

Hanns F. Hügel

DAS NEUE SPALTUNGSGESETZ UND DIE REFORM DES UMGRÜNDUNGSRECHTS

Das am 1. 7. 1996 in Kraft getretene EU-GesRÄG hat das Umgründungsrecht tiefgreifend verändert. Der folgende Beitrag schildert die erweiterten Gestaltungsmöglichkeiten sowie die Prüfungs- und Berichtserfordernisse des neuen Spaltungsgesetzes anhand des Ablaufs einer Spaltung zur Aufnahme. Aufbauend auf einer rechtspolitischen Kritik des neuen Umgründungsrechtes wird die Notwendigkeit eines einheitlichen Umgründungsgesetzes dargetan.

Stichworte: Austrittsrecht – einheitliches Umgründungsgesetz – Konzernspaltung – Minderheitenschutz – Reform des Umgründungsrechts – Spaltung – Spaltung zur Aufnahme – Spaltungsprüfung

1. Neuerungen im Überblick

Die Spaltung ist ein vergleichsweise junges Kind österreichischer Gesetzgebungskunst. Nicht gerade ein Wunschkind des wenig fruchtbaren gesellschaftsrechtlichen Gesetzgebers, der den Fundus eines anderen Gesetzgebers, von dem man heute nicht gerne spricht, bislang kaum verändert hat, liegt ihr Ursprung im Steuerrecht. Durch die Spaltungsregelung des Art VI UmgrStG unter Zugzwang gesetzt, bescherte uns der Gesetzgeber im Jahr 1993 ein kleines Spaltungsgesetz.¹⁾ Auch die vorliegende Neuregelung verdanken wir nicht unbändigem Innovationsdrang des Gesetzgebers, sondern Zwang von außen. Das Spaltungsrecht mußte an die Spaltungsrichtlinie²⁾ angepaßt werden. Diese zwingt die Mitgliedstaaten zwar nicht zur Einführung der Spaltung; wenn ein Mitgliedstaat aber die Spaltung kennt, hat er sie richtlinienkonform auszugestalten.

Das EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz³⁾ (EU-GesRÄG) enthält ein *neues Spaltungsgesetz*.⁴⁾ Zu umfangreich waren die notwendigen Änderungen, um die Paragraphenfolge des geltenden Spaltungsgesetzes beizubehalten.

Das EU-GesRÄG ist am 1. 7. 1996 in Kraft getreten (Art XVIII Abs 1 EU-GesRÄG). Bei Umgründungen, die vor dem 1. 10. 1996 zur Eintragung in das Firmenbuch angemeldet werden, besteht ein

Wahlrecht: Die Umgründung kann entweder altem oder neuem Recht unterstellt werden.

Ich beginne bei jenen Neuerungen, die ihren Grund in der Umsetzung der Spaltungsrichtlinie haben:

1. Wie die Verschmelzung so ist auch die Spaltung durch sachverständige Spaltungsprüfer zu prüfen (*Spaltungsprüfung* gemäß § 5 SpaltG).⁵⁾

Erweiterte Fassung eines am 5. 3. 1996 zur RV des EU-GesRÄG vor den Mitgliedern der RAK Wien gehaltenen Vortrages.

- 1) Art I GesRÄG 1993 BGBl 458. Vgl dazu die grundsätzlichen rechtspolitischen Ausführungen von *Peter Doralt*, Zur Gestaltung handelsrechtlicher Vorschriften über die Spaltung, FS Kastner (1992) 123. Obwohl ursprünglich als Begleitregelung zu dem am 1. 1. 1992 in Kraft getretenen UmgrStG BGBl 1991/699 gedacht, wurde die Beschlußfassung des bereits Ende 1991 vorliegenden GesRÄG aufgrund eines noch ausstehenden Sozialpartnerkompromisses zum AVRAG verzögert (vgl. *Graff ecolex* 1992, 4). Zum SpaltG 1993: *Aman*, Einige Gedanken zum Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1993 unter besonderer Berücksichtigung des Spaltungsgesetzes, RdW 1993, 138; *Nowotny*, Praktische Fragen des neuen Spaltungsrechtes, RdW 1993, 301; *Reich-Rohrwig*, Das neue Spaltungsgesetz, *ecolex* 1993, 523; *Stockenhuber*, Das österreichische Spaltungsgesetz, RIW 1994, 278; *Wiesinger*, Partielle Gesamtrechtsnachfolge und Arbeitsvertrag, *ecolex* 1993, 619.
- 2) Sechste Richtlinie des Rates vom 17. 12. 1982 gemäß Art 54 Abs 3 g des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften, 82/891/EWG, ABl vom 31. 12. 1982 Nr. L 378/47; abgedruckt im Anhang zu den EB zur RV des EU-GesRÄG 32 BlgNR 20. GP S. 316ff.
- 3) Bundesgesetz über Änderungen des HGB, des AktG, des GmbHG, des EWIV-Ausführungsgesetzes, des FBG, des GKG, der JN, des GenVG, des GGG, des BWG, des SpG, des VAG und der RAO zur EU-bedingten Anpassung des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie über die Spaltung von Kapitalgesellschaften und über die Umwandlung von Handelsgesellschaften (EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz – EU-GesRÄG), RV abgedruckt unter 32 BlgNR 20. GP; Bericht des Justizausschusses abgedruckt unter 133 BlgNR 20, GP. Zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Artikels war das EU-GesRÄG noch nicht im BGBl kundgemacht.
- 4) Zum Umgründungsrecht des EU-GesRÄG vgl. bisher: *Kalss*, Das neue österreichische Verschmelzungsrecht nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 1995, 240; *Kalss*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für das Umwandlungsrecht, JBl 1995, 421; *Roth/Fitz*, Bezugsrechtsaus-schluß, Sacheinlagen, Einpersonengründung in EU-GesRÄG, RdW 1996, 1; *Kohlegger/Knoflach*, Gemeinschaftsrechtliche Auslegungs- und Umsetzungsprobleme am Beispiel von Fusions- sowie Spaltungs-RL und EU-GesRÄG, RdW 1996, 97; *Jaeger*, Die Registersperre im neuen Verschmelzungsrecht, RdW 1996, 157; *Reich-Rohrwig*, Verschmelzung nach der RV zum EU-GesRÄG, *ecolex* 1996, 258; *Kalss*, Die Umwandlung nach dem UmwG idF der RV zum EU-GesRÄG 1996, *ecolex* 1996, 264.
- 5) Paragraphenzahlen ohne gesonderten Hinweise („aF“) beziehen sich auf das AktG, GmbHG, SpaltG, UmwG idF des EU-GesRÄG.

2. Schon § 5 SpaltG aF enthielt bereits vor der Gesellschafterversammlung eingreifende *Informations- und Offenlegungspflichten* im Interesse eines vorbeugenden Gesellschafterschutzes.⁶⁾ Angesichts des im alten SpaltG geltenden Einstimmigkeitserfordernisses kam dem geringe praktische Bedeutung zu. Da das neue SpaltG die Mehrheitsspaltung zuläßt, sind nunmehr vor allem die Minderheitsgesellschafter an der Prüfung der Spaltung und an der Vorinformation interessiert. Die Regelungen über die Vorbereitung der Beschlußfassung durch vorangehende Offenlegung der Spaltungsunterlagen werden an die Spaltungsrichtlinie angepaßt (§ 7 SpaltG). Schon vor der Gesellschafterversammlung sollen sich die Gesellschafter anhand eingehender Information ein Bild machen können, um die geplante Umstrukturierung sachgerecht beurteilen zu können.

3. Ist der letzte Jahresabschluß zum Zeitpunkt der Aufstellung des Spaltungsplans bereits älter als sechs Monate, muß – wie bei der Verschmelzung – zur zeitnahen Unterrichtung der Gesellschafter eine *Zwischenbilanz* aufgestellt werden (§ 7 Abs 2 Z 3 SpaltG).

4. Auch die *Haftung* der Gesellschaften für die Altverbindlichkeiten der gespaltenen Gesellschaft ist neu geregelt. Hier hatte ein Sozialpartner-Kompromiß im Zuge des heftig umstrittenen AVRAG im Jahr 1993 für eine ebenso unzweckmäßige wie EG-rechtswidrige Regelung gesorgt. Im vergangenen Jahr waren die Begleitumstände demgegenüber optimal: Ganz im Banne der besonders bedrohlich wirkenden Nachprüfung des Umtauschverhältnisses (§§ 225 c ff AktG) konnten sich die Interessenvertreter diesmal nicht der Haftungsregelung zuwenden. § 15 SpaltG beschränkt die Haftung jener Gesellschaften, denen die Verbindlichkeit im Spaltungsplan nicht zugeordnet wird, zwar ähnlich wie § 10 SpaltG aF auf den Wert des übernommenen Vermögens; da die Verweisung auf § 1409 ABGB entfallen ist, hängt die Haftung jedoch nicht (zusätzlich) von subjektiven Voraussetzungen ab. Nach altem Recht hätte dies insbesondere im Zusammenhang mit unbekanntem (und unerkennbarem) Gewährleistungs- oder Produkthaftungsrisiken sowie bei Altlasten zu unbefriedigenden Ergebnissen führen können. Schließlich steht den Gläubigern ein Anspruch auf Sicherheitsleistung zu. Wird Sicherheit geleistet, entfällt die Haftung.

Verdienstlicherweise erfolgen weitere, für die Praxis außerordentlich wichtige Änderungen, ohne daß dies durch Vorgaben der Spaltungsrichtlinie erzwungen wird:

5. Von enormer Bedeutung ist die Einführung der sogenannten *Spaltung zur Aufnahme* (§§ 1 Abs 2 Z 2, 17 SpaltG). Nach dem alten SpaltG können die Vermögensteile bei der Spaltung nur auf neu gegründete Gesellschaften übertragen werden („*Spaltung zur Neugründung*“). Die Spaltung zur Aufnahme ermöglicht die Übertragung auf bereits bestehende Gesellschaften. Im Ergebnis ist sie die Kombination einer Spaltung mit einer Verschmelzung. Vergleichbare Ergebnisse konnten bisher nur im Wege mehraktiger Einbringungsvorgänge – und unter Verzicht auf die partielle Gesamtrechtsnachfolge (sog. „*Steuer-Spaltung*“ iSd § 32 Abs 1 Z 2 UmgrStG)⁷⁾ oder durch eine Aneinanderrei-

hung von Spaltungs- und Verschmelzungsvorgängen erreicht werden.

6. Zumindest ebenso wichtig ist die Einführung der *Mehrheitsspaltung*: Nach § 6 Abs 1 SpaltG aF mußte der Spaltungsbeschluß von allen Gesellschaftern einstimmig gefaßt werden. Dies war vor allem bei Gesellschaften mit Streubesitz ein unüberwindliches Hindernis. Das neue SpaltG differenziert zwischen der *verhältnismäßig wahren* und der *verhältnisändernden* („nicht verhältnismäßig wahren“) Spaltung: Stimmen die Beteiligungsverhältnisse an den neuen Gesellschaften mit jenen an der übertragenden Gesellschaft überein, reicht eine 3/4-Stimmenmehrheit (§ 6 Abs 1 SpaltG).⁸⁾ Bei der verhältnisändernden Spaltung ist zusätzlich die 9/10-Mehrheit des gesamten (auch des bei der Beschlußfassung nicht vertretenen) Nennkapitals erforderlich (§ 6 Abs 3 SpaltG).

7. Wie die Verschmelzung (§ 220 c AktG) muß auch die Spaltung vom *Aufsichtsrat* der übertragenden Gesellschaft *geprüft* werden. Der Aufsichtsrat hat einen schriftlichen Bericht zu erstatten (§ 6 SpaltG).

8. Der Spaltung ist nicht mehr ein Jahresabschluß (§ 2 Z 12 SpaltG aF), sondern eine *Schlußbilanz*⁹⁾ zugrunde zu legen (§ 2 Abs 2 SpaltG). Dadurch wird einerseits klargestellt, daß die Spaltung nicht nur zum Stichtag einer Jahresbilanz („*Regelbilanzstichtag*“) erfolgen kann.¹⁰⁾ Andererseits führt die Einreichung des Spaltungsplans beim Firmenbuchgericht nicht mehr zur Offenlegung der Gewinn- und Verlustrechnung.¹¹⁾ Ferner wird klargestellt, daß in der Spaltungsbilanz, die bei der Abspaltung aufzustellen ist, das der übertragenden Gesellschaft verbleibende Vermögen auszuweisen ist (§ 2 Abs 1 Z 12 SpaltG).¹²⁾

6) Informationsadressaten sind auch die Gläubiger sowie der Betriebsrat (vgl §§ 5 Abs 4 SpaltG aF, 7 SpaltG nF).

7) Vgl *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 66 ff, 70 ff; *Reich-Rohrig* *ecolx* 1992, 700; *Haimerl* *ecolx* 1992, 724; *Wiesner* *ecolx* 1993, 552; *Hirschler RdW* 1996, 137.

8) Bei Gesellschaften mbH ist die Mehrheit von den „abgegebenen Stimmen“ zu berechnen. Bei Aktiengesellschaften kommt es auf das „bei der Beschlußfassung vertretene Grundkapital“ an. Dazu zählen nach einhelliger Ansicht nur gültig abgegebene Stimmen, sodaß – im Ergebnis wie bei der GmbH – nicht abgegebene Stimmen (Stimmhaltungen) und ungültige (zB trotz eines Stimmverbots) abgegebene Stimmen unberücksichtigt bleiben. Gleiches gilt für stimmrechtslose Vorzugsaktionäre (vgl *Schiemer/Jabornegg/Strasser* AktG³ § 146 RZ 2; *Hüffer* AktG² § 179 RZ 14). Das bei der AG bestehende doppelte Mehrheitserfordernis (Stimmenmehrheit, Kapitalmehrheit) kann allenfalls in dem (seltenen) Fall eines Höchststimmrechtes (§ 14 Abs 1 Satz 3 AktG) Bedeutung erlangen (vgl *Kalss*, Das Höchststimmrecht als Instrument zur Wahrung des Aktionärsinflusses [1992]).

9) Dieser § 225 Abs 3 AktG aF entnommene Begriff wird nunmehr sowohl im UmwG als auch im SpaltG verwendet. Bei der Abspaltung ist der Begriff irreführend, weil hier die übertragende Gesellschaft nicht erlischt. Die Redaktoren konnten sich leider nicht entschließen, auf die jeweilige Umgründung bezogene Begriffe (Verschmelzungsbilanz, Spaltungsbilanz, Umwandlungsbilanz) einzuführen (so zB § 15 UmgrStG: Einbringungsbilanz; § 28 UmgrStG: Teilungsbilanz).

10) Zum Problem vgl *Nowotny RdW* 1993, 301.

11) Obwohl nach §§ 277 ff HGB künftig *alle* Kapitalgesellschaften zur Offenlegung verpflichtet sind, hat dies dennoch Bedeutung für kleine Gesellschafter mbH (im Sinne der neuen – dreiteiligen – Größengliederung des § 221 HGB), weil diese gemäß § 278 HGB nur die Jahres-Bilanz und den Anhang beim Firmenbuchgericht einzureichen haben.

12) Andere Änderungen können aus Raumgründen hier nur kurz erwähnt werden: In § 3 Abs 5 SpaltG wird die Haftung der Organe systemwidrig (vgl §§ 100, 227, 229 AktG) und wohl auch richtlinienwidrig (vgl Art 18 Spaltungsrichtlinie) – eingeschränkt. Der Inhalt des Spaltungsberichts wird geringfügig erweitert (§ 4 Abs 1 Satz 2 SpaltG). Auf einzelne Änderungen wird weiter unten im Text eingegangen.

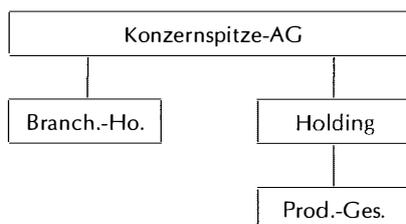
2. Spaltung zur Aufnahme

a) Funktionen der Spaltung

Im Lehrbuch dient die Spaltung der Trennung verfeindeter Familienstämme und der Auflösung von untersagten Unternehmensverbindungen. Ersteres kommt gelegentlich vor, zweiteres niemals. Der häufigste Anwendungsfall der Spaltung ist vielmehr die Umstrukturierung von Konzernen, eine beliebte Spielweise strategisch denkender Manager und ihrer steueroptimierenden Berater. Das Repertoire ist unerschöpflich: die Bildung von Schachtel-Konstruktionen zur Ausnutzung des Ausschüttungshalbsatzes, ihre Verschmelzung nach der Körperschaftsteuerreform, Betriebsaufspaltungen zur Risikoabgrenzung, Fusionen operativer Unternehmen zur Verlustverwertung, die Umwandlung in Personengesellschaften als Organschaftersatz, das Einschleiben von Zwischen-Holdings vor einem Börsengang zur Minimierung der Vermögensteuerbelastung – und des Einflusses der Kleinaktionäre, und natürlich die Verschiebung und Verschmelzung von Konzernteilen zum Zwecke der steuermindernden Firmenwertabschreibung haben – unter tatkräftiger Unterstützung von Rechts- und Steuerberatern – jene unübersichtlichen Konzernstrukturen geschaffen, in denen sich Eigentümer und Manager nur mehr unter Assistenz eben jener Berater zurechtfinden. Was liegt hier näher als eine neue Umstrukturierung? Divisionalisierung nach Unternehmenssparten heißt nunmehr schon seit einigen Jahren der neue Modetrend.¹³⁾

b) Umwegkonstruktion nach altem Recht: Spaltung zur Neugründung mit nachfolgender Verschmelzung

Im folgenden möchte ich anhand eines Fallbeispiels den Ablauf einer Spaltung, die erweiterten Gestaltungsmöglichkeiten, ferner aber auch die Tücken des neuen SpaltG demonstrieren. Diese Gegenüberstellung ermöglicht nicht nur eine illustrative Darstellung der Neuerungen, sondern ist auch von unmittelbarem praktischen Interesse, weil Umgründungen, die vor dem 1. 10. 1996 zur Eintragung in das Firmenbuch angemeldet werden, von den Beteiligten noch dem alten Recht unterstellt werden können.¹⁴⁾ Ausgangspunkt ist die folgende Konzernstruktur:



Als Konzernspitze fungiert eine AG. Eine 100%ige Tochtergesellschaft (Holding) hält Beteiligungen an verschiedenen operativen Gesellschaften. Im Zuge der angesprochenen Divisionalisierung soll die Beteiligung an einer Produktionsgesellschaft von der Holding auf eine Branchen-Holding, die ebenfalls

zu 100% im Eigentum der AG steht, übertragen werden. Holding und Branchen-Holding bilanzieren zum 31. Dezember.

