

Umgründungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge, Dienstbarkeiten und höchstpersönliche Rechte

Hanns F. Hügel

A. Das Problem	91
B. Zweck und Reichweite der Übertragungsbeschränkungen der §§ 485, 529, 1070, 1071, 1074 ABGB	94
C. Gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge als umfassende Kontinuitätsentscheidung	99
D. Zur partiellen Gesamtrechtsnachfolge nach dem Spaltungsgesetz	102

A. Das Problem

Das UmgrStG kennt als Umgründungstypen die Verschmelzung, die (übertragende) Umwandlung, die Einbringung, den Zusammenschluss, die Realteilung und die Spaltung. Nur die Spaltung ist eine „Erfindung“ des Gesetzgebers¹⁾. Die anderen Umgründungstypen wurden in der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungspraxis entwickelt, teilweise frühzeitig durch die steuerrechtliche Judikatur anerkannt und nach und nach in gesellschaftsrechtlichen Gesetzen geregelt. In Deutschland ist dies in einem einheitlichen Gesetz, dem Umwandlungsgesetz vom 28. 10. 1994, geschehen. In Österreich existiert zwar eine Kodifikation des Umgründungssteuerrechtes, das Gesellschaftsrecht der Umgründungen hingegen ist auf mehrere Gesetze verteilt²⁾ und überdies nur unvollständig erfasst. Einzelne Umgründungstypen sind als eigenständige Rechtsinstitute umfassend geregelt. Solche gesetzlich normierten Umgründungstypen sind die Verschmelzung (§§ 219 ff AktG, 96 ff GmbHG), die übertragende Umwandlung (UmwG) und die Spaltung (SpaltG). Die übrigen Umgründungstypen sind als solche nicht geregelt³⁾.

Gemeinsame Merkmale der gesellschaftsrechtlich normierten Umgründungstypen sind: Schutzvorschriften zu Gunsten der Gesellschafter, insbesondere die ex ante-Kontrolle durch Offenlegung und Prüfung, das Erfordernis strukturändernder Gesellschafterbeschlüsse sowie die ex post-Kontrolle durch Überprüfung des Umtauschverhältnisses; weiters Gläubigerschutzvorschriften und der Vermögensübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge.

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem zuletzt genannten Element. Mit (umgründungsrechtlicher) Gesamtrechtsnachfolge sind die Verschmelzung, die übertragen-

¹⁾ Die Spaltungsregelungen des SpaltG und der §§ 123 ff dUmwG beruhen auf der 6. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie („Spaltungsrichtlinie“), 82/891/EWG, die ihrerseits nachhaltig durch französische Vorläuferregelungen beeinflusst ist. Für Österreich grundlegend *Peter Doralt*, Zur Gestaltung handelsrechtlicher Vorschriften über die Spaltung, FS *Kastner* (1992) 123 ff. Weiters: *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 66 f; *Kalss*, Handkommentar zur Verschmelzung Spaltung Umwandlung (1997) SpaltG Vorbemerkungen Rz 1 ff.

²⁾ §§ 219 ff AktG, 96 ff GmbHG, SpaltG, UmwG, GenVG, VAG, SparkassenG.

³⁾ Im Einzelnen *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 77 ff; *Hügel*, Das neue Spaltungsgesetz und die Reform des Umgründungsrechts, *ecolex* 1996, 527, 541 ff; *Hügel/Mühlechner/Hirschler*, UmgrStG (2000) Einleitung Rz 32 ff.

de Umwandlung und die Spaltung verbunden, ferner aber auch die Einbringung, wenn sie in Analogie zum Ausschluss aus der zweigliedrigen Gesellschaft nach § 142 HGB – im Wege des „Anwachungsmodells“ – verwirklicht wird⁴⁾.

Schon vor ihrer erstmaligen Positivierung in § 240 Abs 3 Satz 1 AktG 1937⁵⁾ wurde die verschmelzungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge von der Judikatur als Mittel des Gläubigerschutzes anerkannt: Sie stellt sicher, dass auf die übernehmende Gesellschaft neben dem gesamten Aktivvermögen auch die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft übergehen. Erst dadurch wird das liquidationslose Erlöschen der übertragenden Gesellschaft ohne Gläubigerbenachteiligung ermöglicht⁶⁾. Heute dient die Gesamtrechtsnachfolge vor allem dem friktionsfreien Vollzug von Umgründungen⁷⁾. Das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geht nicht Stück für Stück, sondern als Gesamtheit auf die übernehmende Gesellschaft über. Dies ist eine Rechtsfolge der Wirksamkeit der Umgründung, die stets aufgrund der Eintragung der Umgründung in das Firmenbuch unter der Firma des übernehmenden Rechtsträgers eintritt (§§ 225a Abs 3 AktG, 2 Abs 2 UmwG, 14 SpaltG: gleichzeitige Eintragung bei beiden Rechtsträgern). Aufgrund des einheitlichen Vermögensüberganges sind Einzelübertragungsakte entbehrlich⁸⁾. Auch der Übergang von Forderungen erfordert nicht die Vornahme eines Verfügungsgeschäftes (Zession). Wo der Übergang einer Verbindlichkeit oder eines Schuldverhältnisses von der Zustimmung eines Dritten abhängt, ist dies bei der Gesamtrechtsnachfolge in der Regel nicht der Fall: Anders als bei der Schuldübernahme (§ 1405 ABGB) bedarf es nicht der Zustimmung des Gläubigers. Der Übergang von Vertragsverhältnissen erfolgt auch ohne Zustimmung der Restpartei, die im Falle der Einzelrechtsnachfolge im Rahmen einer (dreiseitigen) Vertragsübernahmevereinbarung erforderlich wäre. Vinkulierte Aktien und Geschäftsanteile gehen ohne Zustimmung der Gesellschaft über⁹⁾. Der Rechtsnachfolger tritt ferner ohne weiteres in alle verfahrensrechtliche Positionen ein¹⁰⁾.

⁴⁾ Früher wurde das Anwachungsmodell in der Regel in zweiaktiger Form verwirklicht: Zunächst trat die übernehmende Körperschaft in die Personengesellschaft ein, danach schieden alle Gesellschafter aufgrund eines Dissolutionsvertrages aus der Personengesellschaft aus. Dazu *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG § 12 Rz 93 mwN. Aufgrund der OGHE vom 16. 3. 2000, RdW 2000, 417 f, steht nunmehr fest, dass dasselbe Ergebnis auch dann eintritt, wenn die Personengesellschaftsanteile – auch ohne vorangegangenen Eintritt – direkt in die übernehmende Körperschaft eingebracht werden.

⁵⁾ Den Verschmelzungsregelungen des Art 247 AHGB lag noch nicht explizit das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge zugrunde. Es wurde allerdings später von der Judikatur des RG anerkannt. Dazu *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 41 ff. Mit Gesamtrechtsnachfolge verbunden waren bereits die Verschmelzung ohne Liquidation gemäß § 306 dHGB 1897 und die Verstaatlichung gemäß § 304 dHGB 1897. Auch das dUmwG vom 5. 7. 1934 RGBI I 569 ließ in § 4 den Vermögensübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zu. Vgl die Gesetzesbegründung (RStBl 1934, 801 ff).

