tankstellenbetreiber und Schmiermittelabnehmer gefhrtet gewesen.

Heute ist die Ausgliederung durch Abspaltung ein gängiges Instrument der Umstrukturierungspraxis: Im Zuge der Fusion mit der Hypo Vereinsbank hat die Bank Austria AG ihren gesamten Bankbetrieb nach diesem Muster in ihre 100%ige Tochtergesellschaft Sparkasse Stockerau-AG eingebracht<sup>37)</sup>. Und die OMV AG schickt sich soeben an, auf die gleiche Weise ihr gesamtes Gas-Geschäft in eine 100%ige Tochter-AG auszugliedern.

## 2. Ausnahme vom Anteilsgewhrungserfordernis des § 1 SpaltG

Unter der Geltung des Spaltungsgesetzes 1993 waren diese Vorgänge nicht möglich, denn sie können nicht als Spaltung zur Neugründung verwirklicht werden, weil diese gemäß § 1 SpaltG zwingend mit der Gewährung von Anteilen an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft verbunden ist. Dies stnde aber mit der Konstruktion der Konzernspaltung im Widerspruch. Anhand der Ausgliederung des Bankbetriebes der Bank Austria in die 100%ige Tochter-AG: Wäre eine Abspaltung zur Neugründung durchgeführt worden, hätten die Aktien an der neu entstehenden Tochter-AG nicht an die übertragende Bank Austria, sondern an die Bank Austria-Aktionäre ausgegeben werden müssen. Der Bankbetrieb wäre nicht im Eigentum einer Tochter-Gesellschaft der Bank Austria-Holding AG, sondern im Eigentum einer Schwestergesellschaft gestanden. Ein kontraproduktives Ergebnis. Das Anteilsgewhrungserfordernis des § 1 SpaltG verhindert somit die Abspaltung in eine neu gegründete Tochter-Gesellschaft. Abhilfe bringt hier die Spaltung zur Aufnahme. Da § 17 Z 5 SpaltG auf das Verschmelzungsrecht verweist, kommt auch § 224 AktG zur Anwendung, der das Unterbleiben der Anteilsgewhrung im Falle der Konzernverschmelzung regelt. Entsprechend ist die Up Stream-<sup>38)</sup>, Down Stream-<sup>39)</sup> und Side Stream-Spaltung<sup>40)</sup> zur Aufnahme zulässig. Hier steht das Anteilsgewhrungserfordernis der Spaltungsdefinition des § 1 SpaltG der Anteilsgewhrung nicht entgegen. Dies zeigt die Analogie zum Verschmelzungsrecht: Auch die Verschmelzungsdefinitionen der §§ 219 AktG und 96 GmbHG nennen die Anteilsgewhrung. Dies wird indessen durch die Aus-

<sup>37)</sup> Vgl Sachverhalt laut Stellungnahme der Übernahmekommission vom 12. 9. 2000, GZ 2000/1/4-171.

<sup>38)</sup> Die Anteilsgewhrung unterbleibt gemäß § 224 Abs 1 Z 1 AktG.

<sup>39)</sup> Die Anteilsgewhrung kann entweder auf § 224 Abs 2 Z 1 AktG gestützt werden (so *Hirschler*, NZ 1997, 170 zur „Schwesterspaltung“); aber auch § 224 Abs 3 AktG kommt in Betracht, weil die Anteilsgewhrung nicht „erforderlich“ ist (so *Hügel*, *ecolex* 1996, 534).

<sup>40)</sup> Die Anteilsgewhrung kann gemäß § 224 Abs 2 Z 1 AktG unterbleiben.

nahmeregelung des § 224 AktG verdrängt. Schließlich zeigt die konditionale Fassung des § 17 Z 3 Satz 2 SpaltG, dass das SpaltG auch Spaltungen zur Aufnahme ohne Kapitalerhöhung kennt.