Gestützt auf umgründungssteuerrechtliche Vorschriften (§ 1 Abs 1 lit e StruktVG, § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG)¹⁵⁾ wurde in derartigen Fällen häufig eine „*Horizontaleinbringung*“ ohne Anteilsgewährung durchgeführt: Da bei Beteiligungsidealität keine Beeinträchtigung von Gesellschafterinteressen drohte, wurde das Vermögen aufgrund eines Einbringungsvertrages ohne Gegenleistung auf die Schwestergesellschaft übertragen. Dies verstößt indessen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (§§ 52 AktG, 82 GmbHG). Abhilfe können zwar flankierende Gläubigerschutzmaßnahmen, wie etwa die Durchführung einer ordentlichen Kapitalherabsetzung oder die Ausschüttung einer Sachdividende, bringen. Bei namhaftem Einbringungsvermögen reichen Nennkapital und ungebundene Rücklagen jedoch vielfach nicht aus. Zudem umfaßt die Vermögensbindung der §§ 52 AktG, 82 GmbHG auch stille Reserven. Es ist daher notwendig, das Nennkapital um den tatsächlichen Wert (nicht bloß den Buchwert) des Einbringungsvermögens herabzusetzen oder verfügbare Rücklagen in dieser Höhe aufzulösen.¹⁶⁾

Kapitalherabsetzungs- und Gewinnverteilungsvorschriften sind auf die Rückzahlung von Geld zugeschnitten und können deshalb die Auskehrung von Vermögensgegenständen, in denen stille Reserven angesammelt sind, nicht bewältigen; denn der Rechtsverkehr darf darauf vertrauen, daß der Kapitalgesellschaft Vermögen nur in der Höhe des publizierten Kapitalherabsetzungsbetrages oder des im Jahresabschlusses ausgewiesenen und zur Verteilung freigegebenen Bilanzgewinnes entzogen wird. Sollen stille Reserven „verteilt“ werden, müssen sie zunächst realisiert und als Bilanzgewinn ausgewiesen werden. Demgegenüber erlauben die Spaltungsvorschriften die Verschiebung stiller Reserven von der übertragenden Gesellschaft auf die neuen oder übernehmenden Gesellschaften. Dies zeigt der *Summengrundsatz* (§ 3 Abs 1 SpaltG). Die Übertragung der Vermögensteile (unter Einschluß stiller Reserven) ist unbedenklich, wenn das in Nennkapital und gebundenen Rücklagen gebundene Vermögen „in Summe“ gleich bleibt. Bei der Abspaltung mindert das abgehende Vermögen das Eigenkapital in der Spaltungsbilanz nur in der Höhe des Buchwertes. Wird der Summengrundsatz nicht eingehalten oder steht er – wie im Falle der Spaltung zur Aufnahme – von vornherein nicht zur Verfügung, ist eine ordentliche Kapitalherabsetzung in der Höhe des Buchwertes der übertragenen Vermögensteile vorzunehmen. Der Rechtsverkehr wird dadurch nicht getäuscht. Anders als bei

13) Dazu vgl etwa *Gassner*, Reform der Besteuerung von Unternehmensgruppen in Österreich, FS Loitsberger (1991) 163, 166 ff und *Schiessl*, Gesellschafts- und mitbestimmungsrechtliche Probleme der Spartenorganisation (Divisionalisierung), ZGR 1992, 64 jeweils mwN – auch zum betriebswirtschaftlichen Schrifttum.

14) Art XVII Abs 11 EU-GesRÄG. Die Anwendung des neuen Rechts setzt wohl voraus, daß zumindest die Gesellschafterbeschlüsse nach dem 30. 6. 1996 gefaßt werden, weil das EU-GesRÄG gemäß Art XVII Abs 1 am 1. 7. 1996 in Kraft tritt. Nach Art XVII Abs 11 Satz 2 ist das Wahlrecht zur Anwendung des alten Rechts durch Erklärung in der Firmenbucheintragung auszuüben. Da diese entscheidende Frage jedoch nicht den Vorständen überlassen werden kann, muß auch in den Umgründungsbeschlüssen und -verträgen für die Anwendung des alten Rechts optiert werden.

15) Zur Unhaltbarkeit dieses Ansatzes vgl *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 657 ff mwN; *Micheler* RdW 1993, 360.

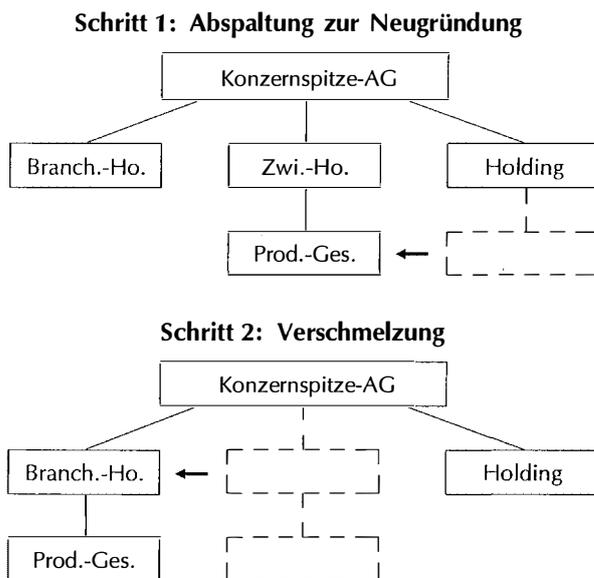
16) Vgl *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 672 ff zur verwandten Problematik der Verschmelzung von Schwestergesellschaften; weiters *Reich-Rohrwig* eolox 1992, 702; *Micheler* RdW 1993, 360 f; *Lutter* in *Kölner Komm* § 225 AktG Rz 47 ff, 52. Daß die Frage, ob Kapitalherabsetzung oder Sachausschüttung in der Höhe des Buchwertes oder des Verkehrswertes erfolgen müsse, umstritten sei (so *Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG² § 17 Rz 20), trifft somit nicht zu. AA aber möglicherweise *Hefermehl* in *Gebßler/Hefermehl/Ekardt/Kropff* AktG § 222 Rz 10, wobei jedoch nicht klar ist, ob der Autor nicht bloß die Gleichbehandlung der Aktionäre im Blick hat.

einer gewöhnlichen Kapitalherabsetzung und einer Gewinnausschüttung muß er bei einer Spaltung damit rechnen, daß stille Reserven verlagert werden.

Welche Schritte sind zur Verwirklichung der oben geschilderten Umstrukturierung nach dem alten SpaltG erforderlich, welche Änderungen bringt die Neuregelung?

Am 26. August verständigt die AG ihren Rechtsanwalt Dr. Eilig, daß die Beteiligung an der Produktionsgesellschaft von der Holding auf die Branchen-Holding rückwirkend zum 31. Dezember abgespalten werden soll. Wer über die 5-wöchige Gnadenfrist gerührt ist, die Dr. Eilig bis zum Ablauf der bekannten 9 Monate-Frist eingeräumt wird¹⁷⁾, irrt: Vielmehr muß Dr. Eilig sofort den Spaltungsplan erstellen, ihn zur Einsicht durch die Gläubiger und den Betriebsrat bereithalten und einen Hinweis auf die beabsichtigte Spaltung im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ veröffentlichen (§ 5 SpaltG aF). Schafft er dies innerhalb von zwei Tagen, also bis zum 28. August, kann die Spaltung wegen der Einmonatsfrist des § 5 Abs 4 SpaltG aF frühestens am 28. September beschlossen werden, sodaß für die notarielle Ausfertigung, die Einholung der Unbedenklichkeitsbescheinigung und die Anmeldung beim Firmenbuch gerade noch drei weitere Tage verbleiben.

Nach dem alten SpaltG bestehen jedoch weitere Hindernisse: Da nur die Spaltung zur Neugründung existiert, kann die Beteiligung an der Produktionsgesellschaft nicht direkt auf die bereits bestehende Branchen-Holding, sondern nur auf eine im Zuge der Spaltung neu entstehende Zwischen-Holding übertragen werden. Diese müßte danach mit der Branchen-Holding verschmolzen werden.



Die Durchführung der Umstrukturierung in zwei Rechtsakten hat folgende Nachteile:

- Verfügt die Produktionsgesellschaft über Grundstücke, fällt *Grunderwerbsteuer* nicht nur aus Anlaß der Spaltung, sondern auch aufgrund der Verschmelzung an.
- Hält die Holding die Anteile an der Produktionsgesellschaft bereits seit mehr als zwei Jahren, ist die Spaltung gemäß § 38 Abs 3 UmgrStG nicht mit

Kapitalverkehrssteuern belastet.¹⁸⁾ Anders hingegen die Verschmelzung: Da die neue Zwischen-Holding kurz nach ihrer Entstehung verschmolzen wird, ist die 2-Jahres-Frist des § 6 Abs 4 UmgrStG zwangsläufig nicht erfüllt.¹⁹⁾

Da zwei Übertragungen stattfinden, erhöht sich die Verkehrssteuerbelastung.

- Streng nach dem Gesetz kann die Verschmelzung nicht auf den 31. Dezember zurückbezogen werden. Die neue Zwischen-Holding existierte damals noch gar nicht. Sie kann zum 31. Dezember daher keine verschmelzungsrechtliche Schlußbilanz (§ 225 Abs 3 AktG aF) aufstellen. Über dieses Hindernis des geltenden Rechtes haben die Firmenbuchgerichte freilich gelegentlich großzügig hinweggesehen.
- Dr. Eilig hat aber vor allem ein schlimmes Zeitproblem: Die Fassung des Verschmelzungsbeschlusses und der Abschluß des Verschmelzungsvertrages können erst dann erfolgen, wenn die neue Zwischen-Holding entstanden ist, somit erst nach der Eintragung der Spaltung. Da dies frühestens am 28. September sein wird, ist die Zeit äußerst knapp. In der Zeit vom 28. bis 30. September muß folgendes geschehen: Dr. Eilig muß den Firmenbuchrichter bitten, die Spaltung und die Zwischen-Holding nach der frühestens am 28. September möglichen Anmeldung sofort einzutragen. Erst danach können die Verschmelzungsbeschlüsse gefaßt, der Verschmelzungsvertrag abgeschlossen, die Urkunden ausgefertigt und die Verschmelzung zur Eintragung in das Firmenbuch angemeldet werden. Dies muß noch vor dem 1. Oktober geschehen.

c) Spaltung zur Aufnahme nach § 17 SpaltG

All' diese Probleme entfallen – wie durch ein Wunder – bei einer Spaltung zur Aufnahme, die das neue SpaltG in § 1 Abs 2 zuläßt und in § 17 im einzelnen regelt. Sie ist ein kombinierter Spaltungs- und Verschmelzungsvorgang. Die von der übertragenden Körperschaft durch Aufspaltung oder Abspaltung hingegebenen Vermögensteile gehen uno actu auf eine bestehende Kapitalgesellschaft über. Der Vermögensübergang erfolgt im Wege *partieller Gesamtrechtsnachfolge*. Sachenrechtliche Übergabe-

17) Anders als in § 8 Z 1 SpaltG aF und anders als im Ministerialentwurf ist die Rückbeziehungsfrist nunmehr zweckmäßigerweise im Zusammenhang mit dem Spaltungsplan (§ 2 Abs 2 Satz 2 SpaltG) geregelt.

18) Andernfalls fällt sowohl eine 1%ige Gesellschaftsteuer aufgrund des (ersten) Erwerbs von Gesellschaftsrechten an der neu entstehenden Kapitalgesellschaft (§ 2 Z 1 KVStG) als auch Börsenumsatzsteuer aufgrund des Übergangs der Beteiligung an der Produktionsgesellschaft (§ 18 KVStG) an.

19) Ob der Vermögensübergang bei der Verschmelzung von Schwestergesellschaften ohne Kapitalerhöhung als „freiwillige Leistung“ des Gesellschafters iSd § 2 Z 4 KVStG der Gesellschaftsteuer unterliegt, ist nicht abschließend geklärt (vgl BFH 29. 7. 1992 DB 1992, 2428). Geht – anders als im obigen Beispiel – das gesamte Vermögen, ein Betrieb oder ein Teilbetrieb einer anderen Kapitalgesellschaft über, greift, weil die Verschmelzung von Schwestergesellschaften zu einer Erhöhung des Werts der Anteile an der übernehmenden Gesellschaft führt, der Befreiungstatbestand des § 6 Abs 1 Z 3 KVStG ein. Der Übergang der Beteiligung an der Produktionsgesellschaft ist hingegen börsenumsatzsteuerpflichtig.

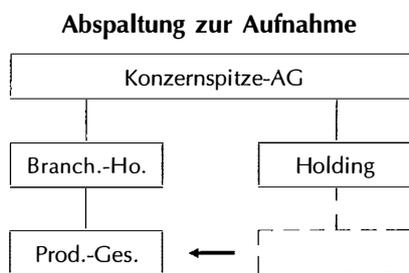
und Publizitätsakte sowie die Zustimmung von Gläubigern und Vertragspartnern zum Übergang von Verbindlichkeiten und Vertragsverhältnissen sind nicht erforderlich.²⁰⁾ Als übertragende und übernehmende Kapitalgesellschaften kommen sowohl Aktiengesellschaften als auch Gesellschaften mbH in Betracht. Die Spaltung zur Aufnahme wird in § 17 SpaltG weitgehend durch Verweisungen geregelt:

- Für die Vorbereitung und Durchführung auf der Seite der *übertragenden Gesellschaft* kommen gem § 17 Satz 1 SpaltG im wesentlichen die für die Spaltung zur Neugründung geltenden Bestimmungen zur Anwendung (§§ 2 bis 16 SpaltG).
- Für die *übertragende und die übernehmende Gesellschaft* enthalten die Z 1 bis 4 des § 17 SpaltG einige *Sonderregeln*.

An die Stelle des Spaltungsplans tritt der Spaltungs- und Übernahmsvertrag. Wird das Nennkapital der übertragenden Gesellschaft herabgesetzt, sind – sowohl bei der Abspaltung als auch bei der Aufspaltung – die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung einzuhalten. Erhöht die übernehmende Gesellschaft das Kapital, hat stets eine Sacheinlagenprüfung stattzufinden. Beim Übergang von Verbindlichkeiten auf die übernehmende Gesellschaft haben die Gläubiger „zusätzlich zu den Rechten gemäß § 15 SpaltG Anspruch auf Sicherheitsleistung in sinngemäßer Anwendung von § 226 AktG“.²¹⁾

- Nach § 17 Z 5 SpaltG schließlich gilt „im übrigen ... für die *übernehmende Gesellschaft*“ – also subsidiär zu § 17 Z 1 bis 4 SpaltG – das Verschmelzungsrecht der §§ 219 ff AktG, 96 ff GmbHG.
- Die Anmeldung der Spaltung zur Aufnahme zur Eintragung in das Firmenbuch ist sowohl für die übertragende als auch für die übernehmende Gesellschaft in § 17 Z 6 SpaltG geregelt.

Durch eine Spaltung zur Aufnahme kann die Beteiligung an der Produktionsgesellschaft in einem einzigen Umgründungsvorgang von der Holding abgespalten und auf die bereits bestehende Branchen-Holding übertragen werden („Abspaltung zur Aufnahme“).



Da nicht zwei Übertragungsakte vorliegen, fallen bloß einmal Grunderwerbsteuer und keine Kapitalverkehrssteuern an. Die Rückbeziehung auf den 31. Dezember birgt keine Probleme, weil die Holding zu diesem Zeitpunkt bereits bestanden hat und die notwendigen Bilanzen aufstellen kann. Auch das Zeitproblem fällt weg, weil nur ein Umgründungsvorgang zu beschließen und zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden ist.²²⁾

Dennoch haben Organe und Berater der übertragenden und übernehmenden Gesellschaft – selbst

bei Anwendung der neuen Bestimmungen – fünf hektische Wochen vor sich:

1. Die Vorstände der übertragenden Holding und der übernehmenden Branchen-Holding haben den *Spaltungs- und Übernahmsvertrag* abzuschließen (§ 17 Z 1 SpaltG).

2. Da seit den letzten Regelbilanzstichtagen der Holding und der Branchen-Holding – dem 31. Dezember – und dem Abschluß dieses Vertrages mehr als 6 Monate vergangen sind, müssen zum Zwecke der zeitnahen Information der Gesellschafter über die tatsächlichen Wertverhältnisse *Zwischenbilanzen* der Holding und der Branchen-Holding errichtet werden (§§ 7 Abs 2 Z 3 iVm 17 Satz 1 SpaltG, §§ 221a Abs 2 Z 3 AktG iVm 17 Z 5 SpaltG). Sie dürfen nicht älter als drei Monate sein und sollen den Gesellschaftern die Beurteilung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses ermöglichen.