⁶⁾ Vgl *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, 41 ff; *Karsten Schmidt*, Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts, AcP 191 (1991) 499; sehr klar in diesem Sinne bereits OGH 13. 7. 1927 SZ 9/138.

⁷⁾ Vgl etwa die Begründung zum dUmwG bei *Ganske*, Umwandlungsrecht? (1995) 19.

⁸⁾ Dazu und zum Folgenden: *Hügel*, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz (1982) 16 ff; *Peter Doralt* FS *Kastner* (1992) 134 ff; *Kalss*, Handkommentar zur Verschmelzung Spaltung Umwandlung, § 225a AktG Rz 8 (S 131); *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG? § 219 Rz 12 ff; *Koppensteiner*, GmbHG? § 96 Rz 23.

⁹⁾ *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG? § 62 Rz 6; *Grunewald* in *Lutter*, UmwG? § 20 Rz 17 mwN.

¹⁰⁾ Zum Parteiwechsel im Zivilprozess vgl *Fasching*, Zivilprozeßrecht² (1990) Rz 383 ff; zum Abgabenverfahren vgl *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG § 3 Rz 17.

Nicht abschließend geklärt ist indessen, ob bestimmte – gelegentlich als „höchstpersönlich“ bezeichnete – Rechtspositionen auch im Falle der Gesamtrechtsnachfolge nur mit Zustimmung der Gegenpartei übergehen. Dies betrifft insbesondere Aufträge, Vollmachten, Veräußerungs- und Belastungsverbote, Wiederkaufs-, Rückverkaufs- und Vorkaufsrechte¹¹⁾ – sowie Dienstbarkeiten. All diese Rechte sind nach dem Gesetz unübertragbar (§§ 1070 Satz 2, 1071, 1073 f, 485, 529 ABGB). Ferner schränkt das Gesetz – allerdings in unterschiedlichem Umfang – die Vererblichkeit ein: In der Regel ist bestimmt, dass das Recht beim Tod des Berechtigten erlischt (§§ 1070 ff ABGB); bei Dienstbarkeiten gilt dies gemäß § 529 ABGB nur, sofern keine abweichende Vereinbarung besteht.

Aufgrund dieser gesetzlichen Bestimmungen hat der OGH jüngst angenommen, dass das Vorkaufsrecht im Falle einer Verschmelzung nicht auf die übernehmende Gesellschaft übergeht, sondern erlischt¹²⁾. Im Schrifttum wird durchwegs die gegenteilige Ansicht vertreten. Wegen der Ähnlichkeit der Rechtsgrundlagen ist diese Entscheidung auch für den Übergang von Dienstbarkeiten von Bedeutung. Dieser Frage kommt erhebliche praktische Bedeutung zu. Neben „nachbarrechtlichen“ Dienstbarkeiten (zB Fensterrecht, Dachtraufe, Ableitung des Regenwassers) und landwirtschaftlichen Dienstbarkeiten (Viehtrieb, Weiderechte) existieren auch bestimmte Dienstbarkeiten, die sehr häufig Unternehmen eingeräumt werden. Zu solchen unternehmensbezogenen Dienstbarkeiten zählen insbesondere Leitungsrechte für den Transport von elektrischer Energie, Erdgas, Erdöl, Fernwärme oder Wasser¹³⁾. Sie sind in unterschiedlichen Unternehmensbereichen anzutreffen. Manche dienen der Versorgung des berechtigten Produktionsunternehmens mit Energie oder Rohstoffen. Typisch ist die Pipeline. Andere sind dem Absatzbereich zuzuordnen. Sie dienen dem Transport der Fertigprodukte zu Händlern, manchmal aber, wie bei der Belieferung mit Strom oder Fernwärme, dem Transport zum Endkunden.

Einkauf und Verkauf der transportierten Energie, Rohstoffe und Produkte erfolgen aufgrund langfristiger Belieferungsverträge. Die Kündigungsmöglichkeiten sind in der Regel erheblich eingeschränkt oder gar ausgeschlossen. Im wettbewerbsrechtlichen Sinne handelt es sich um Vertriebsbindungen¹⁴⁾.

Ist der Bezug und der Absatz somit (schuld)vertraglich durch Vertriebsbindungen geregelt und gewöhnlich aufgrund der Laufzeit und der Unkündbarkeit dieser Verträge in erheblichem Maße abgesichert, wird die Möglichkeit des Transportes durch die genannten Leitungsdienstbarkeiten gewährleistet. Aufgrund der langfristigen Absicherung von Beschaffung und Absatz repräsentieren die genannten Vertriebsbindungen einen erheblichen Wert. Gleiches gilt aber für die fraglichen Leitungsdienstbarkeiten, weil dem Unternehmen praktisch keine Transportalternativen offen stehen.

Diese Zusammenhänge verdeutlichen die Bedeutung der hier zu behandelnden Frage für die Übertragung des berechtigten Unternehmens. Scheitert die Übertragung der Leitungsdienstbarkeiten, wird dies oft die Übertragung des Unternehmens selbst verhindern.

¹¹⁾ Vgl dazu *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung (1996) 276 ff; weiters *Kalss*, Handkommentar zur Verschmelzung Spaltung Umwandlung, § 225a AktG Rz 8; Überblick zur Problematik und zu den Anwendungsfällen nach deutschem Recht bei *Grunewald* in *Lutter*, UmwG? § 20 Rz 13 ff.

¹²⁾ OGH 26. 9. 1995 NZ 1996, 215 = RdW 1996, 164 = *ecolex* 1996, 103.

¹³⁾ Auch Fahr- und Wegerechte sind häufig unternehmensbezogene Dienstbarkeiten.

¹⁴⁾ Vgl §§ 30a ff KartG; §§ 14 ff dGWB; weiters die Verordnung (EG) Nr 2790/1999 der Kommission vom 22. 12. 1999 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen („vertikale Gruppenfreistellungsverordnung“). Dazu jüngst *Roniger*, Das neue Vertriebskartellrecht (2000).

Keine bertragungsprobleme ergeben sich, wenn die Dienstbarkeiten als Grunddienstbarkeiten auf der Seite des Berechtigten mit dem Eigentum an dem herrschenden Grundstück verknüpft sind; denn hier erfolgt die Übertragung der Position des Berechtigten durch die Übertragung des Eigentums am herrschenden Grundstück. Bei Leitungsdienstbarkeiten besteht allerdings in der Regel kein sachlicher Zusammenhang mit einem herrschenden Grundstück. Deshalb werden sie häufig dem berechtigten Unternehmen selbst eingeräumt. Handelt es sich – trotz Einräumung an eine Person – inhaltlich um eine Grunddienstbarkeit, liegt eine unregelmäßige Servitut iSd § 479 ABGB vor. Auch hier stellt sich indessen die Frage der Übertragbarkeit ohne Zustimmung des verpflichteten Grundeigentümers. Dies mag auf den ersten Blick überraschen, steht im Falle der (echten) Grunddienstbarkeit die Übertragbarkeit – nämlich im Falle der Übertragung des herrschenden Grundstückes – unbestreitbar fest. Dennoch wird fast einhellig angenommen, dass § 529 ABGB auch für unregelmäßige Dienstbarkeiten gilt¹⁵⁾. Eine Ausnahme wird jedoch von jeher bei Fischereirechten gemacht¹⁶⁾.