Die Zulässigkeit der Konzernspaltung ohne Anteilsgewhrung ist in der Registerpraxis unbestritten. Wie auch in anderen Fällen dürfte der Gesetzgeber indessen diese Konsequenz der Verweigerungstechnik des Umgrndungsrechtes nicht überblickt haben. So überrascht es nicht, dass einige Folgeprobleme untersuchungsbedrftig sind:

## 3. Kein Umtauschverhältnis: Entbehrlichkeit der Spaltungsprüfung?

In allen genannten Konzern-Spaltungsfllen besteht zwischen den beteiligten Ober- und Untergesellschaften ein 100%iges-Beteiligungsband. Deshalb kann die Anteilsgewhrung denn auch unterbleiben. Somit fehlt es auch an einem Umtauschverhältnis. Daher könnte überlegt werden, auf die Prüfung der Spaltung durch einen Wirtschaftsprüfer (§ 5 SpaltG) zu verzichten<sup>41)</sup>. Ein Hindernis besteht freilich darin, dass die Spaltungsprüfung nach der ganz einhelligen Ansicht nicht bloß das Umtauschverhältnis, sondern ganz allgemein die Vollständigkeit und Richtigkeit des Spaltungsplans bzw des Spaltungs- und Übernahmevertrages umfasst<sup>42)</sup>. Fraglich ist, ob dieses sehr eingeschränkte – und überdies in seinem Inhalt auch höchst unklare – Programm die Durchführung einer Spaltungsprüfung rechtfertigt. Das Schwerkewicht der Verschmelzungs- und Spaltungsprüfung ist in den Normalfällen das Umtauschverhältnis; gerade dieser Prüfungsgegenstand entfällt aber in den Konzern-Spaltungsfllen.

## 4. Entbehrlichkeit der Restvermögensprüfung bei der Down Stream-Abspaltung

Eine andere Besonderheit: Die 100%ige Verflechtung zwischen den beteiligten Gesellschaften führt schließlich bei der Down Stream-Abspaltung dazu, dass die Obergesellschaft keine Vermögenseinbuße erleidet. Anhand des Bank Austria-Falles: Die Abspaltung des Bankbetriebes in die Sparkasse Stockerau-AG führte zu keiner wertmäßigen Minderung des Gesellschaftsvermögens der Bank Austria AG und folglich auch zu keiner Minderung des Aktienwerts. Der Wertverlust auf Grund der Übertragung des Bankbetriebes wurde durch eine Erhöhung des Wertes der Beteiligung an der Sparkasse Stockerau-AG ausgeglichen. Bilanzrechtlich gesprochen: In der Höhe des abgehenden Buchwertes des Bank-Betriebes erfolgte eine Erhöhung des Beteiligungsansatzes um nachträgliche Anschaf-

<sup>41)</sup> Ist bei der Konzernspaltung auch die Obergesellschaft eine Konzerngesellschaft, entfällt die Spaltungsprüfung in der Regel auf Grund eines Verzichts der Anteilsinhaber (§ 5 Abs 6 SpaltG). Bei Streubesitz an der Obergesellschaft (so etwa im Falle der im Text erwähnten Bank Austria-Abspaltung) kommt dieser Weg nicht in Betracht.

<sup>42)</sup> *Kalss*, Handkommentar § 5 SpaltG Rz 4.

fungskosten<sup>43</sup>). Der tatsächliche Wert der Bank Austria AG blieb unverändert, es trat auch kein bilanzieller Spaltungsverlust ein. Das Eigenkapital blieb unverändert.

Aus diesem Grund sind Maßnahmen zur Kapitalerhaltung bei der Down Stream-Spaltung entbehrlich. Die Restvermögensprüfung, die beurteilen soll, ob das der Bank Austria AG verbliebene Nettoaktivvermögen wenigstens der Höhe ihres Nennkapitals zuzüglich gebundener Rücklagen entspricht, ist funktionslos, da das Nettoaktivvermögen unverändert bleibt. Der Prüfbericht könnte sich auf diese lapidare Schlussfolgerung beschränken. Um zu dieser Schlussfolgerung zu gelangen, benötigt der Prüfer keine Prüfungstätigkeit. Dass kein Wertabgang eintreten kann, folgt logisch aus der Natur der Transaktion. Geht der Zweck der Restvermögensprüfung ins Leere und hat der Gesetzgeber diese Fallgestaltung offenkundig nicht bedacht, ist am Vorliegen einer verdeckten Lücke mE nicht zu zweifeln. Die Restvermögensprüfung kann somit kraft teleologischer Reduktion des § 3 Abs 4 SpaltG bei der Down Stream-Abspaltung entfallen.