Die Aufstellung einer Gewinn- und Verlustrechnung sowie eines Lageberichts kann unterbleiben. Die Erstellung eines Anhangs wird hingegen für erforderlich gehalten, weil dieser mit der Bilanz eine Einheit bildet.²³⁾ Dem Sinn der Regelung entspricht es, in der Zwischenbilanz nur jenes Vermögen auszuweisen, dessen Wert das Umtauschverhältnis beeinflusst. Bei der Spaltung zur Aufnahme ist dies auf der Seite der übertragenden Gesellschaft nur das übertragene, nicht hingegen das zurückbleibende Teilvermögen. Die Zwischenbilanz der übernehmenden Gesellschaft muß hingegen das gesamte Altvermögen umfassen. Für die Aufstellung der Zwischenbilanz gelten vereinfachte Vorschriften; es muß insbesondere keine körperliche Inventur durchgeführt werden (§§ 7 Abs 3 SpaltG, 221a Abs 3 AktG).

Da an den beiden Gesellschaften nur die Konzernspitze-AG zu 100% beteiligt und – ohne nähere Informationen zu benötigen – zur Spaltung unbeirrbar entschlossen ist, erhebt sich die Frage, ob die AG nicht auf die Zwischenbilanzen, die ausschließlich zu ihrer Information bestimmt sind, *verzichten* kann. Art 10 der Spaltungsrichtlinie eröffnet diese Möglichkeit. Wie auch an anderen Stellen wirkt sich hier indessen negativ aus, daß das Umgründungsrecht auf mehrere Gesetze verteilt ist – und trotz zahlreicher Verweisungen – viele Widersprüche aufweist. Während das SpaltG nur den Verzicht auf den Spaltungsbericht (§ 4 Abs 2 SpaltG) und die Spaltungsprüfung (§ 5 Abs 6 SpaltG) vorsieht, fehlt eine entsprechende Regelung für die Zwischenbilanz. Das Verschmelzungsrecht hingegen läßt in § 232 Abs 2 AktG den Verzicht auf den Verschmelzungsbericht, die Verschmelzungsprüfung sowie auf die in § 221a Abs 1–3 AktG geregelte Vorbereitung und Offenlegung der Hauptversammlungen zu. Dazu zählt auch die Aufstellung der Zwischenbilanz. An der Eröffnung des Verzichts auf die entsprechenden Vorbereitungs- und Offenlegungsakte bei der Spaltung (§ 7 SpaltG) sah sich der Gesetzgeber indessen gehindert, weil diese Akte – anders als bei der Verschmelzung – auch zum Schutze

20) Zur partiellen Universalsukzession vgl. *Peter Doralt* FS Kastner (1992) 138 ff; zum Sachproblem früher *Hügel*, *Gesamtrechtsnachfolge und StruktVG* (1982) 8, 31 ff, 37 ff. Aus dem schon fast unübersehbaren deutschen Schrifttum sind hervorzuheben: *K. Mertens*, *Umwandlung und Universalsukzession* (1993); *derselbe* AG 1994, 66; *Engelmeyer*, *Die Spaltung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht* (1995) 333 ff; *Teichmann* in *Lutter* (Hrsg.), *Verschmelzung Spaltung Formwechsel* (1995) 140 ff.

21) Dies wirft erhebliche Auslegungsprobleme auf, die hier nicht behandelt werden können.

22) Allerdings führt die Einhaltung der Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung (§§ 175 ff AktG, 54 ff GmbHG) zu einer Verzögerung bei der Eintragung der Spaltung, weil die 6- bzw. 3-monatige Sperrfrist einzuhalten ist. Dazu weiter unten im Text.

23) *Dehmer* *UmwG/UmwStG*² § 63 RZ 5 mwN.

der Gläubiger und zur Information des Betriebsrates eingerichtet sind (§ 7 Abs 1 Satz 2 SpaltG). Diese Differenzierung zwischen Verschmelzung und Spaltung ist indessen teleologisch außerordentlich fragwürdig.

Da § 17 Satz 1 SpaltG hinsichtlich der übertragenden Gesellschaft auf die §§ 2 bis 16 SpaltG verweist, ist die Zwischenbilanz der übertragenden Gesellschaft prima facie unverzichtbar. Indessen führt die Verweisungstechnik des § 17 SpaltG zu Auslegungsproblemen: Die §§ 232 Abs 2 AktG iVm 17 Z 5 SpaltG sprechen dafür, daß die Zwischenbilanz einer übernehmenden AG bei Zustimmung aller Anteilhaber entfallen kann (bei einer übernehmenden GmbH gemäß §§ 232 Abs 2 AktG iVm 96 Abs 2 GmbHG). Dann ist aber auch die Zwischenbilanz der übertragenden Gesellschaft sinnlos, weil sie allein zur Beurteilung des Umtauschverhältnisses nicht ausreicht. Andererseits gilt § 232 Abs 2 AktG zweifellos nicht für die übertragende Gesellschaft.

Nicht der seriöse Dr. Eilig, aber ein trickreicher Berater, wir wollen ihn Dr. Listig nennen, dürfte den folgenden (gesetzwidrigen) Ausweg finden: Die Zwischenbilanz kann nicht nur dann entfallen, wenn der Spaltungs- und Übernahmevertrag innerhalb von sechs Monaten nach dem Regelbilanzstichtag abgeschlossen wird; sie soll offenkundig auch dann entfallen, wenn innerhalb von sechs Monaten ein Entwurf des Spaltungs- und Übernahmevertrages aufgestellt wird.²⁴⁾ Während der Spaltungs- und Übernahmevertrag – wie der Verschmelzungsvertrag – als Notariatsakt²⁵⁾ zu errichten ist, existieren für den Entwurf keine Formvorschriften, sodaß sich die Beteiligten Dr. Listig's Rat zur Rückdatierung oft nicht entziehen werden können. Sollte der Entwurf – wenigstens nach dem äußeren Anschein – etwa vom 28. Juni stammen, muß keine Zwischenbilanz errichtet werden. Dr. Listig muß diese Idee aber rechtzeitig – nämlich spätestens einen Monat vor der Beschlußfassung – in die Welt setzen. Zu diesem Zeitpunkt ist der Entwurf nämlich beim Firmenbuchgericht einzureichen (§ 7 Abs 1 SpaltG) – und dies naturgemäß mit der richtigen Datierung.

3. Die Vorstände der beiden beteiligten Gesellschaften haben *Spaltungsberichte* zu erstellen. Für den Bericht der übertragenden Holding gelten die §§ 4 iVm 17 Satz 1 SpaltG, für den Spaltungsbericht der übernehmenden Branchen-Holding die §§ 220 a AktG iVm 17 Z 5 SpaltG.²⁶⁾

Wie auch in anderem Zusammenhang führt die Verweisungstechnik zu Zweifelsfragen: Für die Spaltung zur Neugründung verlangt § 4 Abs 1 SpaltG einen Hinweis auf die Gründungsprüfungsberichte. Bei der Spaltung zur Aufnahme hat der Vorstand der übertragenden Gesellschaft wohl auf den Sachkapitalerhöhungsbericht zu verweisen, der gemäß § 17 Z 3 Satz 2 SpaltG bei der übernehmenden Gesellschaft zu erstatten ist. Seltsamerweise existiert aber keine Regelung, die einen entsprechenden Hinweis im Spaltungsbericht der übernehmenden Gesellschaft fordert.

4. Bei beiden Gesellschaften sind schließlich *Spaltungsprüfungen* durchzuführen (§ 5 SpaltG).²⁷⁾

Spaltungsbericht und Spaltungsprüfung werden bei Konzernumstrukturierungen regelmäßig entfallen. Dies erlaubt das SpaltG, wenn alle Gesellschafter – in unserem Fall die Konzernspitze-AG – schriftlich (aber nicht beglaubigt)²⁸⁾ oder in der Niederschrift zur Hauptversammlung (Generalversammlung) darauf *verzichten* (§§ 4 Abs 2, 5 Abs 6 SpaltG). Bei einer übernehmenden GmbH ist eine Spaltungsprüfung nur dann durchzuführen,

wenn dies ein Gesellschafter verlangt (§§ 100 Abs 2 GmbHG iVm 17 Z 5 SpaltG). Das Verlangen eines Gesellschafters hat jedoch nur Wirkung für „seine“ GmbH. Unabhängig davon unterbleibt die Spaltungsprüfung bei einer übertragenden GmbH, wenn bei dieser alle Gesellschafter darauf verzichten. Ist an der Spaltung zur Aufnahme aber auch nur eine AG beteiligt, bedürfen sowohl der Verzicht auf den Spaltungsbericht als auch der Verzicht auf die Spaltungsprüfung der Zustimmung aller Anteilhaber aller beteiligten Gesellschaften (§ 17 Z 5 Satz 2 SpaltG).

5. Bei beiden Gesellschaften hat schließlich eine *Prüfung durch den Aufsichtsrat* zu erfolgen (bei der übertragenden Gesellschaft gemäß §§ 6 iVm 17 Satz 1 SpaltG; bei der übernehmenden Gesellschaft gemäß §§ 220 c AktG, 100 Abs 1 Satz 2 GmbHG iVm 17 Z 5 SpaltG). Listigerweise ist hier ein Verzicht auf Prüfung und Bericht nicht zulässig, wenn der Aufsichtsrat aufgrund gesetzlicher Vorschrift zu bestellen ist.²⁹⁾ Dies kann wiederum zu Zeitproblemen führen, weil naturgemäß auch Aufsichtsräte für den Urlaub die umgründungsverdächtigen Sommermonate bevorzugen. Sind die Aufsichtsräte wirklich nicht greifbar, bestehen zwei Möglichkeiten: Als konservative Variante kommt die Abberufung aller ortsabwesenden Aufsichtsräte und die Bestellung anwesender Personen in Betracht. Das neue SpaltG läßt Dr. Listig aber noch ein anderes (illegales) Schlupfloch: Überraschenderweise müssen die Prüfungsberichte der Aufsichtsräte nicht dem Firmenbuchgericht vorgelegt werden. Dr. Listig wird die Aufsichtsräte nicht nur im Amt belassen, sondern ihnen überdies den verdienten Urlaub gönnen und sie erst nach ihrer Rückkunft prüfen lassen.

Bei der übernehmenden Gesellschaft ist die Prüfung von vornherein entbehrlich, wenn der Buchwert des übergangenen Vermögens die für den Unternehmenserwerb in der Satzung festgesetzte Betragsgrenze gemäß §§ 95 Abs 5 Z 1 AktG, 30j Abs 5 Z 1 GmbHG nicht übersteigt.³⁰⁾ Die für die Unterneh-

24) § 220 Abs 1 AktG unterscheidet zwischen dem Verschmelzungsvertrag, der vor den Verschmelzungsbeschlüssen (aufschließend bedingt) abzuschließen ist, und dem Entwurf des Verschmelzungsvertrags, der erst nach Genehmigung durch die Hauptversammlungen abgeschlossen wird. § 17 Z 1 SpaltG enthält keine vergleichbare Unterscheidung. Dennoch muß auch hier die Errichtung eines Entwurfs zulässig sein, weil der Spaltungs- und Übernahmevertrag „von den Vorständen der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft bis zur Anmeldung zum Firmenbuch in notariell beurkundeter Form abzuschließen ist“. Ist danach der Abschluß nach den Spaltungsbeschlüssen zulässig, kann vor den Spaltungsbeschlüssen nur der Entwurf eines Spaltungs- und Übernahmevertrages aufgestellt werden.

25) Die §§ 222 AktG, 17 Z 1 SpaltG verwenden den noch aus dem dAktG 1937 stammenden Begriff „notarielle Beurkundung“. Erforderlich ist indessen die Errichtung eines Notariatsakts (vgl. Reich-Rohrwig GmbH-Recht 738; Schiemer/Jabornegg/Strasser AktG³ § 221 RZ 1 jeweils mwN).

26) Dazu unten d.

27) Einzelheiten unten d.

28) Anders §§ 8 Abs 3, 9 Abs 3 dUmwG.

29) Der Verzicht scheidet somit bei einer AG sowie bei solchen GmbH aus, die unter §§ 29 GmbHG, 2 Abs 5 InvFG, 12 WGG, 14 Abs 2 Z 3 Glücksspielgesetz 1989 oder 19 Abs 2 HSchG fallen.

30) Für eine übernehmende AG ergibt sich dies aus §§ 220 c Satz 2 AktG iVm 17 Z 5 SpaltG. Dies gilt kraft der subsidiären Generalverweisung in § 96 Abs 2 GmbH auf das Aktienverschmelzungsrecht auch für die GmbH-Verschmelzung und gemäß der Verweisung in § 17 Z 5 SpaltG auch für die Spaltung zur Aufnahme durch eine GmbH.

mensveräußerung festgesetzte Betragsgrenze ist hingegen ohne Einfluß auf die Prüfungspflicht bei der übertragenden Gesellschaft.

Auch sonst zeigt der Gesetzgeber Vorliebe für Arabesken: Während die Verzichtserklärungen gemäß §§ 232 Abs 2 AktG, 4 Abs 2 und 5 Abs 6 SpaltG schriftlich oder in der Niederschrift zur Hauptversammlung (Generalversammlung) festgehalten werden können, darf der Verzicht gemäß § 6 Abs 2 SpaltG nur in einer „gesonderten (schriftlichen) Erklärung“ erfolgen, somit nicht in der Niederschrift. Wie nach Art 10 der Spaltungsrichtlinie erfordert der Verzicht bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften und der Spaltung zur Aufnahme unter Beteiligung von Aktiengesellschaften nach § 232 Abs 2 AktG und § 17 Z 5 Satz 2 SpaltG eine Erklärung sämtlicher Anteilhaber aller beteiligten Gesellschaften. Demgegenüber führt der Verzicht der Gesellschafter bei einer GmbH nach § 100 Abs 1 GmbHG und – e contrario § 17 Z 5 Satz 2 SpaltG – bei der Spaltung zur Aufnahme ohne Beteiligung einer AG zum Entfall des jeweiligen Prüfungs- und/oder Berichtserfordernisses nur bei dieser Gesellschaft.

6. Im Spaltungs- und Übernahmevertrag ist der *Spaltungsstichtag* festzusetzen. Dies ist der Zeitpunkt, ab welchem „die Handlungen der übertragenden Gesellschaft als für Rechnung der übernehmenden Gesellschaft vorgenommen gelten“ (§ 2 Abs 1 Z 7 SpaltG). Auf den Spaltungsstichtag stellt die übertragende Gesellschaft ihre *Schlußbilanz* auf. Geschäftsfälle, die sich nach dem Spaltungsstichtag ereignen und den übertragenen Vermögensteilen zuzurechnen sind, werden bereits im Rechnungswesen der übernehmenden Gesellschaft erfaßt. Nicht nur das UmgrStG, sondern auch das Gesellschaftsrecht kennt somit eine Rückbeziehung der Gewinnermittlung bei Umgründungen.

Die Schlußbilanz darf nicht mit der Zwischenbilanz verwechselt werden. Für sie gelten keine vereinfachten Vorschriften, sondern jene Bilanzierungsgrundsätze, die auch auf den Jahresabschluß zur Anwendung gelangen. Ist der Jahresabschluß der übertragenden Holding prüfungspflichtig, so gilt dies auch für die Schlußbilanz. Dies ist nach § 268 Abs 1 HGB idF EU-GesRÄG bei Aktiengesellschaften sowie großen, mittelgroßen und solchen kleinen Gesellschaften mbH der Fall, die aufgrund gesetzlicher Vorschrift einen Aufsichtsrat haben müssen. Die Schlußbilanz muß aber in keinem Fall veröffentlicht werden. Da im obigen Beispiel eine Abspaltung vorliegt, hat die übertragende Holding zusätzlich eine sogenannte *Spaltungsbilanz* aufzustellen, in der ihr Restvermögen auszuweisen ist. Hinzu kommt eine *Eröffnungsbilanz* der übernehmenden Branchen-Holding. Spaltungs- und Eröffnungsbilanz unterliegen weder der Prüfung noch der Veröffentlichung (§ 2 Abs 2 SpaltG). Schlußbilanz, Eröffnungsbilanz und Spaltungsbilanz sind dem Spaltungs- und Übernahmevertrag als Anlagen anzuschließen (§§ 2 Abs 1 Z 12 iVm 17 Satz 1 SpaltG).

Anders als bei der Spaltung zur Neugründung ist die Eröffnungsbilanz bei der Spaltung zur Aufnahme keine Eröffnungsbilanz iSd § 193 Abs 1 HGB, besser „Gründungsbilanz“, weil die übernehmende Gesellschaft nicht im Zuge der Spaltung entsteht. Sie ist auch keine „Eröffnungsbilanz des Geschäftsjahrs“ iSd § 201 Abs 2 Z 6 HGB, aus welcher die Bestandskonten am Beginn des Geschäftsjahrs abgeleitet werden. Dies wird deutlich, wenn man berücksichtigt, daß das Ende des Geschäfts-

jahrs der übernehmenden Gesellschaft nicht mit dem Spaltungsstichtag übereinstimmen muß.³¹⁾ Die Funktion der Eröffnungsbilanz iSd § 2 Abs 2 SpaltG ist die einer Übernahmebilanz. Entsprechend hat sie nur das zu übertragende Vermögen, nicht hingegen das Altvermögen der übernehmenden Gesellschaft auszuweisen.

7. Mindestens einen Monat vor der Hauptversammlung, in der die Spaltung beschlossen werden soll – also noch im August –, hat die übertragende Holding den *Spaltungs- und Übernahmevertrag* oder seinen Entwurf nach Prüfung durch den Aufsichtsrat³²⁾ beim Firmenbuchgericht einzureichen (§ 7 SpaltG). Gleiches gilt für die übernehmende Branchen-Holding (§§ 221 a Abs 1 AktG iVm 17 Z 5 SpaltG).