Die Beantwortung dieser Fragen hängt einerseits vom Zweck der gesetzlichen Übertragungsbeschränkungen bei Wiederkaufs-, Rückverkaufs- und Vorkaufsrechten sowie Dienstbarkeiten ab, andererseits von jenen Wertungsgesichtspunkten, die der Zulassung gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge zugrunde liegen. Betroffen sind somit Rechtsgebiete, die den Jubilar Zeit seines Lebens beschäftigt haben. So darf der Verfasser hoffen, dass die vorliegende Untersuchung das Interesse des Jubilars findet.

B. Zweck und Reichweite der Übertragungsbeschränkungen der §§ 485, 529, 1070, 1071, 1074 ABGB

In der bereits erwähnten Entscheidung hatte der OGH¹⁷⁾ folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Ein Vorkaufsrecht im Sinne der §§ 1072 ff ABGB war zu Gunsten einer GmbH begründet und im Grundbuch einverleibt worden. In der Folge war die berechnigte GmbH durch Verschmelzung erloschen. Der belastete Grundeigentümer hatte die Löschung gemäß § 136 GBG beantragt. Der OGH gab dem Antrag statt.

Zur Begründung beruft sich der OGH auf die herrschende Judikatur und Lehre, die „infolge der zwingenden Vorschrift des §§ 1074 ABGB“ das Erlöschen des Vorkaufsrechtes an den Untergang der berechtigten juristischen Person knüpft. Zwar zögert er, das Erlöschen einer Kapitalgesellschaft mit dem Tod einer natürlichen Person gleichzusetzen; da § 1074 ABGB aber nicht nur die Unvererblichkeit des Vorkaufsrechtes, „sondern schlechthin dessen Unübertragbarkeit festschreibt“, gelangt der OGH zu dem Schluss, dass „insgesamt die Verkehrsfähigkeit des Vorkaufsrechtes zeitlich beschränkt (vgl JBl 1987, 102)“ sei. Es solle ausgeschlossen werden, dass es – unter Lebenden oder von Todes wegen – auf ein anderes Rechtssubjekt übertragen werde. Dadurch scheidet auch die Übertragung im Wege der Verschmelzung aus. Denn die übernehmende Gesell-

¹⁵⁾ Petrasch in Rummel, ABGB² § 529 Rz 1: für das Erlöschen gilt in der Regel § 529 ABGB – unter Hinweis auf JBl 1955, 249, JBl 1978, 257; Petrasch in Rummel, ABGB² § 529 Rz 1 unter Berufung auf EvBl 1980/198.

¹⁶⁾ OGH 12. 6. 1963 SZ 36/82 unter Berufung auf Adamovich, Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechtes (1953) II 183 und Kindler, Zur Rechtsnatur der Fischereirechte, JBl 1960, 330 ff. Zustimmend Petrasch in Rummel, ABGB² § 529 Rz 1.

¹⁷⁾ OGHE 26. 9. 1995 NZ 1996, 215 = RdW 1996, 164 = ecollex 1996, 103.

schaft sei „wiederum ein anderes Rechtssubjekt, sodass ein und dasselbe Vorkaufsrecht letztlich doch von einer auf eine andere Person übergegangen wäre ...“.

Die Entscheidung wurde vor allem von *Hoyer*¹⁸⁾ einer eingehenden Kritik unterzogen: Vorjudikatur und Lehre, auf welche sich der OGH bezog, hätten nur allgemein zum Erlöschen von juristischen Personen Stellung bezogen, der Sonderfall des verschmelzungsbedingten Unterganges sei nicht behandelt worden. Dieser Fall des Unterganges könne nicht dem Tod einer natürlichen Person gleichgestellt werden. Auch könne der Fortbestand des Vorkaufsrecht vernünftigerweise nicht von der „Verschmelzungsrichtung“ abhängen¹⁹⁾.

Der Übergang von Dienstbarkeiten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge wurde im Schrifttum bisher kaum erörtert²⁰⁾. Will man die Diskussion zum Vorkaufsrecht fruchtbar machen, müssen die gesetzlichen Grundlagen verglichen werden.

Wie bereits erwähnt, bestimmt § 1074 ABGB, dass das Vorkaufsrecht „weder einem Dritten abgetreten, noch auf die Erben des Berechtigten übertragen werden (kann)“. Anders als die §§ 1070, 1071 ABGB zum Wiederkaufs- und Rückverkaufsrecht enthalten die § 1072 ff keine ausdrückliche Anordnung des Inhalts, dass das Vorkaufsrecht bei Tod des Berechtigten erlösche. Das Schrifttum leitet diesen Erlöschungsgrund indessen (wohl zutreffend) aus der Unvererblichkeit ab²¹⁾.

Nach herrschender Ansicht ist die Unübertragbarkeit dieser Gestaltungsrechte zwingend. Der Zweck der Unübertragbarkeit wird nicht darin erblickt, dass für die Einräumung der Gestaltungsrechte die persönlichen Verhältnisse des Berechtigten maßgeblich seien, sodass der Verpflichtete die Auswechslung der Person nicht dulden müsse. Vielmehr erblickt die herrschende Ansicht den Zweck der Unübertragbarkeit der genannten Gestaltungsrechte in der Verhinderung allzu lange andauernder Verkehrsbeschränkungen. Ähnlich wie im Falle der beschränkten Zulassung von Veräußerungs- und Belastungsverboten (§ 364c ABGB) solle die Begrenzung des Liegenschaftsverkehrs nur in engen Grenzen zugelassen werden. So erklärt sich die Beschränkung des Wiederkaufs-, Rückverkaufs- und Vorkaufsrechtes auf die Lebensdauer des Berechtigten²²⁾. Daraus wird abgeleitet, dass ein einer juristischen Person eingeräumtes Wiederkaufsrecht nicht zeitlich unbegrenzt ausgeübt werden kann²³⁾. Gelegentlich wird die

¹⁸⁾ NZ 1996, 220 f.

¹⁹⁾ *Hoyers* Kritik zustimmend *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht, Kap 3.1/S. 11; ebenso IE noch ohne Berücksichtigung der OGHE vom 26. 9. 1995: *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung 285 ff.

²⁰⁾ Vgl nur *Christa Fries*, Gesamtrechtsnachfolge bei Verschmelzung, *ecolex* 1992, 477 ff.

²¹⁾ *Bydlinski* in *Klang*² IV/2, 837; *Aicher* in *Rummel*, ABGB² § 1074 Rz 1; *Binder* in *Schwimmann*, ABGB² V § 1074 Rz 5.