## 5. Kein Austrittsrecht bei der rechtsformübergreifenden Down Stream-Abspaltung

Ein weiteres Anwendungsproblem der Down Stream-Abspaltung ergibt sich, wenn man unterstellt, bei der 100%igen Tochtergesellschaft der Bank Austria hätte es sich nicht um eine AG, sondern um eine GmbH gehandelt. Dann läge eine rechtsformübergreifende Spaltung vor. An diese knüpft das Spaltungsgesetz drastische Folgen: Nach § 11 SpaltG können widersprechende Gesellschafter gegen Barabfindung austreten.

Wie man leicht sieht, verfehlt das Austrittsrecht im Falle der rechtsformübergreifenden Down Stream-Abspaltung seinen Zweck. Im Normalfall soll dem Gesellschafter nicht die Gewährung von Anteilen an einer anderen Gesellschaftsform zugemutet werden. Bei der Down Stream-Spaltung fehlt der Anteilstausch aber gerade. Das Austrittsrecht ist insbesondere keine Reaktion auf die Mediatisierung der Herrschaftsrechte, die mit jedem Einbringungsvorgang in eine Tochtergesellschaft verbunden ist. Auch hier ist somit eine teleologische Reduktion am Platze, die zum Entfallen von Austrittsrecht und Barabfindungsangebot führt.

## V. Summengrundsatz

### 1. Aufrechterhaltung der Kapitalbindung

Eine bemerkenswerte österreichische Kreation ist der Summengrundsatz des § 3 Abs 1 SpaltG: Nach der Spaltung muss die Summe der Nennkapitalien der Nachfolge-Gesellschaften mindestens der Höhe des Nennkapitals der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung entsprechen, die Summe der gebundenen Rücklagen der Nachfolge-Gesellschaften muss mindestens der Höhe der gebun-

denen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung entsprechen. Die ratio legis liegt auf der Hand: Nennkapital und gebundene Rücklagen haben die Funktion von Ausschüttungssperren. Wie eine Wehr stauen sie das als Haftungsfonds dienende Nettovermögen an. Nur das die Ausschüttungssperre übersteigende Nettovermögen, der Bilanzgewinn, kann über die Wehr abfließen und an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. Der Summengrundsatz bewirkt, dass der Betrag der Ausschüttungssperren „in Summe“ erhalten bleibt. Im Zusammenhang mit der Solidarhaftung nach § 15 SpaltG bleibt die Haftungssituation für den Gläubiger unverändert: Beide Gesellschaften haften für die Erfüllung seiner Forderung, die Kapitalbindung, das gebundene Vermögen, bleibt „in Summe“ erhalten.

### 2. Verfahrensfreie Kapitalherabsetzung

Wird der Summengrundsatz nicht eingehalten, sodass die Kapitalbindung reduziert wird, müssen die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung eingehalten werden (vgl § 3 Abs 2 Satz 2 SpaltG).

Der Summengrundsatz ermöglicht somit eine Kapitalherabsetzung ohne Einhaltung der §§ 175 ff AktG, 54 ff GmbHG. Dies kommt den Bedürfnissen der Praxis entgegen. Die Aufgebotsfrist müsste vor Durchführung der spaltungsbedingten Vermögensminderung eingehalten werden. Die Vorlaufzeit vor der Spaltung würde somit im Falle einer AG auf mehr als sechs Monate, im Falle einer GmbH auf mehr als drei Monate verlängert. Die Praxis versucht daher stets, den Summengrundsatz zum Einsatz zu bringen. Leider stellt ihn das Gesetz nicht bei der Spaltung zur Aufnahme zur Verfügung (§ 17 Z 3 SpaltG), hier wäre eine Änderung des Gesetzes außerordentlich hilfreich.