Zusätzlich müssen – ebenfalls mindestens einen Monat vor dem Tag der Beschlußfassung – die Vorstände der Holding und der Branchen-Holding *Hinweise* auf die Einreichung des Spaltungs- und Übernahmevertrages in den *Bekanntmachungsblättern* der Gesellschaften³³⁾ veröffentlichen (§§ 7 Abs 1 Satz 2 SpaltG, 221 a Abs 1 AktG). Darin sind die Anteilhaber auf ihr Recht zur Einsichtnahme in die am Sitz der beiden Gesellschaften aufgelegten Spaltungsunterlagen sowie auf die Erteilung kostenloser Abschriften hinzuweisen. Gleiches gilt für das Recht der Gläubiger und des Betriebsrates der übertragenden Gesellschaft auf Abschriften des Spaltungs- und Übernahmevertrages (oder des Entwurfs) der Jahresabschlüsse und Lageberichte der übertragenden Gesellschaft für die letzten drei Geschäftsjahre und gegebenenfalls der Schlußbilanz sowie einer allenfalls erforderlichen Zwischenbilanz.

Nach § 7 Abs 1 SpaltG trifft die Verpflichtung zur Einreichung beim Firmenbuch nicht bloß eine übertragende AG, sondern auch eine übertragende GmbH. Dies ergibt sich einerseits aus der rechtsformneutralen Fassung des § 17 Abs 1 Satz 1 SpaltG („Anteilhaber“), andererseits aus Satz 2, der sich auch auf die in § 7 Abs 4 SpaltG geregelten Rechte von GmbH-Gesellschaftern bezieht. § 7 Abs 1 SpaltG ist indessen in mehrfacher Hinsicht mißglückt: Da GmbH-Gesellschafter ohnedies Anspruch auf individuelle Zusendung der Spaltungsunterlagen haben (§ 7 Abs 4 SpaltG), ist nicht nur der Hinweis auf dieses Recht in der Veröffentlichung sinnlos (die GmbH-Gesellschafter werden ohnedies durch individuelle Einberufung und Zusendung informiert); auch die Einreichung beim Firmenbuchgericht nach § 7 Abs 1 Satz 1 SpaltG, die sowohl das alte SpaltG als auch das neue Verschmelzungsrecht im Falle einer GmbH eben gerade nicht vorsehen (§ 97 Abs 1 GmbHG), ist funktionlos. Gläubiger und Betriebsrat haben bei der Spaltung ohnedies Anspruch auf Abschriften der in § 7 Abs 2 Z 1 bis 3 SpaltG angeführten Spaltungsunterlagen (§ 7 Abs 5 SpaltG). Unklar ist schließlich, in welchem Medium die Gläubiger und der Betriebsrat auf die bevorstehende Spaltung einer GmbH hinzuweisen sind, wenn die GmbH-Satzung keine Bekanntmachungsblätter vorsieht. Eine § 18 AktG entsprechende Regelung fehlt im GmbHG. Als Ausweg bleibt nur die analoge Anwendung des § 18 AktG: Veröffentlichung in der „Wiener Zeitung“.³⁴⁾

8. Ist die Holding oder die Branchen-Holding eine AG müssen schließlich gemäß §§ 7 Abs 2

- 31) Darauf hat *Wiesner* in meinem Seminar hingewiesen.
- 32) Ob die Prüfung durch den Aufsichtsrat bereits erfolgt ist, ist – wie oben bemerkt – für das Firmenbuchgericht in der Regel nicht erkennbar!
- 33) Dies ist auch bei einer GmbH die „Wiener Zeitung“ (analog § 18 AktG; dazu vgl. weiter oben).
- 34) Zu entsprechenden Problemen beim Gläubigeraufruf gemäß § 55 Abs 2 GmbHG vgl. *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 537 f.; *Koppensteiner GmbHG* § 55 RZ 2.

SpaltG, 221 a Abs 2 AktG die folgenden *Unterlagen zur Einsicht durch die Aktionäre* aufgelegt werden:

- der Spaltungs- und Übernahmevertrag oder sein Entwurf;
- grundsätzlich auch die Spaltungsberichte³⁵⁾ der Vorstände und die Prüfungsberichte der Spaltungsprüfer der Holding und der übernehmenden Branchen-Holding, sofern auf diese nicht verzichtet wird;
- die Berichte der Aufsichtsräte der Holding und der Branchen-Holding;
- die Jahresabschlüsse und die Lageberichte der Holding und der Branchen-Holding für die letzten drei Geschäftsjahre.
- Erfolgt die Spaltung nicht zu einem Regelbilanzstichtag, muß weiters die auf den Spaltungsstichtag errichtete Schlußbilanz der übertragenden Holding aufgelegt werden.³⁶⁾ Wie an anderen Stellen des Gesetzes zeigt der Gesetzgeber jedoch auch hier Verständnis für hektische Umgründer: Die Schlußbilanz muß den neugierigen Gesellschaftern nur dann gezeigt werden, wenn sie schon fertig ist. Damit hilft die Neuregelung – wohl unbeabsichtigt – über eine seiner zahlreichen – wohl ebenso unbeabsichtigten – Tücken hinweg: Die Schlußbilanz muß künftig bei allen Umgründungen geprüft werden, wenn auch der Jahresabschluß der übertragenden Gesellschaft prüfungspflichtig ist. Erfolgt die Spaltung nicht zum Regelbilanzstichtag, muß die Gesellschafterversammlung erst den Schlußbilanzprüfer bestellen. Der Abschlußprüfer ist nicht automatisch zuständig, denn er wird ja immer nur zur Prüfung des kommenden Jahresabschlusses bestellt.³⁷⁾ Da die geprüfte Schlußbilanz aber – wie ausgeführt – nicht unbedingt einen Monat vor dem Hauptversammlungstermin aufgelegt werden muß, kann mit der Bestellung des Schlußbilanzprüfers bis zur Hauptversammlung, die über die Verschmelzung beschließt, zugewartet werden.
- Liegt der Regelbilanzstichtag mehr als 6 Monate zurück, so muß die Zwischenbilanz aufgestellt und zur Einsichtnahme durch die Gesellschafter bereitgehalten werden.

9. Sind an der Spaltung zur Aufnahme Gesellschaften mbH beteiligt, müssen die *Spaltungsunterlagen den Gesellschaftern zugesendet* werden (§§ 7 Abs 4 iVm 17 Abs 1 SpaltG für eine übertragende GmbH; §§ 97 Abs 1 GmbHG iVm 17 Z 5 SpaltG für eine übernehmende GmbH). Zwischen dem Tag der Aufgabe der Sendung zur Post und der Beschlußfassung muß ein Zeitraum von mindestens 14 Tagen liegen.

10. Müßte Dr. Eilig nach dem geltenden Spaltungsgesetz eine Spaltung zur Neugründung vornehmen, käme ihm das Gründungsrecht des AktG in die Quere: Auch wenn die neue Zwischen-Holding eine GmbH ist, müßte eine *Gründungsprüfung* durch den Vorstand, einen allfälligen Aufsichtsrat und durch sachverständige Gründungsprüfer erfolgen (§ 3 Abs 3 bis 5 SpaltG). Nur der Gründungsbericht der Gründer (§ 24 AktG) entfällt (§ 3 Abs 4 Satz 3 SpaltG).

Bei der Spaltung zur Aufnahme ist zu unterscheiden: Im obigen Beispiel kann die Kapitalerhöhung entfallen, weil die übernehmende Branchen-

Holding – als „Schwester“ der übertragenden Holding – gemäß §§ 224 Abs 2 Z 1 AktG iVm 17 Z 5 SpaltG keine Anteile gewähren muß; die Konzernspitze-AG ist ohnehin an beiden Gesellschaften zu 100% beteiligt. Hier bringen die neuen Regelungen somit eine Vereinfachung.

Die in § 17 Z 5 SpaltG enthaltene Verweisung auf das Verschmelzungsrecht umfaßt auch § 224 AktG. Hier ist geregelt, in welchen Fällen die Anteilsgewährung durch die übernehmende Gesellschaft unterbleiben darf oder unterbleiben muß. Dem Unterbleiben der Anteilsgewährung steht auch nicht entgegen, daß die in § 1 Abs 2 SpaltG enthaltenen Spaltungsdefinitionen als Begriffsmerkmal die „Gewährung von Anteilen (Aktien oder Geschäftsanteilen)“ erwähnen; denn auch bei der Abfassung der Verschmelzungsdefinition in den §§ 219 AktG, 96 Abs 1 GmbHG wurde – anders als noch im Ministerialentwurf – die Zulässigkeit des Unterbleibens der Anteilsgewährung (zurecht) als nicht erwähnungsbedürftig angesehen (ebenso die Verschmelzungsdefinition in § 2 dUmwG und die Spaltungsdefinitionen in § 123 dUmwG). Schließlich zeigt die konditionale Fassung des § 17 Z 3 Satz 2 SpaltG, daß das Gesetz auch Fälle der Spaltung zur Aufnahme voraussetzt, bei denen die übernehmende Gesellschaft ihr Kapital nicht erhöht. § 224 AktG ist somit auf die Spaltung zur Aufnahme anwendbar. Dadurch werden *neue Formen der Konzernumstrukturierung* ermöglicht, die bisher nur als Einbringungen – ohne Gesamtrechtsnachfolge – durchgeführt werden konnten, häufig aber am Verbot der Einlagenrückgewähr scheiterten. So ist es nunmehr möglich, Vermögensteile von der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft abzuspalten (§ 224 Abs 1 Z 1 AktG). Das obige Beispiel ist eine Abspaltung zur Aufnahme durch die Schwestergesellschaft (§ 224 Abs 2 Z 1 AktG). Aber auch die Abspaltung von der Mutter- auf die Tochtergesellschaft ist zulässig. Zwar paßt § 224 Abs 3 AktG hier nur im Falle der Aufspaltung, weil dann die Anteile an den übernehmenden Gesellschaften den Gesellschaftern der (untergehenden) übertragenden Gesellschaft zuzuteilen sind. Bei der Abspaltung von der Mutter- auf die Tochtergesellschaft ist die Anteilsgewährung jedoch „nicht erforderlich“. E contrario § 224 Abs 3 AktG müssen keine Anteile gewährt werden. Auch kommt ein Verzicht auf die Anteilsgewährung nach § 224 Abs 2 Z 2 AktG in Betracht. Klammheimlich hat das neue SpaltG somit auch die *Einbringung unter Gesamtrechtsnachfolge* eingeführt. Rechtspolitisch ist dies außerordentlich zu begrüßen, zumal nicht einzusehen ist, warum derartige, mit partieller Gesamtrechtsnachfolge verbundene Umgründungsvorgänge Kreditinstituten, Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und Bausparkassen vorbehalten sein sollten.³⁸⁾

35) Auch hier führt die Verweisungstechnik zu Ungenauigkeiten: Daß die Aktionäre *jeder* Gesellschaft Anspruch auf Einsicht in die Jahresabschlüsse und Berichte *aller* beteiligten Gesellschaften haben, ergibt sich zwar aus § 221 a Abs 2 Z 2 bis 6 AktG, selbstverständlich aber nicht aus § 7 Abs 2 SpaltG, weil dieser unmittelbar nur die Spaltung zur *Neugründung* betrifft. Auf § 221 a AktG verweist § 17 Z 5 SpaltG aber nur hinsichtlich der *übernehmenden* Gesellschaft. Für die Vorbereitung des Beschlusses der *übertragenden* Gesellschaft im Falle der Spaltung zur Aufnahme gilt hingegen § 7 Abs 2 SpaltG kraft der Generalverweisung in § 17 Satz 1 SpaltG. Dennoch kann für die übertragende Gesellschaft nichts abweichendes gelten: Ihre Gesellschafter müssen Einblick auch in die die übernehmende Gesellschaft betreffenden Spaltungsunterlagen haben.

36) § 7 Abs 2 Z 3 SpaltG ist insoweit freilich unexakt: Erfolgt die Spaltung zu einem Regelbilanzstichtag, ist die Auflage der Schlußbilanz keineswegs entbehrlich; die Schlußbilanz ist bloß mit der letzten Jahresbilanz identisch.

37) Nur dann, wenn die übertragende Gesellschaft erlischt, also bei der Verschmelzung, der Aufspaltung und der Umwandlung, erscheint es vertretbar, die Zuständigkeit des (bereits bestellten) Abschlußprüfers zur Prüfung der Schlußbilanz zu behalten, weil in diesem Falle zum Spaltungsstichtag das letzte (Rumpf)Geschäftsjahr der übertragenden Gesellschaft endet. Bei der Abspaltung hilft dies indessen nicht.

38) §§ 92 BWG, 61 a VAG, BGBl 1992/19.

11. Ist der Buchwert der Beteiligung an der Produktionsgesellschaft höher als der Betrag der Rücklagen, muß die Holding eine Kapitalherabsetzung durchführen. Gemäß § 17 Z 3 SpaltG sind dabei die Vorschriften über die *ordentliche Kapitalherabsetzung* einzuhalten (§§ 175 ff AktG, 54 ff GmbHG).³⁹⁾ Dies erfordert insbesondere die Durchführung eines Gläubigeraufrufs, die Befriedigung und Sicherstellung der Gläubiger sowie die Einhaltung der sechs- bzw drei-monatigen Sperrfristen (§§ 178 Abs 2 AktG, 55 f GmbHG). Erst danach darf die Spaltung in das Firmenbuch eingetragen werden.

Dies wird in vielen Fällen zu einer Verzögerung sowie zu Folgeproblemen führen: Fällt die Umgründungsentscheidung – wie im obigen Beispiel – erst knapp vor Ablauf der 9-monatigen Rückbeziehungsfrist (§ 2 Abs 2 SpaltG), kann die 6- bzw 3-monatige Sperrfrist nicht vor der Anmeldung der Spaltung eingehalten werden. Dadurch verzögert sich die Eintragung der Spaltung um Monate. Findet bei der übernehmenden Gesellschaft eine Kapitalerhöhung statt, muß die Sacheinlageprüfung iSd § 17 Z 3 Satz 2 SpaltG hinausgeschoben werden, weil der Wert der Sacheinlage das Nennkapital und eine allfällige gebundene Rücklage zum Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalerhöhung decken muß.⁴⁰⁾

§ 17 SpaltG iF der Regierungsvorlage (32 BlgNR 20.GP) ordnete noch nicht die Anwendung der Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung an. Diese Änderung erfolgte erst im Justizausschuß. Leider bestand keine Zeit mehr, wie bei der Spaltung zur Neugründung als Alternative die Einhaltung des Summengrundsatzes zuzulassen (§ 3 Abs 1 SpaltG).

Findet der Buchwert der abzuspaltenden Beteiligung hingegen Deckung in den Rücklagen, kann die Kapitalherabsetzung unterbleiben. Der in der Höhe des Buchwertabganges entstehende Spaltungsverlust kann mit den Rücklagen verrechnet werden. Das SpaltG geht offenkundig davon aus, daß zu diesem Zweck auch gebundene Rücklagen aufgelöst werden dürfen. Denn: Bei der Abspaltung zur Neugründung darf gemäß § 3 Abs 2 Satz 2 SpaltG vom Summengrundsatz abgewichen werden, wenn die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung eingehalten werden. Hier akzeptiert das Gesetz somit ohne weiteres die Reduktion der gebundenen Rücklagen.

12. Wie nach dem alten SpaltG ist bei der übertragenden Holding eine *Restvermögensprüfung* durchzuführen: Vorstand, ein allfälliger Aufsichtsrat sowie ein Wirtschaftsprüfer (Buchprüfer) haben zu überprüfen, ob das – allenfalls herabgesetzte – Stammkapital der Holding durch das verbleibende Vermögen gedeckt ist (§§ 3 Abs 4 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 2 iVm 17 Satz 1 SpaltG).

13. Schließlich muß die *Gesellschafterversammlung* der übertragenden Holding zur Fassung des Spaltungsbeschlusses (§ 8 SpaltG) abgehalten werden. Gegenstand des Spaltungsbeschlusses ist die Genehmigung des Spaltungs- und Übernahmungsvertrages (oder seines Entwurfs). Der Spaltungsbeschluß ist notariell zu beurkunden. Der Niederschrift ist der Spaltungs- und Übernahmungsvertrag samt Anlagen (Bilanzen) als Anlage beizufügen (§ 8 Abs 4 SpaltG).

Kraft der Verweisung auf das Verschmelzungsrecht kann bei der übernehmenden Branchen-Holding die Gesellschafterversammlung unterbleiben: Da das Nennkapital nicht erhöht wird, ist wie nach altem Verschmelzungsrecht kein Spaltungsbeschluß zu fassen (§§ 231 Abs 1 AktG iVm 17 Z 5 SpaltG). Dies gilt auch für eine übernehmende GmbH (§ 96 Abs 2 GmbHG).

Die in den §§ 221 a Abs 1 und 2 AktG iVm 17 Z 5 SpaltG festgesetzte Frist für die Offenlegung der Spaltungsunterlagen bei der übernehmenden Gesellschaft ist dann auf den Tag der Gesellschafterversammlung der übertragenden Gesellschaft zu beziehen (§ 231 Abs 2 AktG). Innerhalb eines Monats nach dieser Gesellschafterversammlung können Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft, die über Anteile von mindestens 5% des Nennkapitals verfügen, die Einberufung einer Hauptversammlung zur Beschlußfassung über die Spaltung zur Aufnahme begehren (§ 221 a Abs 3 AktG, für die GmbH: iVm § 96 Abs 2 GmbHG). Bei der Anmeldung zur Eintragung hat der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft eine Erklärung über die unterbliebene Antragstellung oder über den Verzicht der Gesellschafter auf dieses Recht vorzulegen (§ 225 Abs 2 Satz 3 AktG).

14. Danach haben die Vorstände der Holding und der Branchen-Holding die Spaltung zur *Eintragung in das Firmenbuch anzumelden*.