²²⁾ Vgl schon *Zeiller*, ABGB § 1070: „Die Ursache der gesetzlichen Beschränkung des Einlöschungsrechtes liegt theils in dem Besorgnisse häufiger, aus einem unbeschränkten Vorbehalte des Wiederverkaufs entspringender, dunkler Streitigkeiten (§ 1069), theils in der Sicherheit des Verkehrs, die hauptsächlich durch einen solchen Vorbehalt in beweglichen Sachen sehr gefährdet würde (§ 367), theils in der Erhaltung und Beförderung der Cultur unbeweglicher Sachen, die bey einem ungesicherten Genusse, wie schon anderswo bemerkt wurde (§ 529), kaum zu erwarten ist.“ Im Übrigen *Thöni*, Die juristische Person als Wiederkaufsberechtigter, JBl 1989, 162 ff; *F. Bydlinski* in *Klang*² IV/2, 837, *Aicher* in *Rummel*, ABGB² § 1074 Rz 1; *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) 228 ff; *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung 284 ff; *Christa Fries*, *ecolex* 1992, 479, die diesen Gesetzeszweck hier aber (unrichtigerweise) auch auf die Unübertragbarkeit von Dienstbarkeiten erstreckt (dazu sogleich im Text). Aus der Judikatur vgl insbesondere OGH 1. 10. 1986 JBl 1987, 102; OGH 4. 3. 1987 JBl 1987, 718; OGH 26. 9. 1995 NZ 1996, 215.

²³⁾ *Thöni* JBl 1989, 162 ff. OGH 4. 3. 1987 JBl 1987, 718 hält die Einräumung eines Wiederkaufsrechtes an eine juristische Person jedenfalls dann für unbedenklich, wenn das Wieder-

Unübertragbarkeit damit erklärt, dass die genannten Gestaltungsrechte auch – durch die Ausübung des Gestaltungsrechtes bedingte – Pflichten enthielten, die ohne Zustimmung des Berechtigten (des „Gestaltungsverpflichteten“) nicht übertragen werden könnten²⁴⁾. Ob dies zutrifft²⁵⁾, braucht im Einzelnen nicht untersucht werden, weil diese Gesichtspunkte hier jedenfalls keine Rolle spielen: Der wesentliche Vorteil gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge liegt gerade darin, dass die Zustimmung der Restpartei zum Übergang von Vertragsverhältnissen – anders als im Falle der Einzelrechtsnachfolge durch Vertragsübernahme – entbehrlich ist.

Liegt die hier zu beachtende ratio der Unübertragbarkeit von Wiederkaufs-, Rückverkaufs- und Vorkaufsrechten somit in der Freiheit des Geschäftsverkehrs, wird offenkundig, dass sich davon die Rechtslage bei Dienstbarkeiten erheblich unterscheidet. Nach § 485 ABGB, der für alle Dienstbarkeiten (Grunddienstbarkeiten, persönliche Dienstbarkeiten, unregelmäßige Dienstbarkeiten iSd § 479 ABGB) gilt, lassen sich Dienstbarkeiten nicht „eigenmächtig von der dienstbaren Sache absondern, noch auf eine andere Sache oder Person übertragen“.

Daraus folgt: Auch ohne Zustimmung des Verpflichteten gehen Grunddienstbarkeiten durch Übertragung des herrschenden Grundstückes auf den Erwerber über. Im Übrigen können Dienstbarkeiten mit vorweg oder nachträglich erteilter Zustimmung des Verpflichteten übertragen werden²⁶⁾.

Nach § 529 ABGB erlöschen persönliche Servituten mit dem Tode des Berechtigten. Ist ihre Vererblichkeit vereinbart, gilt dies im Zweifel nur für die ersten gesetzlichen Erben. Und weiter: „Die von einer Gemeinde oder einer anderen moralischen Person erworbene persönliche Servitut dauert so lange, als die moralische Person besteht.“ Wie ausgeführt, gilt dies – abgesehen von Fischereiberechtigungen – auch für unregelmäßige Dienstbarkeiten, so insbesondere für solche Wege-, Fahr- und Leitungsrechte, die zwar inhaltlich die Nutzung eines anderen Grundstückes erleichtern, dennoch aber nicht zu Gunsten eines herrschenden Grundstückes, sondern zu Gunsten einer (natürlichen oder juristischen) Person begründet wurden.

Im Gegensatz zu den §§ 1070, 1071 und 1074 ABGB enthalten die §§ 485, 529 ABGB bloß dispositive Beschränkungen der Übertragbarkeit und Vererblichkeit. § 485 ABGB untersagt nur die „eigenmächtige“ Übertragung. § 529 ABGB lässt die Vereinbarung der Vererblichkeit ausdrücklich zu. Der Grund liegt auf der Hand: Anders als Wiederkaufs-, Rückverkaufs- und Vorkaufsrechte behindern Dienstbarkeiten die Übertragung des Eigentums an dem belasteten Grundstück kaum. Zwar mag die Verkehrsfähigkeit der belasteten Sache eingeschränkt sein; der Geschäftsverkehr erfährt dadurch jedoch keine weiter gehenden Beschränkungen als durch andere Grundstücksbelastungen, wie etwa Pfandrechte.

kaufsrecht innerhalb eines Zeitraums ausgeübt wurde, der noch innerhalb der Lebenserwartung einer physischen Person liegt.

²⁴⁾ P. Bydlinksi, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 226 ff.

²⁵⁾ Dagegen Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung 285 f. Grünwald verweist darauf, dass die Abschlussfreiheit des Gestaltungsverpflichteten nicht berührt sei, weil die Leistungen bei Ausübung des Gestaltungsrechtes Zug um Zug zu erfüllen seien. Dabei wird freilich nicht beachtet, dass sich selbst Zielschuldverhältnisse nicht in den wechselseitigen Leistungsverpflichtungen erschöpfen. Folglich bedarf auch die Übertragung von Zielschuldverhältnissen einer dreiseitigen Vertragsübernahme. Demgemäß sind auch Optionen zur Inkraftsetzung eines Zielschuldverhältnisses (grundsätzlich) unübertragbar.

²⁶⁾ Petrasch in Rummel, ABGB² § 485 Rz 1; Kiendl-Wendner in Schwimann, ABGB? II § 485 Rz 1.