Der Summengrundsatz hilft – wie ausgeführt –, wenn andernfalls eine Kapitalherabsetzung durchgeführt werden müsste. Wann ist dies der Fall? Ausgangspunkt ist das Verständnis für eine bilanztechnische Gesetzmäßigkeit: Fällt auf der Aktivseite der Bilanz der abgespaltene Vermögensteil weg, muss die Vermögensminderung auf der Passivseite durch eine gleich hohe Reduktion des Eigenkapitals berücksichtigt werden. Andernfalls stimmt die Bilanzsumme nicht mehr. Im Saale anwesende Betriebswirte mögen mir diese populärwissenschaftliche Trivialisierung eines hehren Buchungsvorganges nachsehen. Übersteigt der abgehende Buchwert nicht die Summe aus ungebundenen Rücklagen, Bilanzgewinn und allfälligem Gewinnvortrag, benötigt man weder Kapitalherabsetzung noch Summengrundsatz. Das ungebundene Eigenkapital kann ohne weiteres um den Buchwert des Spaltungsvermögens gekürzt werden. Ist der Buchwert hingegen höher, müssten die gebundenen Rücklagen und/oder das Nennkapital angegriffen werden. Hier erspart der Summengrundsatz die Einhaltung der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung: Werden gleich hohe gebundene Eigenkapitalbeträge bei der neuen Ge-

<sup>43</sup> Hügel, Umgründungsbilanzen (1997) Rz 6.57 Beispiel 22.2.

sellschaft dotiert, ist die spiegelbildliche Kürzung der entsprechenden gebundenen Eigenkapitalbe-trge der abspaltenden Gesellschaft zulässig.

### 3. Reduktion (durch Übertragung) von gebundenen Rücklagen

Der Summengrundsatz ist aber nicht bloß eine Zeit sparende Alternative zur Kapitalherabsetzung. Er hilft auch in Fällen, in denen selbst eine Kapitalherabsetzung zu wenig wäre. Angesprochen sind Fälle, in denen der abgehende Buchwert so hoch ist, dass eine Herabsetzung des Nennkapitals nicht ausreicht, sondern zusätzlich eine Kürzung der gebundenen Rücklagen vorgenommen werden muss. Vor allem der Praktiker weiß, was gemeint ist: Gebundene Rücklagen sind überraschender Weise „härter“ als Nennkapital. Sie können insbesondere nicht durch Kapitalherabsetzung aufgelöst werden<sup>44)</sup>, was allerdings de lege ferenda zu erwägen wäre. Ein kleiner Seitenhieb gegen die Down Stream Merger-Entscheidung: Eine Umfrage unter Praktikern hat meine Erfahrung bestätigt, dass Verschmelzungen zur Umgehung der Kapitalherabsetzungsvorschriften nicht vorkommen. Zur Ausschüttung einer – sonst nicht zu knackenden – gebundenen Rücklage soll demgegenüber schon gelegentlich eine Umgründung veranstaltet worden sein.

Zurück zur Abspaltung: Würde die Verrechnung mit dem abgehenden Buchwert zur Unterschreitung des Mindest-Nennkapitals führen, scheidert die Spaltung, selbst wenn ausreichende gebundene Rücklagen zur Verfügung stehen<sup>45)</sup>. Hier hilft nur der Summengrundsatz, denn er erlaubt die Aufteilung der gebundenen Rücklagen auf die Nachfolge-Gesellschaft.

### 4. Abspaltung trotz Unterbilanz

Fraglich ist allerdings ob der Summengrundsatz hilft, wenn das gesamte gebundene Eigenkapital – bestehend aus Nennkapital und gebundenen Rücklagen – niedriger ist als der abgehende Buchwert. Ein kleiner Fall: Die abspaltende AG verfügt über das Mindest-Grundkapital von 70.000 Euro, Rücklagen sind nicht vorhanden. Das Spaltungsvermgen hat einen Buchwert von 35.000 Euro. Die Spaltung muss zu einer Unterbilanz von 35.000 Euro führen, weil das verbleibende Netto-

Buchvermgen eben nur 35.000 Euro beträgt. Ist die Spaltung in dieser Form zulässig?