Anders als bei der Spaltung zur Neugründung (§ 12 Abs 1 SpaltG) dürfte § 17 Z 6 SpaltG getrennte Eingaben im Blick haben (Anmeldung „beim Gericht, in dessen Sprengel ihre Gesellschaft den Sitz hat“). Die „erforderlichen Unterlagen“ (§ 17 Z 6 Satz 2 SpaltG) sind für die übertragende Gesellschaft in den §§ 12 Abs 2, 13 SpaltG, für die übernehmende Gesellschaft in § 225 AktG geregelt. Auch hier finden sich kaum einsichtige Differenzierungen: Die Anmeldung der übertragenden Gesellschaft ist – wie bei der Spaltung zur Neugründung (§ 12 Abs 1 SpaltG) – von sämtlichen Vorstandsmitgliedern zu unterfertigen, jene der übernehmenden Gesellschaft – wie bei der Verschmelzung und der Umwandlung (§ 3 Abs 1 UmwG) – hingegen von Vorstandsmitgliedern in vertretungsbefugter Zahl (§ 17 Z 6 SpaltG).⁴¹⁾ Bei einer übernehmenden GmbH werden – wie bei der Verschmelzung – wohl die Unterschriften aller Geschäftsführer erforderlich sein.⁴²⁾ Erhöht die übernehmende Gesellschaft ihr Nennkapital, sind die Anmeldungen zu verbinden (§ 17 Z 6 Satz 3 SpaltG). Handelt es sich um eine AG, muß die Eingabe zusätzlich vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats oder von seinem Stellvertreter unterfertigt werden (§ 155 Abs 1 AktG).

d) Konzernspaltung und Minderheitsgesellschaften

Es dürfte deutlich geworden sein, daß es sich um einen besonders einfachen Fall der Spaltung gehandelt hat. Die Angelegenheit ist wesentlich komplizierter, wenn die Konzernspitze-AG an der spaltenden und übernehmenden Gesellschaft nicht zu jeweils 100% beteiligt ist. Um dies zu demonstrieren, variiere ich das Beispiel wie folgt: Nehmen wir an, daß die Konzernspitze-AG nur 90% der Anteile an der übertragenden Holding, die restlichen 10% aber ein Minderheitsgesellschafter hält.

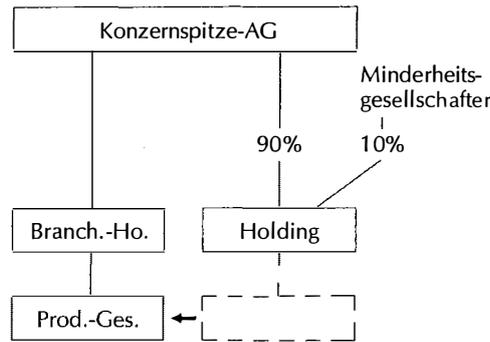
39) § 17 Z 3 SpaltG betont, daß dies nicht nur für die Abspaltung zur Aufnahme, sondern auch für die Aufspaltung zur Aufnahme gilt. Anders als bei der Aufspaltung zur Neugründung kommen somit nicht die Liquidationsvorschriften (§§ 203 ff AktG, 84 ff GmbHG), die eine 1-jährige (§ 213 Abs 1 AktG) bzw eine 3-monatige Sperrfrist vorsehen (§ 91 Abs 3 GmbHG), zur Anwendung.

40) Im Normalfall einer ohne wesentliche Verzögerung nach der Anmeldung erfolgenden Eintragung ist der Zeitpunkt der Anmeldung maßgeblich (vgl im Zusammenhang mit der Differenzhaftung *Hüffer AktG*² § 183 Rz 21 mwN).

41) Dies entspricht dem Verständnis der Wortfolge „der Vorstand“ in § 225 Abs 1 AktG aF (vgl *Schiemer/labornegg/Strasser AktG*³ § 225 Anm 3).

42) Die – nicht näher begründete – hA wendet offenkundig § 9 Abs 1 GmbHG (analog) an (vgl *Reich-Rohrwig, GmbH-Recht* 740; *Koppensteiner GmbHG* § 96 Rz 18; ebenso *Kostner/Umfahrer GmbH*⁴ Rz 817 unter unzutreffendem Hinweis auf § 225 AktG).

Spaltung zur Aufnahme mit Minderheitsgesellschafter



Wie eine Spaltung zur Neugründung kann auch eine Spaltung zur Aufnahme verhältnismäßig oder verhältnismäßig („nicht verhältnismäßig“) durchgeführt werden.

Plant die Konzernspitze-AG im obigen Beispiel eine verhältnismäßige Spaltung zur Aufnahme, müssen den Anteilshabern der übertragenden Holding – somit der Konzernspitze-AG und dem Minderheitsgesellschafter – Anteile an der übernehmenden Branchen-Holding in jenem Verhältnis zugeteilt werden, das den Beteiligungen an der übertragenden Holding entspricht, somit im Verhältnis 90 : 10 (§§ 8 Abs 3 iVm 17 Satz 1 SpaltG). Zusätzlich zu den oben (unter c) geschilderten Rechtsakten sind noch folgende Maßnahmen erforderlich:

Zur Schaffung der genannten Anteile muß die Branchen-Holding ihr Kapital erhöhen. Der Betrag der Kapitalerhöhung ergibt sich aus dem verschmelzungsrechtlichen Umtauschverhältnis. Dieses entspricht dem Verhältnis des Unternehmenswertes der Branchen-Holding vor Aufnahme der Beteiligung an der Produktionsgesellschaft zum Wert dieser Beteiligung.

Zur Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses muß die Branchen-Holding eine Gesellschafterversammlung abhalten. Beträgt die Kapitalerhöhung maximal 10% des erhöhten Nennkapitals, ist bei der Branchen-Holding die Fassung eines Spaltungsbeschlusses entbehrlich (§§ 231 Abs 1 Z 2 AktG iVm 17 Z 5 SpaltG); eine spürbare Erleichterung tritt dennoch nicht ein, weil die Generalversammlung eben zur Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses durchgeführt werden muß.

Das SpaltG eröffnet aber – wie bereits ausgeführt – auch die Möglichkeit einer verhältnismäßigen Spaltung. Dabei kommt es zu einer Verschiebung der Beteiligungsverhältnisse. Im obigen Beispiel könnte die Konzernspitze-AG die Holding und die Branchen-Holding zu folgender Regelung im Spaltungs- und Übernahmungsvertrag veranlassen: Der Minderheitsgesellschafter erhält keine Anteile an der übernehmenden Branchen-Holding. Damit er keine Werteinbußen erleidet, wird seine Beteiligung an der übertragenden Holding durch Zuteilung von Anteilen, die die Konzernspitze-AG zur Verfügung stellen muß, erhöht.

§ 2 Abs 2 Z 5 SpaltG ist in diesem Zusammenhang mit demselben legistischen Fehler behaftet wie § 126 Abs 1 Nr 10 dUmwG. In beiden Bestimmungen ist nämlich bloß von der Gewährung bzw Zuteilung von Anteilen an den neuen Gesellschaften bzw übernehmenden Gesellschaften die Rede. Die bei der verhältnismäßigen Spaltung vielfach unumgängliche Zuteilung von Altanteilen an der übertragenden Gesellschaft ist demgegen-

über nicht erwähnt.⁴³⁾ Im deutschen Recht dürfte dies kaum zu erheblichen Problemen führen, weil hier die verhältnismäßige Spaltung nur mit Zustimmung aller Anteilshaber zulässig ist (§ 128 dUmwG). Die Zustimmung sanktioniert dann wohl auch die (vom Wortlaut des Gesetzes nicht gedeckte) Anteilsübertragung. Im SpaltG hilft nur eine teleologische Korrektur des Gesetzeswortlauts: Da die verhältnismäßige Spaltung unzweifelhaft zulässig ist und in vielen Fällen die Zuteilung von Altanteilen an der übertragenden Gesellschaft erfordert, darf der Spaltungs- und Übernahmungsvertrag eine derartige auch vorsehen.

Da eine verhältnismäßige Spaltung vorliegt, erfordert der Spaltungsbeschluß der übertragenden Holding nicht bloß eine 3/4-Stimmenmehrheit, sondern zusätzlich eine 9/10-Kapitalmehrheit (vgl oben 1.).

Wohl versehentlich fehlt in § 6 Abs 3 SpaltG eine Regelung, wonach die Satzung nur eine größere – aber keine geringere – Kapitalmehrheit vorsehen kann (vgl demgegenüber § 221 Abs 2 AktG).

Im obigen Beispiel kann die Konzernspitze-AG die Spaltung somit gegen die Stimme des Minderheitsgesellschafters durchsetzen. Will dieser, etwa weil er die im Spaltungs- und Übernahmungsvertrag festgesetzte Zuteilung weiterer Altanteile für nicht ausreichend hält, nicht akzeptieren, bleibt ihm nur die Möglichkeit, das Austrittsrecht gemäß § 9 SpaltG auszuüben. Dadurch scheidet er aus der übertragenden Holding aus. Zu diesem Zweck muß bereits der Spaltungs- und Übernahmungsvertrag ein Barabfindungsangebot enthalten (§ 2 Abs 1 Z 13 SpaltG).⁴⁴⁾ Die Barabfindung dient aber nicht bloß als Entschädigung für den Verlust der (mittelbaren) Beteiligung an der Produktionsgesellschaft; da der Minderheitsgesellschafter aus der Holding zur Gänze ausscheidet, ist der Wert seiner gesamten Beteiligung abzufinden.

Hält – wie im zweiten Beispiel – die Konzernspitze-AG nicht alle Anteile an der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft, sondern ist an der übertragenden Gesellschaft ein Minderheitsgesellschafter beteiligt, führt dies in beiden Varianten (bei der verhältnismäßigen und der verhältnismäßigen Spaltung) zu einer beträchtlichen Vermehrung der Prüfungsvorgänge und Berichte.

Zusätzlich zu

- den Prüfungen und Berichten der Aufsichtsräte,
- der Prüfung der Schlußbilanz,
- der Restvermögensprüfung durch Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer (oder Buchprüfer) bei der übertragenden Holding samt drei Prüfungsberichten, die im Zuge der oben behandelten reinen Konzernspaltung notwendig sind, ist noch folgendes zu veranlassen:
- Wenn das Nennkapital der Branchen-Holding zur Schaffung von Abfindungsanteilen erhöht werden muß (Variante der verhältnismäßigen Spaltung), hat eine Sacheinlageprüfung stattzufinden.⁴⁵⁾

43) Dazu vgl Teichmann in Lutter (Hrsg), Verschmelzung Spaltung Formwechsel (1995) 105 f.

44) Gleiches gilt im Falle einer „rechtsformübergreifenden Spaltung“ (vgl §§ 11, 2 Abs 1 Z 13 SpaltG).

45) Die für verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhungen geltende Ausnahme von der Prüfungspflicht in § 223 Abs 2 AktG kommt nicht zur Anwendung. Entsprechend Art 7 Abs 2 Satz 2 der Spaltungsrichtlinie verlangt § 17 Z 3 Satz 2 SpaltG stets die Durchführung einer Sacheinlageprüfung.

- Sofern der Minderheitsaktionär nicht zum Verzicht bewegt werden kann, müssen
- die Vorstände der Holding und der Branchen-Holding *Spaltungsberichte* erstatten
 - und bei beiden Gesellschaften *Spaltungsprüfungen* durch Wirtschaftsprüfer (oder Buchprüfer) durchgeführt werden.

Damit hat sich die Anzahl der Prüfungen bzw Prüfungsberichte von 6 auf insgesamt 11 erhöht.

Wer die konzernrechtlichen Bestimmungen des dAktG kennt und die rechtspolitische Diskussion in Österreich verfolgt,⁴⁶⁾ wird für die Prüfungs- und Berichtsvielfalt gleichwohl Verständnis zeigen. In unserem Fallbeispiel verwirklicht sich der klassische konzernrechtliche Interessenkonflikt, der Widerstreit zwischen einem beherrschenden Gesellschafter, der außerhalb der beherrschten Gesellschaft noch andere unternehmerische Interessen verfolgt, und einem Minderheitsaktionär. Naturgemäß besteht die Befürchtung, daß die dem Minderheitsaktionär zugedachte Beteiligung an der Branchen-Holding (im Falle der verhältnismäßigen Spaltung) oder die ihm zugewiesenen zusätzlichen Anteile an der übertragenden Holding (im Falle der verhältnisändernden Spaltung) kein Äquivalent für die auf den Wert seiner Beteiligung durchschlagende Minderung des Vermögens der übertragenden Holding sind.

Prüfungen und Berichte der Vorstände, der Aufsichtsräte und der Spaltungsprüfer haben sich demgemäß vor allem mit der *Angemessenheit des Umtauschverhältnisses* zu befassen,⁴⁷⁾ Der vorliegenden Fall deckt freilich erneut Tücken der in § 17 SpaltG gewählten Verweisungstechnik auf. Prüfung und Testat des Umtauschverhältnisses durch die Spaltungsprüfer ist gemäß §§ 4 Abs 1 Satz 4, 5 Abs 4 Satz 2 SpaltG nämlich nur bei der verhältnisändernden Spaltung vorgesehen.⁴⁸⁾ Bei der *verhältnismäßigen Spaltung* ist das Umtauschverhältnis hingegen nicht zu prüfen. Diese Regelung macht in ihrem angestammten Anwendungsbereich – bei der Spaltung zur Neugründung – guten Sinn: Hier sind Wertverschiebungen ausgeschlossen, wenn die Beteiligungsverhältnisse an der neuen Gesellschaft jenen an der übertragenden Gesellschaft entsprechen. Ein Umtauschverhältnis im eigentlichen Sinne existiert gar nicht.⁴⁹⁾

Anders ist dies bei der *verhältnismäßigen Spaltung zur Aufnahme*: Auch wenn die Abfindungsanteile an der übernehmenden Gesellschaft den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft quotenidentisch gewährt werden und insoweit – nämlich zwischen diesen Anteilsinhabern – keine Wertverschiebung eintreten kann, existiert – wie bei der Verschmelzung – ein überprüfungsbedürftiges Umtauschverhältnis, nämlich jenes, das für das Verhältnis der (Gesamt)Beteiligung der *Altgesellschafter* der übernehmenden Gesellschaft zur (Gesamt)Beteiligung der Gesellschafter der *übertragenden* Gesellschaft maßgeblich ist.⁵⁰⁾

Entfällt die Prüfung der Angemessenheit auch dieses Umtauschverhältnisses e contrario §§ 5 Abs 4 Satz 2 iVm 17 Satz 1 SpaltG, weil nach der Definition des § 8 Abs 3 Satz 1 SpaltG eine verhältnismäßige Spaltung vorliegt? Die Frage stellen heißt sie verneinen. Die ratio des § 5 Abs 4 Satz 2 SpaltG trifft diesen Fall nicht. Quotenidentische Zuteilung der Anteile an

die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft gewährleistet eben nicht die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses im Verhältnis zu den Altgesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft.

Diese Problematik ist eine spezifische Folge der Verschmelzungskomponente, die der Spaltung zur Aufnahme immanent ist. Sie muß daher nach den Wertungen des Verschmelzungsrechts gelöst werden. Dies führt zur Anwendung der Regeln über die gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses nach den §§ 225 c ff AktG. Dies ist freilich keine Folge der Verweisung in § 17 Z 5 SpaltG, weil diese nur jene Verschmelzungsregelungen erfaßt, die „für die übernehmende Gesellschaft“ gelten. Die §§ 225 c ff AktG hingegen betreffen *alle* beteiligten Gesellschaften. Dennoch ist nicht die in § 17 Satz 1 SpaltG enthaltene Verweisung auf § 9 Abs 2 SpaltG maßgeblich, der die Überprüfung des Umtauschverhältnisses ausschließt⁵¹⁾ und nur die Überprüfung der Angemessenheit der angebotenen Barabfindung zuläßt. Diese Wertentscheidung (zu Lasten überstimmter Minderheitsgesellschafter) hat keine Geltung für das zuerst angesprochene Angemessenheitsproblem im Falle der verhältnismäßigen Spaltung zur Aufnahme. Die Gleichbehandlung mit der Verschmelzung verbietet die Aberkennung der gerichtlichen Überprüfung des Umtauschverhältnisses. Hinzu kommt, daß dieses Recht auch den Gesellschaftern der *übernehmenden* Gesellschaft zustehen muß, weil diesen keinesfalls das „Ersatzaustrittsrecht“ nach § 9 SpaltG zukommt. Dann können aber auch die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nicht anders behandelt werden. Jedenfalls bei der verhältnismäßigen Spaltung zur Aufnahme ist die Überprüfung des Umtauschverhältnisses nach den §§ 225 c ff AktG zulässig.⁵²⁾ Hier entfällt somit der Austritt gegen Barabfindung gemäß § 9 SpaltG. Die Verweisung in § 17 Satz 1 SpaltG ist insoweit teleologisch zu reduzieren.

Wählt der Konzern im obigen Beispiel hingegen jene Variante, bei welcher der Minderheitsgesellschafter – im Zuge einer *verhältnisändernden Spaltung zur Aufnahme* – keine Beteiligung an der übernehmenden

46) Dazu vgl etwa *Krejci*, Gutachten zum 10. ÖJT, 1988, Verhandlungen, Band II/1; *Peter Doralt*, Zur Entwicklung eines österreichischen Konzernrechts, ZGR 1991, 252 sowie ZGR-Sonderheft 11 (1994) 192; *Nowotny*, Die konzernrechtlichen Vorgaben des Europäischen Gesellschaftsrechts, in: *Koppensteiner* (Hrsg), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 1: Gesellschaftsrecht (1994) 395.

47) So ausdrücklich die §§ 4, 5 Abs 4 SpaltG für den Spaltungsbericht und die Spaltungsprüfung. Da diese § 6 SpaltG Grundlagen der Prüfung durch den Aufsichtsrat sind, muß sich auch dieser mit der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses befassen.

48) Zusätzlich ist die Angemessenheit des Barabfindungsanbotes zu prüfen.

49) Vgl zur Abspaltung *Dehmer* UmwG/UmwStG² § 126 RZ 16.

50) Zu dieser zweifachen Dimension der Angemessenheitsproblematik vgl bereits *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 181 ff.