Der Grund der Einschränkung der Übertragbarkeit und Vererblichkeit von Dienstbarkeiten in den §§ 485, 529 ABGB hat somit einen anderen Grund: Persönliche Dienstbarkeiten führen häufig zu einem engen Kontakt der persönlichen Sphären des Berechtigten und des Verpflichteten. Anhand des Gebrauchsrechtes (§§ 504 ff ABGB), des Fruchtgenusses (§§ 509 ff ABGB), und des Wohnungsrechtes (§§ 521 ff ABGB) wird dies ohne Weiteres offenkundig. Der Eigentümer der Sache wird den Gebrauch oder die Nutzung seiner Sache deshalb nicht ohne Ansehung der Person einräumen. Kann jedermann entsprechend dem Grundsatz der Abschlussfreiheit seinen Vertragspartner nach eigenem Gutdünken auswählen, darf der Partner folgerichtig nicht ohne Zustimmung des anderen ausgetauscht werden. Diese besondere von der Vertragsübernahme her bekannten Zusammenhänge liegen auch dem § 485, 529 ABGB zugrunde. Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass die Situation im Falle der Grunddienstbarkeit anders ist. Dennoch ist die Übertragungsproblematik durchaus ähnlich gelagert. Per definitionem wird das Recht hier nicht einer bestimmten Person, sondern dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstückes eingeräumt. Die Relevanz persönlicher Eigenschaften des Berechtigten scheidet von vornherein aus. Stattdessen sind die Charakteristika des herrschenden Grundstückes maßgeblich. So betonte schon *Zeiller*²⁷⁾: „Dienstbarkeiten sind unübertragbar, und zwar sowohl in Rücksicht des Verpflichteten, als des Berechtigten; in Rücksicht des Ersteren, weil es dem Berechtigten nicht gleichgültig ist, über welche Sache er sein Recht ausüben könne; in Rücksicht des Letzteren, weil Grunddienstbarkeiten als Rechte betrachtet dem bestimmten herrschenden Gute ankleben, und zu dessen eigenthümlichem Vortheile, die persönlichen aber in Hinsicht auf die Bedürfnisse des Berechtigten bestellt werden (§ 478)“. Der „eigenthümliche Vortheil“ des herrschenden Grundstückes bestimmt und begrenzt in den meisten Fällen den Umfang der Belastung: Die Größe des berechtigten Weidegrundstückes determiniert den Umfang des Viehtriebes (§ 192 ABGB). Beeinträchtigungen aufgrund der Dachtraufe und der Ableitung des Regenwassers hängen ebenfalls von Größe und Lage des herrschenden Grundstückes ab (§§ 489 ff ABGB). Ähnlich werden die Dinge bei den anderen im Gesetz genannten Grunddienstbarkeiten (vgl §§ 496 ff ABGB: Recht, Wasser zu schöpfen; Recht der Wasserleitung, Weiderecht) liegen.

Allerdings zeigen diese Überlegungen, dass – anders als eine oberflächliche Analogie zum Wasserleitungsrecht gemäß § 497 ABGB vermuten lassen könnte – die hier interessierenden Leitungsrechte der Art nach keine Grunddienstbarkeiten sind. Sie dienen nicht der „vorteilhafteren oder bequemerer Benützung“ eines herrschenden Grundstückes (§ 473 ABGB), und auch ihr Umfang wird nicht durch ein herrschendes Grundstück bestimmt. Dennoch stehen sie den Grunddienstbarkeiten wertungsmäßig näher als den Personaldienstbarkeiten. Freilich sind „persönliche“ Eigenschaften im Falle einer berechtigten juristischen Person nicht denkbar. Ein Zusammenhang besteht vielmehr zu dem Unternehmen der juristischen Person. Anders als bei den Personaldienstbarkeiten könnte nicht die Abtrennung der Dienstbarkeit von der schutzwürdigen juristischen Person²⁸⁾, sondern bloß die Abtrennung von dem „berechtigten Unternehmen“, auf welches sie sich bezieht, einen Eingriff in die schutzwürdigen Erwartungshaltungen des Verpflichteten bewirken. Der hypothetische Parteiwille wird in der Regel dafür sprechen, dass im Falle der Übertragung des Unternehmens auch die Dienstbarkeit übergeht.

²⁷⁾ ABGB II 308.

²⁸⁾ Die im Text vorgetragene Argumentation trifft naturgemäß in gleicher Weise zu, wenn die Dienstbarkeit einer gemäß § 124 HGB rechtsfähigen Gesellschaft (OHG, KG, OEG, KEG), die üblicherweise nicht zu den juristischen Personen zählt, eingeräumt wird. Die Ausführungen im Text sind auch auf derartige Gesellschaften zu beziehen.

Dem kann auch nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass die Unternehmensübertragung – bei gleichzeitigem Übergang der Dienstbarkeit – zu einer Verschlechterung der Bonität des Dienstbarkeitsberechtigten führen könnte. Zwar mag die Bonität gelegentlich von Bedeutung sein, insbesondere dann, wenn die Dienstbarkeit weder unentgeltlich noch gegen Bezahlung eines vorweg zu entrichtenden Einmalentgeltes, sondern gegen Bezahlung eines laufenden Entgeltes erfolgt. Dass dieser Gesichtspunkt im Dienstbarkeitsrecht aber keine Rolle spielt, zeigt gerade die Regelung der Grunddienstbarkeiten: Die Grunddienstbarkeit geht auf den Erwerber des herrschenden Grundstückes in allen Fällen über; seine Bonität spielt keine Rolle. Unterstützend ist darauf zu verweisen, dass auch der Mietvertragsubergang nach § 12a MRG ohne Rück-sicht auf die Bonität des Unternehmenserwerbers erfolgt. Sie kann daher auch beim Wechsel des Dienstbarkeitsberechtigten nicht entscheidend sein, zumal der Bonität des Nutzungsberechtigten bei Dienstbarkeiten wesentlich geringere Bedeutung zukommt als bei stets gegen laufende Zinszahlungen erfolgende Mietverhältnissen.

Zuletzt ist ins Treffen zu führen, dass bei Gesamtrechtsnachfolge von vornherein keine relevante Bonitätsverschlechterung des Schuldners eintreten kann, denn mit den Verbindlichkeiten geht das gesamte Aktivvermögen auf den Rechtsnachfolge uber²⁹⁾. Zwar kann der Übergang zur Vereinigung mit einem höher verschuldeten Unternehmen des übernehmenden Rechtsträgers führen, sodass die Bonität des Gesamtunternehmens schlechter ist als jene des übertragenden Rechtsträgers; dies hindert die Gesamtrechtsnachfolge jedoch nicht. Solchen Risiken begegnet das Gesetz vielmehr ausschließlich durch die umgrundungsrechtlichen Sicherheitsleistungsanspruche (§ 226 AktG; bei der Umwandlung iVm § 2 Abs 3 UmwG).

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Die Einschränkungen der Übertragbarkeit und Vererblichkeit von Dienstbarkeiten dienen nicht der Freiheit des Geschaftverkehrs mit Grundstücken, sondern dem Schutz des Belasteten gegen die Auswechslung des Berechtigten (im Falle der Personaldienstbarkeiten) bzw des herrschenden Grundstückes (im Falle der Grunddienstbarkeiten). Folgerichtig sind die Beschränkungen dispositiv. Die §§ 485, 529 ABGB sind Ausdruck eines typischerweise vorliegenden und daher vom Gesetz unterstellten Parteiwillens. Aufgrund einer Analogie zu den Regelungen über die Grunddienstbarkeiten, die – bei Wechsel des persönlich Berechtigten – mit dem herrschenden Grundstück verbunden bleiben, sollte bei unternehmensbezogenen Dienstbarkeiten, wie den hier interessierenden Leitungsrechten, einer Verknüpfung mit dem „berechtigten Unternehmen“ vor einer Verknüpfung mit der eigenschaftslosen juristischen Person der Vorzug gegeben werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Unternehmen durch Gesamtrechtsnachfolge übertragen wird, sodass von vornherein keine Beeinträchtigungen aufgrund einer Bonitätsverschlechterung des Dienstbarkeitsberechtigten eintreten können.