Buchmig ist dem Summengrundsatz genügt: Da das Nennkapital der übertragenden Gesellschaft nicht gemindert wird, ist die Summe der Nennkapitalien nach der Spaltung nicht niedriger. Tatsächlich vorhanden ist das Nennkapital der übertragenden Gesellschaft indessen nur dann, wenn die Unterbilanz durch stille Reserven im Restvermögen abgedeckt wird. Dann steht die Unterbilanz der Abspaltung mE nicht entgegen<sup>46)</sup>. Dies ergibt sich aus Folgendem: Gemäß § 3 Abs 4 SpaltG hat der Restvermgensprfer zu überprüfen, ob der tatsächliche Wert des verbliebenen Nettoaktivvermgens zur Abdeckung des Nennkapitals zuzüglich gebundener Rücklagen ausreicht; da es auf den „tatsächlichen Wert“ ankommt, sind auch stille Reserven zu berücksichtigen. Da die Restvermögensprüfung nach den Grundsätzen der Gründungsprüfung durchzuführen ist, lohnt auch ein Blick auf die andere Seite: Steht die Unterbilanz der Sachgründung einer neuen Gesellschaft, etwa im Zuge einer Spaltung zur Neugründung, entgegen? Dass dies nicht der Fall ist<sup>47)</sup>, ergibt sich zunächst aus § 202 Abs 2 HGB: So kann etwa im Falle der Einbringung die Differenz zwischen dem höheren Nennkapital und dem Buchwert des Einbringungsvermgens als Umgrndungsmehrwert aktiviert werden. Da es sich um ein Aktivierungswahlrecht handelt, steht dem übernehmenden Rechtsträger auch der Ausweis eines Einbringungsverlustes offen. Auch ein Verschmelzungsverlust steht unter den Voraussetzungen des § 223 Abs 2 AktG der Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft nicht entgegen.

### VI. Schluss

Doch nun genug von Verlust und Gewinn, abgesehen davon, dass mein Erfahrungsbericht hoffentlich Gewinn bringend war. Zum Schluss will ich dem Jubilar noch alles Gute und ein langes, schaffensfrohes Leben wünschen. Dies aus ganzem Herzen, aber nicht frei von Eigennutz. Wer mit *Hans-Georg Koppensteiner* diskutieren, streiten und dabei von ihm lernen durfte, der hat eine unverwechselbare Mischung aus enzyklopädischem Wissen, Scharfsinn und Präzision kennen gelernt. Für Unklarheit – in Form von Vernebelung – sorgt allenfalls der Rauch seiner Zigarre. All dies begleitet von Humor und der offenkundigen Lust an der Jurisprudenz. Diese unverwechselbare Mischung soll uns noch lange erhalten bleiben!

<sup>44)</sup> Nur die Verrechnung mit einem Bilanzverlust kommt in Betracht (§ 130 Abs 4 AktG).

<sup>45)</sup> AA noch *Hügel*, Umgründungsbilanzen (1997) Rz 6.56: Entgegen der dort vertretenen Rechtsansicht folgt aus § 3 Abs 2 Satz 2 SpaltG nicht, dass das Gesetz bei Einhaltung der Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung die Reduktion gebundener Rücklagen akzeptiert. Vielmehr darf in diesem Falle nur „insoweit“ – soweit es um die Reduktion des Nennkapitals geht – vom Summengrundsatz abgewichen werden.

<sup>46)</sup> So schon *Hügel*, Umgründungsbilanzen (1997) Rz 6.57 S 131.

<sup>47)</sup> *Hügel*, Umgründungsbilanzen (1997) Rz 4.30. Unklar *Gassner/Lahodny-Karner/Urtz* in *Straube*, HGB II<sup>2</sup> (2000) Rz 14g, die offenkundig – ohne Erörterung der Kapitalaufbringungsproblematik – im Zuge von Einbringungen auch ohne Vorliegen stiller Reserven den Ausweis eines Umgrndungsverlustes für zulässig halten.