51) Dies war in § 9 Abs 2 idF RV – wohl versehentlich – nicht vorgesehen. Jene Fassung, die diese Bestimmung im Justizauschuß erhalten hat, läßt jedoch keine Zweifel offen. Nach dem Bericht „der Klarstellung, .. daß Anteilsinhaber, die der Spaltung nicht zustimmen, im gerichtlichen Verfahren nur die Höhe der Barabfindung als Folge der Ausübung ihres Austrittsrechts gemäß Abs 1 überprüfen lassen können, nicht jedoch das Umtauschverhältnis der Anteile (einschließlich allfälliger barer Zuzahlungen) oder deren Aufteilung auf die Anteilsinhaber“.

52) Zu Einzelheiten des Überprüfungsverfahrens im Kontext des Verschmelzungsrechtes vgl *Reich-Rohrwig* *ecolex* 1996, 260 ff.

Branchen-Holding erhalten soll, bleibt es bei der Einschränkung der §§ 225 c ff AktG durch § 9 SpaltG. Die Korrektur des Umtauschverhältnisses durch gerichtliche Festsetzung barer Zuzahlungen kann der Minderheitsgesellschafter nicht begehren. Will er die ihm als Entschädigung für den Verlust der mittelbaren Beteiligung an der Produktionsgesellschaft im Spaltungs- und Übernahmevertrag festgesetzte Zuteilung von Altanteilen an der übertragenden Holding nicht akzeptieren, muß er gegen den Spaltungsbeschluß Widerspruch erheben. Als Folge scheidet er aus der übertragenden Holding aus. Diese hat seine Anteile gegen Bezahlung einer angemessenen Barabfindung zu erwerben. § 65 Abs 1 Z 6 AktG nF enthält eine hier einschlägige Ausnahme vom Verbot des Erwerbs eigener Aktien, die gemäß § 9 Abs 1 Satz 3 SpaltG auch für Gesellschaften mbH gilt. Im Außerstreitverfahren nach den §§ 225 c ff AktG kann der Minderheitsgesellschafter nur die Angemessenheit der Barabfindung überprüfen lassen (§ 9 Abs 2 SpaltG).

3. Mehrheitsmacht und Minderheitenschutz

a) Rückblick

Das AktG 1937, das in Österreich kaum verändert in Geltung steht, hat die Stellung des Vorstands und des Aufsichtsrats gegenüber der Hauptversammlung im Vergleich zum früheren Rechtszustand erheblich gestärkt. Die Notwendigkeit, die Rechtsstellung der Aktionäre, insbesondere der Aktionärminderheiten zu verbessern, wurde in der BRD indessen bald nach dem Zweiten Weltkrieg erkannt. Dies war einer der Schwerpunkte der deutschen Aktienrechtsreform des Jahres 1965.⁵³⁾ Der Schutz der Minderheit gegenüber beherrschenden Gesellschaftern ist Gegenstand zahlreicher, berühmter konzernrechtlicher Entscheidungen des BGH, Mehrheitsmacht und Minderheitenschutz eines der großen gesellschaftsrechtlichen Themen.

Ganz anders die Situation in Österreich: Minderheitenschutz war dem Gesetzgeber bislang kein Anliegen. Die Reformen in der BRD wurden aufmerksam verfolgt,⁵⁴⁾ jedoch nicht nachvollzogen. Während das dAktG 1965 die Minderheitsrechte kräftig ausbaute, beseitigte der österreichische Gesetzgeber im Jahre 1965 de facto die Durchsetzbarkeit des Auskunftsrechts der Aktionäre (§ 112 Abs 3 Satz 3 AktG).⁵⁵⁾ Anders als nach § 58 dAktG kann die Verwaltung der AG das Jahresergebnis nach freiem Ermessen durch die Bildung von Gewinnrücklagen von der Verteilung ausschließen. Die Kodifizierung des Konzernrechts ist nicht in Sicht. „Minderheitenschutz“ sucht man im Stichwortverzeichnis der meisten österreichischen Lehrbücher vergeblich,⁵⁶⁾ die Aufsatzliteratur zu diesem Thema ist spärlich.⁵⁷⁾ Für vereinzelte Lichtblicke sorgt immerhin die Rechtsprechung: Durch die Kali + Salz-Entscheidung des BGH vom 13. 3. 1978⁵⁸⁾ maßgeblich vorbereitet, ist die OGH vom 16. 12. 1980⁵⁹⁾ zur Bindung des Bezugsrechtsausschlusses an einen rechtfertigenden Grund ein Markstein in der Entwicklung des Minderheitenschutzes.⁶⁰⁾ Bedenklich hingegen ist die OGH vom 22. 12. 1994,⁶¹⁾ die eine auf §§ 99, 100 f AktG gestützte Schadenersatzklage von Aktionären mit der

zweifelhaften Begründung abgewiesen hat, diese hätten nur einen „Reflexschaden“ erlitten.⁶²⁾

Auch das EU-GesRÄG bewirkt keine Trendwende. Ganz im Gegenteil: Zwar ist die gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses nach §§ 225 c ff AktG zweifellos eine Verbesserung des Minderheitenschutzes, dies aber um den entschieden zu hohen Preis einer weitgehenden de facto-Beseitigung des Anfechtungsrechtes bei gesetzwidrigen Umgründungen. Dem EU-GesRÄG liegt vor allem die sonst ungestörte Gestaltungsfreiheit bei Umgründungen am Herzen, die typischerweise dem Mehrheitsgesellschafter dient. Nicht die rücksichtslose Ausübung der Mehrheitsmacht unter Beeinträchtigung der Minderheit – die klassische Minderheitenschutzproblematik – bereitete dem Gesetzgeber Sorge, sondern vielmehr die von „lästigen Minderheitsgesellschaftern“ ausgehende Gefahr für die Dispositionsfreiheit des Mehrheitsgesellschafters. In bemerkenswerter Umkehrung der traditionellen Problemsicht hat eine Entschließung des Nationalrats im Zusammenhang mit der Beschlußfassung zum GesRÄG 1993 den Bundesminister für Justiz ersucht, „Lösungen vorzuschlagen, wodurch eine Abhilfe dagegen geschaffen wird, daß Minderheiten durch mißbräuchliche Ausübung ihrer Rechte wirtschaftlich gebotene Umgründungen (einschließlich Spaltungen) verhindern“.⁶³⁾ Obwohl nach einigen spektakulären Ausschlußverfahren bei börsennotierenden Aktiengesellschaften die Beseitigung des im UmwG vorgesehenen Ausschließungsrechtes von Aktionärsvereinigungen im Interesse der Belebung des Kapitalmarktes gefordert worden war – und auch das dUmwG alle vergleichbaren Ausschlußrechte beseitigt hat –, wollten die Redaktoren den Un-

53) Vgl Begründung zum AktG 1965 in: Aktiengesetz – Textausgabe (1965) S. 14 ff.

54) Vgl *Kastner* JBl 1965, 393.

55) Daß über ein Auskunftsverlangen letztendlich nicht das Gericht, sondern der – selten zum Vorstand in Disharmonie stehende – Aufsichtsrat entscheidet, begründeten die Redaktoren mit der bemerkenswerten Aussage, daß das Gericht „in vielen Fällen nur schwer in der Lage sein wird, die Folgen der Erteilung einer verlangten Auskunft richtig zu beurteilen“ (301 BlgNR 10. GP zu § 112 AktG).

56) Vgl demgegenüber die eingehende Behandlung zB bei *Flume*, Die juristische Person (1983) 208 ff; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht² § 16 II 4; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I (1980) 404 ff jeweils mwN. Für Österreich vgl *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 355 ff.

57) Vgl aber die jüngst erschienene, tüchtige Arbeit von *Ulrich Torggler*, Zum Wettbewerbsverbot des Mehrheitsgesellschafters (GmbH) – Ein Beitrag zum Minderheitenschutz im GmbH-Konzern, GesRZ 1995, 233. Zu nennen sind ferner die rechtspolitischen Arbeiten zum Konzernrecht von *Peter Doralt* und *Krejci* (vgl FN 46).

58) BGHZ 71, 40.

59) JBl 1981, 545.

60) Auf sie geht das nunmehr in § 153 Abs 4 AktG eingeführte Erfordernis eines Berichtes über die für den Bezugsrechtsausschluß maßgeblichen Gründe zurück. Kritisch insoweit freilich *Roth/Fitz RdW* 1996, 1 ff.

61) GesRZ 1995, 121.

62) Daß die Aktionäre einen bloßen „Reflexschaden“ nicht geltend machen können, ist nach § 101 AktG 1937 = § 100 AktG keineswegs zweifelsfrei (Nachweise bei *Schmidt/Meyer-Landrut* in *Großkomm AktG²* § 101 Anm 9 mwN). Die Berufung des OGH auf *Mertens und Hüffer* geht fehl, weil das dAktG 1965 die genannte Streitfrage in § 117 Abs 1 Satz 2 ausdrücklich entschieden hat. Zudem müssen die in der Klage zu GesRZ 1995, 121 vorgetragenen Maßnahmen der Verwaltungen der verflochtenen Unternehmen keineswegs zu einem Schaden im Gesellschaftsvermögen geführt haben; jedenfalls ist der – vom Kläger offenkundig behauptete – Schaden infolge von Kursverlusten mit einem derartigen Schaden nicht deckungsgleich.

63) 1016 BlgNR 18. GP S. 22.

ternehmen diese Möglichkeit, sich von Kleinaktionären zu trennen, nicht nehmen.^{63a)} Auch sonst entscheidet sich das EU-GesRÄG bei Konflikten zwischen den Schutzinteressen der Minderheitsgesellschafter und den Gestaltungsinteressen des Mehrheitsgesellschafters fast durchwegs zugunsten der letzteren. Dies ist im folgenden zu zeigen.

b) Effektivität des Minderheitenschutzes durch die ex ante-Kontrolle des neuen Umgründungsrechtes

Sachbezogene Einflußnahme auf die Geschehnisse der Gesellschaft setzt voraus, daß der Gesellschafter über jene Informationen verfügt, die ihm die Beurteilung über die Grundlagen und die voraussichtlichen Folgen von Entscheidungen ermöglichen. Dem dienen Auskunfts-, Einsichts- und Berichtsansprüche, kurz: die *Informationsrechte* der Gesellschafter.⁶⁴⁾ Dem EG-rechtlichen Konzept der Gesellschafterinformation durch Bericht durch den Vorstand und Prüfung durch unabhängige Sachverständige liegt die Überlegung zugrunde, daß in der Gesellschafterversammlung mündlich erteilte Auskünfte weder ausreichende Vorbereitung ermöglichen, noch genügend in die Tiefe gehende Information vermitteln können, um dem Gesellschafter die sachbezogene Entscheidung über eine anstehende Umgründung zu ermöglichen.⁶⁵⁾ Folgerichtig haben die Vorstände in ihrem Bericht durch Erläuterung der wirtschaftlichen Folgen das mit der Umgründung verfolgte unternehmerische Konzept darzustellen. Die Prüfung des Umtauschverhältnisses durch unabhängige Sachverständige soll der Vereinbarung eines unangemessenen Umtauschverhältnisses oder einem unangemessenen Barabfindungsangebot vorbeugen, die Erläuterung in Spaltungsbericht und Spaltungsprüfungsbericht dem Gesellschafter die Angemessenheit plausibel machen. Dieser ex ante-Gesellschafterchutz durch – der Beschlußfassung vorgeschaltene – Information und Kontrolle tritt zum traditionellen ex post-Schutz durch Sonderprüfung (§§ 118 ff AktG, 45 ff GmbHG), Anfechtungs- und Nichtigkeitklage (§§ 199 ff AktG, 42 GmbHG) und Schadenersatzhaftung (§§ 84, 99–101, 122 ff AktG, 25, 48 GmbHG) sowie zur neuen gerichtlichen Überprüfung von Umtauschverhältnis und Barabfindung (§§ 225 c ff AktG) hinzu. Daß – wie häufig hervorgehoben wird – vollzogene Umgründungen kaum rückgängig gemacht werden können, unterstreicht die Bedeutung des ex ante-Schutzes.

Freilich darf die Effektivität vorgeschaltener Information und Prüfung nicht überschätzt werden. Dies liegt in der Natur des konkreten Entscheidungsgegenstandes „Umgründung“. Als in die Zukunft gerichtete, „strategische“ Maßnahme ist sie mit erheblichen Prognoserisiken und demzufolge mit beträchtlichen Entscheidungsunsicherheiten verbunden. Im Zusammenhang mit der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses ist schließlich an die schon sprichwörtlichen Beurteilungsspielräume bei Unternehmensbewertungen zu erinnern.

Die schon in der Natur der Sache angelegte Problematik des Gesellschaftereschutzes wird durch das neue Umgründungsrecht indessen verschärft.

Wohl angesichts der genannten Beurteilungsspielräume verlangen Art 10 der Verschmelzungsrichtlinie⁶⁶⁾ und Art 6 der Spaltungsrichtlinie die Prüfung durch „unabhängige Sachverständige“. Der österreichische Gesetzgeber hingegen vermeidet ganz bewußt, die Prüfer durch das Gericht bestellen zu lassen. Nicht das Firmenbuchgericht, das etwa den Sacheinlageprüfer bestellt, ist zur Auswahl der Prüfer berufen. Dies geschieht vielmehr durch die Aufsichtsräte oder Vorstände der beteiligten Gesellschaften (§§ 220 b Abs 2 AktG, 100 Abs 2 Satz 2 GmbHG iVm 17 Z 5 SpaltG; § 5 Abs 2 SpaltG).⁶⁷⁾ Die Bestellung unabhängiger Sachverständiger ist dadurch nicht gewährleistet. In der Regel werden eben jene Wirtschaftsprüfer nominiert werden, die die Vorstände bei der Planung der Umgründung beraten haben.⁶⁸⁾ Negative Prüfungsergebnisse im Interesse des Minderheitsgesellschafters sind danach kaum zu erwarten. In den EB⁶⁹⁾ verrät sich der Gesetzgeber, heißt es doch dort augenzwinkernd: Da die gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses vorgesehen ist, wurde davon abgesehen, die gerichtliche Bestellung des Verschmelzungsprüfers zu verankern. Salopp formuliert: Da ohnehin eine objektive ex post-Kontrolle existiert, kann die ex ante-Kontrolle „ruhig ein bißchen weniger objektiv“ sein. Dieses – ohnehin schiefe – Argument paßt nicht auf die Spaltung: Denn (abgesehen vom Fall der verhältnismäßigen Spaltung zur Aufnahme) kommt es eben gerade zu keiner gerichtlichen Nachprüfung

63a) Der Standard des Minderheitenschutzes wird durch die letzte HV der Perlmöser Zementwerke AG anschaulich illustriert: Zunächst wurden die Kleinaktionäre aus einer ursprünglich börsennotierenden Tochtergesellschaft nach dem UmwG ausgeschlossen. Danach verkaufte Perlmöser – nunmehr Alleingesellschafter – die Tochtergesellschaft. Als ein Aktionär in der HV Auskunft über den Verkaufserlös begehrte, um die Angemessenheit der beim Ausschluß bezahlten Barabfindung zu überprüfen, wurde diese vom Vorstand unter Billigung des Aufsichtsrates unter Hinweis auf „Konkurrenzgründe“ abgelehnt (WirtschaftsBlatt 20. 6. 1996, B2). In der BRD wäre beides in dieser Form nicht möglich: Im UmwG wurde bewußt kein Ausschlußrecht vorgesehen. Die Verweigerung der Auskunft kann gerichtlich überprüft werden (§ 132 dAktG).

64) Vgl etwa OGH 6. 9. 1990 EvBl 1990/170 zum ungeschriebenen (allgemeinen) Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters; weiters *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 140 ff.

65) Vgl etwa die Begründung zum deutschen Verschmelzungsrichtlinie-Gesetz: BT-Drucks 9/1065 S. 21; Begründung zu § 8 dUmwG (abgedruckt ua bei *Schaumburg/Rödter*, UmwG/ UmwStG [1995] 52); *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 145 ff.

66) Dritte Richtlinie des Rates vom 9. 10. 1978 gemäß Art 54 Abs 3 g des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, 78/855/EWG, ABl vom 20. 10. 1978 Nr. L 295; abgedruckt im Anhang zu den EB zur RV des EU-GesRÄG 32 BlgNR 20. GP S. 258 ff.

67) Da eine § 220 b Abs 2 Satz 2 AktG entsprechende Vorschrift sowohl in § 100 GmbHG als auch im SpaltG fehlt, ist unklar, ob bei einer GmbH-Verschmelzung und einer Spaltung zur Aufnahme die – überaus ökonomische – Prüfung durch einen gemeinsamen Verschmelzungs- bzw Spaltungsprüfer zulässig ist und – bejahendenfalls – über wessen Antrag die Bestellung erfolgt, wenn eine oder beide der beteiligten Gesellschaften über keinen Aufsichtsrat verfügen.

68) Zu beachten ist freilich, daß die für die Abschlußprüfer geltenden Vorschriften der §§ 271, 272 und 275 HGB gemäß §§ 220 b Abs 3 AktG, 5 Abs 2 SpaltG auch auf die Verschmelzungs- und Spaltungsprüfer zur Anwendung kommen. Einiges spricht dafür, daß ein Wirtschaftsprüfer, der ein an der Umgründung beteiligtes Unternehmen berät, analog § 271 Abs 2 Z 5 HGB von der Verschmelzungs- oder Spaltungsprüfung *ausgeschlossen* ist. Freilich wurde bei der Nominierung und Bestellung von Sacheinlage- und Umwandlungsprüfer bisher in vergleichbaren Fällen kaum Sensibilität bewiesen.