Gute Gründe dürften freilich dafür sprechen, die Übertragbarkeit von Dienstbarkeiten auf alle Fälle der Übertragung des „berechtigten“ Unternehmens zu erstrecken, somit auch auf die Fälle der Einzelrechtsnachfolge, wie insbesondere durch Verkauf oder Einbringung. Dies hängt mit der allgemeinen Frage zusammen, ob die Rolle des Unternehmensträgers bei unternehmensbezogenen Rechtsverhältnissen stets so weit in den Hintergrund tritt, dass im Falle der Übertragung des Unternehmens auch unternehmensbezogene Rechtsverhältnisse ohne Zustimmung der Restparteien übergehen. Dies soll sich nach einem Teil der Lehre aus einem Zuendedenken der den §§ 25 Abs 1, 28 Abs 1 HGB zugrunde liegenden Wertentscheidungen ergeben³⁰⁾. Dem kann hier nicht weiter nachgegangen werden.

²⁹⁾ Zur partiellen Gesamtrechtsnachfolge bei der Spaltung vgl unten IV.

³⁰⁾ Nachweise bei *Karsten Schmidt*, *Handelsrecht*⁵ (1999) § 8 I 4c; vgl auch die Andeutungen bei *Hügel*, *Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz* 47 ff.

C. Gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge als umfassende Kontinuitätsentscheidung

Dass gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge nicht mit erbrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge gleichgesetzt werden dürfe und die Unvererblichkeit eines Rechtes seine Übertragung durch Umgründung möglicherweise nicht ausschließe, räumt der OGH in seiner Entscheidung vom 26. 9. 1995 ein. Dies muss aufgrund literarischer Vorarbeiten nicht eingehend begründet werden: Folgende Hinweise sollen genügen:

Umgründungen ohne Gesamtrechtsnachfolge muss das Gesetz nicht zulassen. Der Tod der physischen Person indessen ist eine unausweichliche Regelungsaufgabe: Will das Gesetz die Herrenlosigkeit von Vermögen und das todesbedingte Erlöschen von Rechtsverhältnissen verhindern, existiert keine Alternative zur erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge³¹⁾. Höchstpersönliche Rechte stehen in der Regel mit den persönlichen Eigenschaften des Erblassers im Zusammenhang, der Übergang auf eine andere physische Person, dem Erben, wäre häufig eine Beeinträchtigung der berechtigten Erwartungshaltungen des Verpflichteten.

Ganz anders ist die Interessenlage im Falle der umgründungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge. Diese wurde, wie oben ausgeführt, ursprünglich aus Gründen des Gläubigerschutzes zugelassen. Die Ausweitung der Umgründungsmöglichkeiten unter Gesamtrechtsnachfolge hingegen dient vornehmlich dem Interesse der beteiligten Rechtsträger an der erleichterten Übertragung des Unternehmens. Warum dieses Interesse im Widerstreit mit den Interessen der (Vertrags-)Partner auf Respektierung ihrer Abschlussfreiheit, die sonst – nämlich außerhalb von Umgründungsvorgängen – den Austausch des Partners ohne ihre Zustimmung nicht zulässt, vorgeht, hängt damit zusammen, dass diese Interessen im Falle der Eingehung von Rechtsbeziehungen zu einer juristischen Person (oder einer im Sinne von § 124 HGB rechtsfähigen Gesellschaft) von vornherein weniger schutzwürdig sind als im Falle von Rechtsbeziehungen zu physischen Personen. Darauf wurde bereits mehrmals hingewiesen³²⁾.

Wer mit einer juristischen Person kontrahiert, hat in der Regel von vornherein die Irrelevanz des Wechsels der Gesellschafter, Organe oder sonst für die juristische Person tätigen Personen anerkannt; ihren persönlichen Eigenschaften kann daher keine Bedeutung zukommen.

Dies ist indessen nicht bloß eine Frage der Auslegung von Rechtsgeschäften mit der juristischen Person, sondern in der positivistischen Zulassung von juristischen Personen selbst als Wertentscheidung vorausgesetzt und verwirklicht. Ungeachtet des für praktische Rechtsfragen heute wohl kaum als bedeutsam eingestuften Streits um die „Theorie der juristischen Person“³³⁾ lässt sich jedenfalls sagen, dass die Zuordnung von Rechten, Pflichten und Rechtsverhältnissen zu einer juristischen – also nicht-physischen – Person zwangsläufig gerade die Wertentscheidung zu Gunsten der Irrelevanz der an der juristischen Person beteiligten und in ihrem Bereich tätigen Personen darstellt. Dies hat naturgemäß auch Folgen für die Übertragung von Rechtsverhältnissen

³¹⁾ Vgl nur *Karsten Schmidt*, AcP 191 (1991) 497 f.

³²⁾ Vgl etwa *Hügel*, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz 26 ff; *Christa Fries*, eolex 1992, 479 unter Hinweis auf RGZ 122, 334, wo bereits auf die Irrelevanz persönlicher Verhältnisse im Falle einer juristischen Person als Vertragsgegner hingewiesen wurde; ebenso der Sache nach *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung 278 mwN – insbesondere auch zum deutschen Schrifttum.

³³⁾ Vgl etwa *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht³ (1997) § 8 II.

zwischen juristischen Personen. So wie das umgründungsbedingte Erlöschen einer juristischen Person nicht dem Tod einer physischen Person gleichwertig ist, darf die umgründungsbedingte Übertragung von Rechtsverhältnissen zwischen juristischen Personen nicht mit der Einzelrechtsnachfolge-Übertragung zwischen physischen Personen gleichgesetzt werden.

Am augenfälligsten lässt sich dies anhand der übertragenden Umwandlung zeigen. Sie ist in Wahrheit ein rechtstechnisches Kunstprodukt. Wegen angeblich unüberbrückbarer konstruktiver Unterschiede zwischen der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft, als juristischer Person, und der zu errichtenden Personengesellschaft, als Gesamthandgesellschaft, hat hier der Gesetzgeber zunächst nicht das Konzept der formwechselnden Umwandlung verwirklicht, sondern sah sich genötigt, das Erlöschen der Kapitalgesellschaft mit einer *uno actu* erfolgenden Errichtung der Personengesellschaft zu verbinden. Da der Gesetzgeber nicht wagte, die Identität der Gesellschaften zu normieren, musste er – zwangsläufig – den Übergang des Vermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge anordnen. Heute sind diese dogmatischen (Schein-) Zwänge überwunden. Aus der unterschiedlichen Rechtsnatur von juristischer Person und Gesamthandgesellschaft die konstruktive Unmöglichkeit einer identitätswahrenden formwechselnden Umwandlung abzuleiten, ist überholte Konstruktionsjurisprudenz³⁴). Das deutsche UmwG kennt demgemäß den Formwechsel von Körperschaften in Personengesellschaften (§§ 190 ff dUmwG).