69) 32 BlgNR 18. GP S. 93.

des Umtauschverhältnisses. Das Gericht überprüft nur die Barabfindung.

c) Einschränkung des Anfechtungsrechts

Regen sich hier bereits Zweifel an der Effektivität der aufwendigen Prüfungs- und Berichtsvielfalt des neuen Umgründungsrechtes, so entpuppt sich die oben dargestellte, auf den ersten Blick beeindruckende und zweifellos kostenintensive Papierflut angesichts des § 225 b AktG endgültig als Papiertiger. Denn dort heißt es kurz und bündig: Eine Klage auf Anfechtung des (Verschmelzungs-)Beschlusses kann nicht darauf gestützt werden, daß das Umtauschverhältnis oder die allfälligen baren Zuzahlungen nicht angemessen festgelegt sind oder daß die in den Verschmelzungsberichten, den Prüfungsberichten oder den Berichten der Aufsichtsräte enthaltenen Erläuterungen des Umtauschverhältnisses oder der baren Zuzahlungen den gesetzlichen Bestimmungen nicht entsprechen. § 9 Abs 2 SpaltG schließt zusätzlich die Unangemessenheit der Aufteilung der Anteile auf die Anteilsinhaber und die Unangemessenheit der angebotenen Barabfindung von der Anfechtung aus.

Das „Minderheitenschutzkonzept“ des EU-GesRÄG läßt sich somit wie folgt zusammenfassen:

- Die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses oder der Barabfindung gemäß §§ 9, 11 SpaltG berechtigt nicht zur Anfechtungsklage.
- Im Verschmelzungsrecht tritt an die Stelle der Anfechtung die gerichtliche Nachprüfung des Umtauschverhältnisses. Im Spaltungsgesetz findet in der Regel nicht einmal dies statt. Der benachteiligte Minderheitsgesellschaften kann nur gegen eine Barabfindung ausscheiden. Nur deren Höhe unterliegt der gerichtlichen Überprüfung.
- Auch die größten Fehler der zahlreichen Prüfungen und Berichte berechtigen nicht zur Anfechtung. Selbst die lapidarste Berichtsfassung ist folgenlos. Die umfangreiche deutsche Judikatur und das deutsche Schrifttum zum notwendigen Inhalt des Verschmelzungsberichtes, die klaggestellt haben, daß die Darstellung der (abstrakten) Bewertungsmethoden ebensowenig ausreicht wie eine bloß in der Gesellschafterversammlung erfolgende verbale Erläuterung des Umtauschverhältnisses, sondern vielmehr eine – in ihrer Detailliertheit allerdings noch nicht abschließend konkretisierte – Offenlegung der Unternehmensbewertungen erforderlich ist,⁷⁰⁾ haben für Österreich keine Bedeutung. Prüfberichte können sich – rechtswidrig, aber weitgehend folgenlos – auf das Exzerpieren allgemeiner Ausführungen aus Lehrbüchern zur Unternehmensbewertung beschränken. Die relevanten Kennzahlen der bewerteten Unternehmen können sanktionslos weggelassen werden. Universell einsetzbare Formulare für Prüfungsberichte, in denen nur die Firmen der beteiligten Unternehmen und das jeweilige Umtauschverhältnis einzusetzen sind, werden sicher bald beim Verlag Kollm erhältlich sein.

... Kaum Mitglied der Europäischen Union geworden, schickt sich die Republik Österreich an, eine neue

Qualität der Richtlinienumsetzung zu kreieren: Zwar werden alle Instrumentarien zum Schutze der Aktionäre buchstabengetreu übernommen, im gleichen Zuge aber die wichtigsten Sanktionen des nationalen Rechts außer Kraft gesetzt. Sonst könnte das EG-Recht ja sogar Folgen haben! Die österreichische Umsetzung des vorbeugenden Aktionärsschutzes der Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie ähnelt der Gurtenanlegepflicht vor Einführung der Strafsanktion. Man muß nicht gerade berufsmäßiger Vertreter aufmüppiger Kleinaktionäre sein, um hier Unbehagen zu empfinden. In Anbetracht der Situation des österreichischen Kapitalmarktes wendet sich diese Tendenz – va aber das höchst bedenkliche Ausschlußrecht des UmwG – letztlich auch *gegen die Unternehmen*, die durch die geschilderten Regelungen vordergründig begünstigt werden.

Die erweiterte Kostenersatzpflicht im gerichtlichen Überprüfungsverfahren gemäß § 225 I Abs 3 AktG ist wohl nur eine stumpfe Waffe gegen fehlerhafte Berichte und Prüfungen. Auch hier läßt der Gesetzgeber im übrigen unverblümt – wenn auch realitätsnah – seine Einschätzung der „Unabhängigkeit“ der Verschmelzungs- und Spaltungsprüfer erkennen, rechnet er doch Fehler der von diesen erstatteten Prüfungsberichten – wie Fehler der Organberichte – ohne weiteres der übernehmenden Gesellschaft zu. Bemerkenswerterweise werden die Gesellschafter, die den Testaten dieser Prüfer nicht „blind vertrauen“ und die gerichtliche Überprüfung beantragen, dann, wenn die Entscheidung im gerichtlichen Überprüfungsverfahren das Prüfungsergebnis bestätigt oder nur „nicht beträchtliche Abweichungen“ zu Tage fördert, mit der Tragung der eigenen Vertretungskosten bestraft (§ 225 I Abs 2 AktG).⁷¹⁾

Auch der Schadenersatzhaftung von Vorstand, Aufsichtsrat gegenüber den Gesellschaftern (§§ 227–229 AktG, 3 Abs 5 Satz 2 SpaltG) dürfte kaum abschreckende Wirkung zukommen: Denn der den Gesellschaftern aufgrund der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses, der baren Zuzahlungen oder des Barabfindungsangebotes entstehende Schaden ist Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung nach den §§ 225 c ff AktG, sodaß die Haftung der Organe insoweit kaum denkbar ist. In Betracht kommen wohl nur – betraglich wohl kaum ins Gewicht fallende – Schadenersatzansprüche von Aktionären, die mangels Überschreitung der „Ernstlichkeitsschwelle“ (so die deplizierte Bezeichnung in der EB) des § 225 c Abs 3 AktG nicht in den Genuß der gerichtlichen Überprüfung des verschmelzungsrechtlichen Umtauschverhältnisses kommen. Bei der Spaltung müssen die Organe nicht einmal eine derart eingeschränkte Haftung befürchten: § 3 Abs 5 Satz 3 SpaltG schränkt die Berechtigung zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen in gleicher Weise ein wie die Antragslegitimation nach § 225 c Abs 3 AktG; eine gegenüber den verschmelzungsrechtlichen Haftungsbestimmungen (§§ 227 ff AktG) unverständliche Differenzierung; die zudem gegen Art 18 der Spaltungsrichtlinie verstoßen dürfte.⁷²⁾

Zu beachten ist, daß auch Verschmelzungs- und Spaltungsprüfer gegenüber Gesellschaftern *unmittelbar* haften

70) Nachweise bei *Dehmer UmwG/UmwStG* § 8 RZ 15 ff; *Goutier/Knopf/Tulloch*, Kommentar zum Umwandlungsrecht, § 8 UmwG Rz 17 ff; früher schon *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 146 ff.

71) Dies haben die Interessenvertreter gegen den Ministerialentwurf, der die Kostentragungsverpflichtung noch grundsätzlich der übernehmenden Gesellschaft auferlegen wollte, im Begutachtungsverfahren durchgesetzt.

72) Art 18 Spaltungsrichtlinie: „Die Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten regeln *zumindest* die zivilrechtliche Haftung der Mitglieder des Verwaltungs- oder Leitungsorgans der gespaltenen Gesellschaft gegenüber den Aktionären . . .“. Vergleichbare Beschränkungen im Zusammenhang mit der Nachprüfung des Umtauschverhältnisses und der Organhaftung sind dem dUmwG fremd.

(§§ 220 b Abs 3 Satz 3 AktG, 5 Abs 3 Satz 2 SpaltG). Dies ist ein bemerkenswerter Unterschied zur Haftung des Abschlußprüfers.⁷³⁾ Eine Einschränkung der Klagslegitimation entsprechend §§ 225 c Abs 3 AktG, 3 Abs 5 Satz 3 SpaltG fehlt hier aber.

d) Heilung fehlerhafter Umgründungen

All dies ist aber harmlos im Vergleich zu jenen Möglichkeiten, die die neuen §§ 230 Abs 2 Satz 1 AktG,⁷⁴⁾ 14 Abs 3 Satz 1 SpaltG eröffnen. Dort heißt es auf den ersten Blick wenig spektakulär: „Mängel der Verschmelzung (Spaltung) lassen die Wirkungen der Eintragung . . . unberührt.“ Auch die EB⁷⁵⁾ wagen nicht, die ganze Wahrheit deutlich auszusprechen, wenn sie – in widersprüchlicher Terminologie – formulieren, daß „sich eine erfolgreiche Anfechtung der der Verschmelzung zugrunde liegenden Rechtshandlungen in Schadenersatzansprüchen erschöpft (?)“. Die Tragweite dieser – § 20 Abs 2 dUmwG nachgebildeten – Regelung ist indessen nicht zu verkennen: Nach der Eintragung kann – selbst bei schwersten Mängeln – keine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage erhoben werden. Vor Eintragung erhobene Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen müssen in Schadenersatzklagen geändert oder auf Kosten eingeschränkt werden. Nur geringer Trost ist, daß die §§ 230 Abs 2 Satz 2 AktG, 14 Abs 3 Satz 3 SpaltG in diesem Zusammenhang von den Voraussetzungen des § 235 ZPO dispensieren.⁷⁶⁾ Unterstellen wir nun, unser Minderheitsgesellschafter hielte im obigen Beispiel nicht 10%, sondern – lästigerweise – 11 oder mehr Prozent an der Holding, aus der ihn der Mehrheitsaktionär hinausdrängen will. Diese Stimmrechtsquote begründet eine Sperrminorität sowohl gegen die verhältnisändernde Spaltung als auch gegen einen Ausschluß nach dem Umwandlungsgesetz. Wird der Mehrheitsaktionär, der seinen lästigen Partner unbedingt loswerden will, nicht von dem seriösen Dr. Eilig und auch nicht von dem trickreichen letztlich aber doch – zumindest im Eigeninteresse – vorsichtigen Dr. Listig vertreten, sondern von jenem Dr. Tücke, der so häufig in Klausurfällen, manchmal aber auch im wirklichen Leben auftritt, könnte dem Mehrheitsgesellschafter folgende Idee präsentiert werden: Unschädlich ist die Sperrminorität des Minderheitsgesellschafters, analysiert Dr. Tücke messerscharf, nur dann, wenn sie zur Gesellschafterversammlung nicht erscheint. Er empfiehlt daher, eine unverdächtige – um nicht zu sagen unvollständige – Tagesordnung auszusenden oder – bei weitem sicherer – eine Einberufung für einen falschen Tag vorzunehmen oder die Einberufung gleich ganz zu streichen. Der Mehrheitsgesellschafter faßt – unbehelligt von dem abwesenden Minderheitsgesellschafter – den Spaltungsbeschluß und läßt die Umgründung möglichst rasch in das Firmenbuch eintragen, denn nach § 14 Abs 3 SpaltG heilen eben alle Mängel, sogar Ankündigungs- und Einberufungsmängel. Man stelle sich vor: Die Rädelsführer verantworten uU sogar strafrechtlichen Betrug. Die Spaltung aber ist wirksam und unanfechtbar. Das EU-GesRÄG hebt nicht nur § 879 ABGB aus den Angeln; ihm kommt auch das zweifelhafte Verdienst zu, neben Beschlüssen in Gesellschafterversammlungen und Umlaufbeschlüssen als weitere Kategorie den „Geheimbeschluß“ eingeführt zu haben.⁷⁷⁾

Auch die in den §§ 225 Abs 2 Satz 1 AktG, 12 Abs 2 Satz 1 SpaltG dem anmeldenden Vorstand auferlegte Abgabe einer Erklärung, wonach innerhalb eines Monats nach der Beschlußfassung keine Anfechts- oder Nichtigkeitsklage erhoben worden sei, kann derartige „Geheimbeschlüsse“ nicht in allen Fällen verhindern. Innerhalb des angeführten Zeitraums ist nämlich nur die aktienrechtliche Anfechtungsklage verfristet, nicht hingegen die Nichtigkeitsklage, ferner va nicht die Anfechtungsklage nach GmbH-Recht, weil hier die Anfechtungsfrist erst am Tage der Absendung der Protokollskopie zu laufen beginnt (§ 41 Abs 4 GmbHG nF). Schließlich besteht die eminente Gefahr, daß der übergangene Gesellschafter von der Fassung des Umgründungsbeschlusses vor der Eintragung im Firmenbuch nichts erfährt. Obwohl eine entsprechende Verpflichtung fehlt, wären die Firmenbuchgerichte dennoch gut beraten, stets den Nachweis der Einberufung und der ordnungsgemäßen Ankündigung der Tagesordnung zu verlangen, wenn der Umgründungsbeschluß nicht in Anwesenheit aller Gesellschafter gefaßt wurde.

4. Rechtspolitischer Ausblick

a) Reformbedürftigkeit des reformierten Umgründungsrechtes

Ungeachtet einiger legislatischer Mängel im Detail und einer alles andere als minderheitenfreundlichen Tendenz des Umgründungsrechtes ist dem Gesetzgeber des EU-GesRÄG dennoch Anerkennung zu zollen, hatte er doch zur Umsetzung von nicht weniger als acht Richtlinien⁷⁸⁾ unter erheblichem Zeitdruck, der durch das Fehlen einer Anpassungsfrist im EU-Beitrittsvertrag verursacht wurde, die umfangreichste Reform des Gesellschaftsrechts der II. Republik durchzuführen.⁷⁹⁾ Erschwerend wirkte sich die Komplexität des Umgründungsrechtes aus. Bedürfnisse der Unternehmen und Risiken für Gesellschafter und Gläubiger können ohne praktische Erfahrungen kaum überblickt werden. Daß sich das EU-GesRÄG gleichwohl nicht auf den EG-rechtlichen Umsetzungsbedarf beschränkt, ist den Redaktoren hoch anzurechnen.

Dennoch ist die Fortentwicklung des Umgründungsrechtes nicht beendet. Zu deutlich sind die Spuren der hastigen Überarbeitung dieses Rechtsgebietes. Auch das Konzept des reformierten Umgründungsrechtes ist unbefriedigend:

1. Da sich das Umgründungsrecht auf mehrere Gesetze verteilt, ist es in hohem Maße *unübersichtlich*. Die Anpassung der §§ 219 ff AktG an die Verschmelzungsrichtlinie, der Ausbau des GmbH-Ver-

73) § 275 HGB wird nicht als Schutzgesetz zugunsten der Gesellschafter (oder Gläubiger) eingeordnet; vgl. *Lechner in Straube* HGB § 275 Rz 5; weiters *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen⁵ § 323 HGB Rz 25 ff.

74) Diese gilt gemäß § 2 Abs 3 Satz 1 Halbsatz 1 UmwG auch für die übertragende Umwandlung.

75) 32 BlgNR 20. GP S. 101.

76) Als ob die Einschränkung auf Kosten eine Klagsänderung wäre!

77) Die Gefahr durch Eintragung geheilter „Geheimbeschlüsse“ hat bereits *Bork in Lutter*, Verschmelzung Spaltung Formwechsel (1995) 267 hervorgehoben. Auch im Begutachtungsverfahren zum EU-GesRÄG wurde darauf – leider vergeblich – hingewiesen. Die Gefahr von „Geheim-Beschlüssen“ besteht va bei der GmbH. Bei der AG bietet § 111 Abs 3 AktG eine gewisse Sicherheit vor Einberufungsmängeln.

78) Aufgezählt in den EB 32 BlgNR 20. GP S. 52 f.

79) Umfangreicher war wohl nur die Mitarbeit am AHGB im Rahmen der Nürnberger Kommission in den Jahren 1857 bis 1861. Im übrigen ist das Gesellschaftsrecht weitgehend deutschen Ursprungs.

schmelzungsrechtes, die Anpassung des Umwandlungsrechtes an das Verschmelzungsrecht, die Anpassung des Spaltungsgesetzes an die Spaltungsrichtlinie und die Einführung der Spaltung zur Aufnahme haben zu einem verwirrenden Dschungel bestehend aus Doppelregelungen sowie Pauschal-, Einzel- und Weiterverweisungen geführt.

Auf die GmbH-Verschmelzung kommt gemäß § 96 Abs 2 GmbHG subsidiär das Aktienverschmelzungsrecht zur Anwendung. Umfangreiche Weiterverweisungen ergeben sich zB aus den §§ 223 Abs 2, 233 AktG. Das UmwG verweist sowohl auf das Verschmelzungsrecht des AktG als auch auf jenes des GmbHG, das wiederum auf das AktG (samt Weiterverweisungen) verweist. Im Verhältnis zum Aktien- und GmbH-Verschmelzungsrecht enthält das SpaltG Doppelregelungen (zB §§ 4, 5, 6, 7, 10, 14 Abs 3 SpaltG). § 17 SpaltG hingegen verweist pauschal auf die §§ 2–16 SpaltG sowie auf das Aktien- und GmbH-Verschmelzungsrecht (jeweils mit Weiterverweisungen) sowie auf die Vorschriften über die aktienrechtliche Sachgründung.

Wie bereits mehrmals gezeigt, führt die Verweisungstechnik häufig zu überraschenden und – sieht man von der erfreulichen Einführung der Einbringung unter Gesamtrechtsnachfolge⁸⁰⁾ ab – durchwegs sachwidrigen Ergebnissen.⁸¹⁾ Ein signifikantes Beispiel sind die Folgen der Anwendung des Gründungsrechts des AktG und des GmbHG auf die neu entstehenden Gesellschaften bei der Spaltung zur Neugründung (§ 3 Abs 3 Satz 1 SpaltG). Ergänzt werden die Verweisungen durch die sog. „Gründerfiktion“: Als Gründer gelten nicht die Gesellschafter, sondern – nicht bloß auf den ersten Blick überraschend – die übertragende Gesellschaft (§ 3 Abs 3 Satz 2 SpaltG).⁸²⁾ Dies hat die bemerkenswerte Konsequenz, daß die Bestellung der Organe der neuen Gesellschaften nicht durch die Gesellschafter, sondern durch die übertragende Gesellschaft zu erfolgen hat, worauf vor allem ländliche Firmenbuchgerichte – zur Vermeidung routinemäßiger Vorerledigungen – tunlichst vor der Anmeldung hingewiesen werden sollten.

Wirkt die Bestellung von Organen einer Gesellschaft durch einen Nicht-Gesellschafter schon reichlich exotisch, so führt die Gründerfiktion im Zusammenhang mit der Gründerhaftung nach § 39 AktG zu absurden Ergebnissen: Bei der Aufspaltung erlischt der haftende Gründer nämlich sofort. Fehlt dann die Gründerhaftung? Oder geht sie aufgrund der Haftungsregelung des § 15 Abs 1 SpaltG auf die neuen Gesellschaften über, wo sie – aufgrund der Vereinigung von Gläubiger und Schuldner – untergehen muß? Ähnliche Probleme stellen sich im Zusammenhang mit der Differenzhaftung gemäß § 10 a GmbHG,⁸³⁾ die eingreift, wenn das im Zuge der Spaltung übergehende Vermögen das Nennkapital der neuen Kapitalgesellschaft nicht deckt.⁸⁴⁾

An diesen und anderen Beispielen läßt sich zeigen: Der Verweisungsdschungel des Umgründungsrechts überfordert nicht nur den Rechtsanwender, auch die Verfasser des Gesetzes haben seine Konsequenzen nicht überblickt.

2. Es überrascht nicht, daß zahlreiche *Sachprobleme* bei den einzelnen Umgründungen *unterschiedlich geregelt* sind. Untrügliches Anzeichen der-

artiger Systembrüche sind bestehende *Umgehungsmöglichkeiten*. An dieser Stelle nur zwei Beispiele:

○ Steht einem GmbH-Gesellschafter das Recht zur Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat zu, bedarf die Aufnahme der GmbH durch eine andere GmbH oder durch eine AG gemäß § 99 Abs 1 GmbHG der Zustimmung des sonderberechtigten Gesellschafters, sofern die Satzung der übernehmenden Gesellschaft nicht ein gleichwertiges Recht einräumt. In den §§ 219 ff AktG sucht man eine vergleichbare Bestimmung vergeblich. Nimmt man das Gesetz beim Wort, ist der sonderberechtigte Aktionär – anders als der GmbH-Gesellschafter – bei der Verschmelzung der AG schutzlos. Bisher entsprach es einhelliger Ansicht, daß die Verschmelzung in solchen Fällen der Zustimmung des sonderberechtigten Aktionärs bedarf.⁸⁵⁾

Überraschenderweise enthält jedoch § 10 Abs 1 SpaltG eine mit § 99 Abs 1 GmbHG weitgehend übereinstimmende Regelung. Bei der Spaltung ist der Aktionär somit ebenso geschützt wie der GmbH-Gesellschafter. Doch möglicherweise lassen sich die genannten Schutzvorschriften leicht umgehen. Im unveränderten Recht der formwechselnden Umwandlung fehlen nämlich vergleichbare Bestimmungen. Der sonderberechtigte Gesellschafter ist nach dem Gesetzeswortlaut schutzlos, wenn vor der Verschmelzung oder Spaltung eine formwechselnde Umwandlung stattfindet, bei der sein Sonderrecht beseitigt wird. Freilich liegt es nahe, die neuen Bestimmungen analog auf die formwechselnde Umwandlung anzuwenden. Auch im alten deutschen Umwandlungsrecht wurde die Zustimmung sonderberechtigter GmbH-Gesellschafter für erforderlich gehalten, wenn ihnen im Rahmen der AG keine vergleichbaren Rechte eingeräumt wurden.⁸⁶⁾ Doch auch hier schafft das EU-GesRÄG Verwirrung: Ist die entsprechende Anwendung auf die unverändert gelassene formwechselnde Umwandlung zulässig, wo doch der Gesetzgeber eine vergleichbare Bestimmung im neu geregelten Aktienverschmelzungsrecht – offenkundig bewußt – gerade nicht eingeführt hat?

○ Bei der Konzentrationsverschmelzung können die Gesellschafter aller beteiligten Gesellschaften die Überprüfung des Umtauschverhältnisses begehren. Dieses Recht steht ihnen zu, selbst wenn sie der Verschmelzungsvertrag vereinbarten Umtauschverhältnis! – zugestimmt haben. Mit anderen Worten: Der Verschmelzungsvertrag bindet nur hinsichtlich der

80) Dazu oben bei FN 38.

81) Vgl bei bzw in den FN 26, 31, 34, 35 und 48.

82) Dies geht auf § 36 Abs 2 Satz 2 dUmwG bzw § 3 Satz 2 des (deutschen) Gesetzes über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen zurück, das dem SpaltG 1993 – neben dem damals im Entwurf vorliegenden dUmwG – als Vorbild gedient hat.

83) Sie kommt nach hA auch bei der Gründung einer AG zur Anwendung (vgl *Kastner/Doral/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 205 mwN).

84) Dazu eingehend *Ihrig* GmbHR 1995, 622, 633 ff.

85) Nachweise bei *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 83 FN 18.

86) Vgl etwa *Grunewald* in *Gebler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* § 376 Rz 22.

Verschmelzungsentscheidung, nicht jedoch hinsichtlich der Verschmelzungsbedingungen. Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ gilt nicht einmal für die Hauptgesellschafter, die in aller Regel die Verschmelzungsentscheidung getroffen und die Verschmelzungsbedingungen maßgeblich beeinflusst haben. Zwar kann auf das Überprüfungsrecht vorweg verzichtet werden (§ 225 d AktG); bei namhaften Minderheitsaktionären, die nicht zum Verzicht bewegt werden können, werden die Hauptgesellschafter jedoch oft nicht bereit sein, die Bevorzugung anderer Aktionäre durch eine korrigierende Gerichtsentscheidung hinzunehmen. Ausweg aus diesem Dilemma bieten andere Umgründungsformen. In vielen Fällen erfüllt eine fusionsähnliche Einbringung ähnliche Funktionen.⁸⁷⁾ Eine Korrektur der vereinbarten Fusionsbedingungen ist hier nicht zu befürchten.

3. Hinzu kommt, daß das EU-GesRÄG keine abschließende Regelung des Umgründungsrechtes enthält. Die Umgründung anderer Rechtsformen ist nur partiell und vom EU-GesRÄG überdies abweichend geregelt. Dies gilt für Genossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und Sparkassen. Diesen ist vor allem die Spaltung verschlossen. Ferner ist die (rechtsformwechselnde) Verschmelzung mit Kapitalgesellschaften sowie die Umwandlung in Kapitalgesellschaften nicht möglich. Im Recht der Personengesellschaften und Vereine fehlen Umgründungsbestimmungen zur Gänze. Die Einbringung ist überhaupt unregelt. Zumal sie große Ähnlichkeiten zur Spaltung, manchmal auch zur Verschmelzung aufweist, ist dies nicht einzusehen. Warum sollen nur Kreditinstitute, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und Bausparkassen Betriebe unter Gesamtrechtsnachfolge einbringen können?

Die Spaltung zur Aufnahme durch die 100%ige Tochtergesellschaft (dazu oben bei FN 38) bietet nur unvollständigen Ersatz. Zunächst darf aus Anlaß der Spaltung das Kapital der Tochtergesellschaft nicht erhöht werden; andernfalls ist die – hier typischerweise unerwünschte – Anteilsgewährung an die Gesellschafter der einbringenden Obergesellschaft unvermeidbar. Andererseits ermöglicht die Spaltung zur Aufnahme nur die Einbringung unter Gesamtrechtsnachfolge in eine 100%ige Tochtergesellschaft. Die „Ausgliederung zur Übernahme“ iSd § 123 Abs 3 Nr 1 dUmwG fehlt im österreichischen Recht.

4. In höchstem Maße widersprüchlich sind schließlich die Voraussetzungen, unter denen Sacheinlageprüfungen erforderlich sind:

Bei der Einbringung in Gesellschaften mbH kommt es wegen § 6 a Abs 2 GmbHG fast nie zu einer Prüfung, bei der Einbringung in Aktiengesellschaften in Hinkunft stets, ebenso bei Spaltungen. Bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften kann die Sacheinlagenprüfung künftig entfallen, wenn die Buchwerte aus einer geprüften Schlußbilanz fortgeführt werden und bei der übernehmenden AG kein Buchverlust entsteht. Gleiches soll nach den EB⁸⁸⁾ kraft der Verweisung in § 96 Abs 2 GmbHG für die GmbH-Verschmelzung gelten; freilich wurde vergessen, in den §§ 96 ff GmbHG das – bei Aktiengesellschaften selbstverständliche und daher in § 223 Abs 2 AktG nicht erwähnte – Erfordernis einer geprüften Schlußbilanz zu statuieren.

5. Besonders schwer wiegt schließlich die unsichere und widersprüchliche Rechtslage im Zusammenhang mit den Herrschaftsrechten der Gesellschafter bei der Ausgliederung von Teilbetrieben und Beteiligungen⁸⁹⁾: Während diese Fragen im Verschmelzungs- und Spaltungsrecht eingehend und in der Regel zugunsten eines 3/4-Mehrheitsanfordernisses geregelt sind, kann die Generalversammlung der GmbH über eine Einbringung, die als „ungewöhnliche Maßnahme“ zu qualifizieren ist, mit einfacher Mehrheit entscheiden.⁹⁰⁾ Verwandelt sich die GmbH durch Ausgliederung des gesamten Vermögens hingegen in eine Holding, liegt nach Ansicht des OGH eine faktische Änderung des Unternehmensgegenstandes vor, sodaß ein einstimmiger Gesellschafterbeschuß erforderlich wäre.⁹¹⁾ Ob die Teilbetriebsausgliederung bei der AG von der Hauptversammlung zu genehmigen ist, kann niemand prognostizieren: Der Wortlaut des § 237 AktG spricht dagegen, die berühmte Holzmillner-Entscheidung des deutschen BGH hingegen dafür.⁹²⁾

b) Die Notwendigkeit eines einheitlichen Umgründungsgesetzes

Die Richtung, die künftige Reformbestrebungen einschlagen müssen, liegt danach auf der Hand: An die Stelle der in vielen Gesetzen verstreuten Regelungen muß ein einheitliches Gesetz treten. Wie das Steuerrecht der Umgründungen, so sollte auch das Gesellschaftsrecht für alle Umgründungstypen und alle Gesellschaftsformen – insbes auch für Personengesellschaften, Genossenschaften, Vereine, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und Sparkassen – in einem einzigen handelsrechtlichen Umgründungsgesetz geregelt werden.

Dies würde es erlauben, gemeinsame Grundsätze in einem allgemeinen Teil – für alle Umgründungstypen und alle Gesellschaftsformen einheitlich – zu regeln. Rechtsformspezifische Besonderheiten würden in einen besonderen Teil Eingang finden. Zwar ginge es auch hier nicht ohne Verweisungen ab. Der Vorteil eines derartigen einheitlichen Gesetzes läge einmal im Zwang zu einer einheitlichen, von Wertungswidersprüchen freien, systematischen Regelung aller Umgründungstypen. Ein allgemeiner Teil könnte auf jene – rechtsformneutrale – Vorschriften beschränkt werden, die auf alle Gesellschaftsformen passen. Aufgrund der Verweisungen im GmbHG, SpaltG und UmwG erfüllt demgegenüber heute de facto das Aktienverschmelzungsrecht – gewissermaßen nebenbei – die Funktion eines allgemeinen Teils. Daß die durch die Verschmelzungsrichtlinie geprägten und demgemäß hochkomplexen §§ 219 ff AktG

87) Dazu Hügel, Verschmelzung und Einbringung 61 ff.

88) 32 BlgNR 20. GP S. 107 f.

89) Zu Grundfragen der Strukturänderungskompetenz der Gesellschafterversammlung vgl. Hügel, Verschmelzung und Einbringung 77 ff.

90) Der Rechtssicherheit ist keineswegs förderlich, daß es sich dabei um eine ungeschriebene Zustimmungskompetenz handelt (vgl. Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ 388 mwN).

91) OGH 10. 5. 1984 GesRZ 1984, 217.

92) BGH 25. 2. 1982 BGHZ 83, 122; dazu Hügel, Verschmelzung und Einbringung 98 ff.

dieser Aufgabe nur schlecht gerecht werden,⁹³⁾ zeigt sich daran, daß Verweisungen durch Ausnahmevorschriften – vor allem im GmbHG – eingeschränkt werden müssen (vgl §§ 97, 100 GmbHG). Umgründungsvorschriften für Personengesellschaften müßten erheblich weitergehende Ausnahmen vorsehen oder – wie das SpaltG – Doppelregelungen enthalten.

Abgesehen von einer Vereinfachung der Verweisungstechnik und dem Entfallen von Doppelregelungen würde ein einheitliches Umgründungsgesetz auch aus einem weiteren Grund die Übersichtlichkeit verbessern: Der Rechtsanwender muß sich – selbst wenn er mit Verweisungen zu tun hat – nur mit *einem einzigen* Gesetz befassen. Dieser Gesichtspunkt sollte nicht unterschätzt werden. Ich konnte einmal beobachten, wie ein deutscher Professor des Steuerrechts die formwechselnde Umwandlung verzweifelt im (alten) Umwandlungsgesetz gesucht hat.⁹⁴⁾ Eigentlich kein fernliegender Gedanke.

Wer angesichts des Umfangs des EU-GesRÄG kleinmütig vor der Idee eines einheitlichen Umgründungsgesetzes zurückschreckt, den verweise ich auf das neue deutsche UmwG. Dieses ist eine Gesamtkodifikation aller Umwandlungsformen, es regelt die Verschmelzung, drei Formen der Spaltung, darunter auch die Einbringung unter Gesamtrechtsnachfolge, und den Formwechsel für praktisch alle Körperschaften und Personengesellschaften. Anlaß dieses Gesetzeswerkes, das nach einhelliger Ansicht zu den großen Kodifikationen zählt, war die Zersplitterung des deutschen Umwandlungsrechtes nach der Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie, also gerade jener Rechtszustand, den der österreichische Gesetzgeber eben verwirklicht hat. Der erste Entwurf des dUmwG stammt aus dem Jahr 1990. Er war Gegenstand großer Symposien und zahlreicher Fachaufsätze⁹⁵⁾ und wurde nach einer ungewöhnlich intensiven Diskussion in Wissenschaft und Praxis, die mehr als vier Jahre dauerte und zu mehreren Überarbeitungen des Entwurfs geführt hat, am 1. 1. 1995 in Kraft gesetzt. Bei der Reform des österreichischen Umgründungsrechtes auf diesem Gesetzeswerk aufzubauen, ist ein Gebot ökonomischer Vernunft.

Rechtseinheit zwischen Österreich und Deutschland im Handels- und Gesellschaftsrecht ist keine Errungenschaft jener dunklen Zeit, die eingangs angeklungen ist, sondern entspricht einer bei weitem

längeren, bis zur allgemeinen Wechselordnung von 1850 und zum AHGB von 1861 zurückreichenden Tradition. Sie erleichtert dem Rechtsanwender die tägliche Arbeit, kann er doch auf den reichen Fundus an Judikatur und Schrifttum aus dem deutschen Rechtsbereich zurückgreifen. Ohne *Baumbach/Duden*, *Baumbach/Hefermehl*, *Schlegelberger/Gesler*, und wie sie alle heißen, können wir uns die tägliche Arbeit doch kaum mehr vorstellen. Vorliebe für nationale Eigenheiten sollte den österreichischen Gesetzgeber von der – aufgrund der deutschen Vorarbeiten erheblich erleichterten – Aufgabe eines einheitlichen Umgründungsgesetzes nicht abhalten.

Freilich wird hier keiner unkritischen Nachahmung das Wort geredet. Daß österreichische Gesetzgebungskunst gelegentlich außerordentlich innovativ ist, zeigen etwa das Erwerbsgesellschaftengesetz und das Privatstiftungsgesetz. Daß sich auch deutsche Vorbilder verbessern lassen, sieht man gerade an einigen Punkten des SpaltG. Ohne ins Detail zu gehen, nenne ich nur den Summengrundsatz. Die österreichische Regelung der Konzernverschmelzung in § 224 AktG ist den deutschen Parallelbestimmungen⁹⁶⁾ weit überlegen. Dennoch ist – was Aufbau und teleologisches System betrifft – Übereinstimmung mit dem deutschen UmwG anzustreben. Deutsche Systematik und österreichische Kreativität: das wären keine schlechten Ingredienzen eines einheitlichen Umgründungsgesetzes!

Fußnoten

- 93) Vgl aber die – sehr bedenkenswerte – Kritik an der zu weitgehenden Orientierung der (allgemeinen) §§ 2 ff dUmwG an den Vorgaben der Verschmelzungsrichtlinie bei *Schöne*, Das Aktienrecht als „Maß aller Dinge“ im neuen Umwandlungsrecht? GmbHR 1995, 325.
- 94) Dieses regelte – wie das geltende österreichische UmwG – nur die übertragende Umwandlung.
- 95) Vgl die Beiträge beim 7. Symposium der ZGR „Zur Reform von Umwandlung und Fusion“, ZGR 1990, 391 ff; Vorträge und Diskussionen IDW-Umwandlungssymposium am 8./9. 10. 1992 in *IDW* (Hrsg), Reform des Umwandlungsrechts (1993); Vorschläge zum Referentenentwurf eines Umwandlungsgesetzes durch den Arbeitskreis Umwandlungsrecht, ZGR 1993, 320 ff; *Lutter* (Hrsg), Verschmelzung Spaltung Formwechsel (1995); weitere Literaturnachweise bei *Sagasser/Bula*, Umwandlungen (1995); *Goutier/Knopf/Tulloch*, Kommentar zum Umwandlungsrecht (1995); *Dehmer*, UmwG/UmwStG² (1996).
- 96) §§ 54, 68 dUmwG; früher §§ 344 dAktG, 27 dKapEhG. Dazu im einzelnen *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 522 ff, 606 ff, 656 ff.