Es liegt auf der Hand, dass die Frage der Übertragungsfähigkeit von Rechtsverhältnissen im Falle der Umwandlung nicht von deren Rechtskonstruktion abhängen kann. Entscheidend für die Verneinung der Identität der beiden Gesellschaften und der (folgerichtigen) Normierung eines Gesamtrechtsnachfolge-Übertragungsvorganges war ja nicht eine Wertentscheidung über die Übertragbarkeit von Rechtsverhältnissen, sondern eine (verfehlt) dogmatische Vorstellung von der konstruktiven Unmöglichkeit des Formwechsels von der juristischen Person zur Gesamthandgesellschaft. Beim Formwechsel stellt sich die Frage des Unterganges „höchstpersönlicher“ Rechte aber anerkanntermaßen nicht. Weder Dienstbarkeiten noch Wiederkaufs-, Rückverkaufs- oder Vorkaufsrechte gehen unter.

Die Zulässigkeit des Überganges von Rechtsverhältnissen hängt bei der Verschmelzung ebensowenig von der rechtstechnischen Konstruktion als Übertragungsvorgang ab wie beim Formwechsel. Zwar fällt die bildhafte Vorstellung einer Identität der übertragenden Gesellschaft mit der übernehmenden Gesellschaft nach der Verschmelzung schwerer, weil die Begrifflichkeit unseres Denkens, die durch die Welt der realen Dinge geprägt ist, die „Umwandlung“ – und damit die Identität – von zwei Einheiten zu bzw mit einer späteren Einheit nicht zuzulassen scheint. Auf die Begrifflichkeit kommt es indessen nicht an. Denn keine Begrifflichkeit der Alltagssprache könnte den Gesetzgeber hindern, das Fehlen einer Übertragung – im Wege einer Identitätsfiktion – auch bei der Verschmelzung anzuordnen. Ordnet das Umwandlungsrecht an: „Von der Eintragung der Umwandlung an besteht die (Aktien-)Gesellschaft als Gesellschaft mit beschränkter Haftung weiter“ (§ 241 AktG)³⁵), so könnte den Gesetzgeber nichts hindern,

³⁴) Vgl etwa *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 532 ff; *Karsten Schmidt*, AcP 191 (1991) 505 ff – jeweils mwN; vgl aber auch die Einwände von *Raupach*, Anforderungen an die Reform des Umwandlungssteuerrechts, in *IDW* (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts (1993) 259, 273 ff, die ihren Grund allerdings in den (von ihm als unerwünscht eingestuften) Folgen der zivilrechtlichen Konstruktion auf die steuerrechtliche Beurteilung haben.

³⁵) Vgl die allgemeine (für alle Arten des Formwechsels geltende) Vorschrift des § 202 Abs 1 dUmwG: „(1) Die Eintragung der neuen Rechtsform in das Register hat folgende Wirkungen: 1. Der rechtsformwechselnde Rechtsträger besteht in der in dem Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter.“

im Falle der Verschmelzung anzuordnen: „Von der Eintragung der Verschmelzung an gilt die übernehmende (neue) Gesellschaft als mit den verschmolzenen Gesellschaften identisch.“

Dies ist der Sache nach kein neuer Gedanke. So betonte der OGH bereits im Jahr 1931³⁶⁾, dass die übertragende Gesellschaft, „wenn sie auch als selbständige juristische Person verschwunden ist, wirtschaftlich in der neu entstandenen juristischen Person enthalten (sei) und es bleiben daher auch alle Rechte der beiden vereinigten juristischen Personen der neu geschaffenen juristischen Personen der neu geschaffenen juristischen Person erhalten“. Die Fortsetzung nicht nur des Vermögens, sondern der juristischen Person selbst drückt die pointierte Formulierung *Kohlers*³⁷⁾ aus: „(Das Vermögen) geht über in und mit der Person.“ Dass die Gesamtrechtsnachfolge im Falle der – nur konstruktiv anders gelagerten – übertragenden Umwandlung keine anderen Rechtsfolgen rechtfertigt als im Falle des identitätswahrenden Formwechsels wurde gezeigt. Dass die verschmelzungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge nichts anderes bewirken soll, liegt auf der Hand. Der Gesetzgeber will an die Übertragungstechnik der Gesamtrechtsnachfolge im Verschmelzungs- und Umwandlungsrecht gewiss keine unterschiedlichen Rechtsfolgen anknüpfen. Wertungsmäßig erklärt sich dies aus den Besonderheiten der umgründungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge, die im deutlichen Gegensatz zu der todesbedingten, erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge stehen. Die persönlichen Eigenschaften und Umstände des Berechtigten, die für die Höchstpersönlichkeit des Rechtes maßgeblich sind, gehen nicht auf den Erben über. Die unternehmensbezogenen Eigenschaften und Umstände der berechtigten juristischen Person setzen sich indessen bei der übernehmenden Gesellschaft, auf welche das Unternehmen übergeht, fort. Die Interessenlage ist gerade umgekehrt wie beim Tod der physischen Person: Der Untergang des unternehmensbezogenen Rechtes entbehrt hier jeglicher Begründung. Das Erlöschen der eigenschaftslosen juristischen Person liefert – anders als der Tod einer physischen Person – dafür keine Rechtfertigung.

Hinzu kommt: Wollte man anders entscheiden, hingen die Rechtsfolgen – wie *Hoyer* zuletzt in seiner Besprechung der OGHE vom 26. 9. 1995 zutreffend betont hat³⁸⁾ – von der „Verschmelzungsrichtung“ ab. Fungiert die über das höchstpersönliche Recht verfügende Gesellschaft nicht als übertragende, sondern als übernehmende Gesellschaft, kommt es nicht zum Rechtsverlust, obwohl das Ergebnis der Verschmelzung nicht anders ist als im Falle der umgekehrten Verschmelzungsrichtung. Noch deutlicher ist folgendes Beispiel: Der Gesellschaft A stehe das höchstpersönliche Recht X zu, der Gesellschaft B das höchstpersönliche Recht Y. Nach der hier bekämpften Ansicht erlischt Y, wenn A als übernehmende Gesellschaft fungiert. Bei umgekehrter Verschmelzungsrichtung erlischt hingegen X. Wählen die Partei die Verschmelzung durch Neugründung, erlöschen sowohl X als auch Y. Wertungsmäßig liegen indessen alle drei Fälle gleich.

Festzuhalten ist somit: Der Tod einer physischen Person rechtfertigt den Untergang von Rechten, für die persönliche Eigenschaften und Umstände des Berechtigten wesentlich sind. Das umgründungsbedingte Erlöschen einer juristischen Person (oder einer gemäß § 124 rechtsfähigen OHG, KG, OEG, KEG) rechtfertigt den Untergang von Rechten, zumal wenn diese – wie regelmäßig – auf das übergehende Unternehmen der juristischen Person bezogen sind, nicht. Der umgründungsbedingte Gesamtrechts-

³⁶⁾ OGHE 2. 2. 1931 SZ 13/64.

³⁷⁾ Die Fusion der AG, ArchbR 40, 309.

³⁸⁾ NZ 1996, 220 f.

nachfolge-Übergang von Rechten ist keine „Übertragung“ im Sinne der §§ 485, 1070, 1071 und 1074 ABGB. Vielmehr setzt sich die übertragende Gesellschaft in der übernehmenden Gesellschaft fort, weil alle „persönlichen“ Eigenschaften, Verhältnisse und Umstände gemeinsam mit dem Unternehmen (Gesellschaftsvermögen) der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Durch das Erlöschen der eigenschaftslosen juristischen Person entfallen keine „höchstpersönlichen“ Elemente. Die vorgenannten Übertragungs- und Vererbungsbeschränkungen kommen im Falle der übertragenden Umwandlung und der Verschmelzung somit nicht zur Anwendung. Soweit diese Bestimmungen das Wiederkaufs-, Rückverkaufs- und Vorkaufsrecht im Interesse der Freiheit des Geschäftsverkehrs mit der Lebensdauer einer physischen Person begrenzen wollen, kommt bei Einräumung an juristische Personen eine zeitliche Begrenzung dieser Rechte in Betracht, wie dies in Lehre und Rechtsprechung bereits erwogen wurde (zB durch Anwendung der Verjährungsvorschriften). Vor Erreichen dieser zeitlichen Grenze stehen die Vorschriften einem umwandlungs- oder verschmelzungsbedingten Übergang der genannten Gestaltungsrechte indessen nicht im Wege.

D. Zur partiellen Gesamtrechtsnachfolge nach dem Spaltungsgesetz

An die Stelle der Personenbezogenheit höchstpersönlicher Rechte, die physischen Personen eingeräumt werden, tritt bei juristischen Personen die Unternehmensbezogenheit solcher Rechte. Für den Übergang im Allgemeinen unübertragbarer Rechte von einer „eigenschaftslosen“ juristischen Person auf eine andere wurde folglich ins Treffen geführt, dass die Gesamtrechtsnachfolge bei Verschmelzung und Umwandlung das gesamte Unternehmen der übertragenden Gesellschaft umfasst. Im Falle der partiellen Gesamtrechtsnachfolge nach dem SpaltG versagt diese Argumentation, denn hier geht per definitionem gerade nicht das gesamte Unternehmen über. Dennoch zielt auch die Spaltung idealtypisch auf die Übertragung von unternehmerischen Einheiten (Teilbetriebe, Unternehmensteile) ab. Auch hier finden die gesellschafts- und steuerrechtlichen Sonderregelungen letztlich ihren Grund darin, dass auch die Spaltung eine Unternehmensübertragung auf verbandsrechtlicher Grundlage ist³⁹⁾. Danach hätte rechtssystematisch viel dafür gesprochen, die Spaltung nur zur Übertragung von unternehmerischen Einheiten, etwa von Teilbetrieben, zuzulassen oder zumindest die partielle Gesamtrechtsnachfolge an die spaltungsbedingte Übertragung derartiger unternehmerischer Einheiten zu binden⁴⁰⁾.

Der deutsche Gesetzgeber hat dieses Problem erkannt und sich bewusst gegen die Verknüpfung der Spaltungsvorschriften mit der Übertragung unternehmerischer Einheiten entschieden. Die Beschränkung der Spaltung auf die Übertragung eines Betriebes oder Teilbetriebs lehnte er ab, weil die Anknüpfung an diese aus dem Steuerrecht entlehnten Begriffe zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen könnte⁴¹⁾. Hatte der Referen-

³⁹⁾ Vgl *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, 114 ff; *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 132 ff.

⁴⁰⁾ So etwa *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 114 ff; *Hahn GmbH* 1991, 248 f.

⁴¹⁾ So die Erläuterungen zum dUmwG: *Ganske*, Umwandlungsrecht? (1995) 156, vgl auch *Kai Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession (1993) 26 f; *Engelmeyer*, Die Spaltung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht (1995) 49.

tenentwurf zum dUmwG noch vorgesehen, dass die Spaltung ausgeschlossen sei, wenn „im wesentlichen nur ein einzelner Gegenstand übertragen oder eine einzelne Verbindlichkeit übergeleitet werden (soll)“, wurde selbst diese Beschränkung in der endgültigen Gesetzesfassung gestrichen. Auch die Übertragung bloß eines einzigen Vermögensgegenstandes kann im Wege der Spaltung erfolgen.

Dieses Konzept hat der österreichische Gesetzgeber bewusst verwirklicht. Das SpaltG 1993 BGBl 458 orientierte sich an dem damals bereits vorliegenden Referentenentwurf des dUmwG sowie an dem (deutschen) Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen⁴²). Die Möglichkeit einer „Bagatellgrenze“, welche die spaltungsbedingte Übertragung einzelner Vermögensgegenstände ausschließt, war dem österreichischen Gesetzgeber somit bekannt. Die Beschränkung der Spaltung auf die Übertragung von Betrieben, Teilbetrieben und unternehmerische Beteiligungen lehnten die Redaktoren ab⁴³). Andererseits besteht kein Zweifel, dass das Gesetz mit der Spaltung gerade jene Gesamtrechtsnachfolge-Wirkungen verbinden will, die von den bis dahin geregelten Umgründungen (Verschmelzung, Umwandlung) her bekannt waren. Nach § 14 Abs 2 Z 1 SpaltG sollen „die Vermögensteile der übertragenden Gesellschaft ... entsprechend der im Spaltungsplan vorgesehenen Zuordnung jeweils im Wege der Gesamtrechtsnachfolge“ übergehen (ebenso früher § 9 Abs 2 Z 1 SpaltG 1993⁴⁴). Jene Vorschriften in den deutschen Vorbildern, die im Falle der Abspaltung und Ausgliederung die nach allgemeinen Regeln nicht übertragbare Gegenstände von der spaltungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge ausnehmen⁴⁵), wurden vom österreichischen Gesetzgeber bewusst nicht übernommen⁴⁶). Dass bei der Spaltung – anders als bei den anderen Gesamtrechtsnachfolge-Umgründungen – nicht das gesamte Unternehmen übergeht, soll nach der Entscheidung des Gesetzgebers somit keine Differenzierung bewirken. Daraus folgt, dass höchstpersönliche Rechte bei der partiellen Gesamtrechtsnachfolge nach dem SpaltG ebenso übergehen wie bei der verschmelzungs- und umwandlungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge⁴⁷).

⁴²) Bericht des Justizausschusses: 1016 BlgNR 18. GP S. 3.

⁴³) 1016 BlgNR 18. GP S. 4: „Abweichend vom Steuerrecht soll handelsrechtlich die Spaltung nicht auf Betriebe, Teilbetriebe und Beteiligungen beschränkt sein; daher wird in § 1 Abs 2 Z 1 und 2 der Begriff „Vermögensteile“ verwendet.“ Das als Art XIII des EU-GesRÄG BGBl 1996/304 erlassene (neue) SpaltG stimmt mit dem SpaltG 1993 insoweit überein.

⁴⁴) Die deutschen Vorbilder (§ 10 SpTrUG, § 131 Abs 1 Nr dUmwG) sprechen demgegenüber davon, dass das Vermögen einschließlich der Verbindlichkeiten „jeweils als Gesamtheit“ übergeht.

⁴⁵) § 131 Abs 1 Nr 1 des (als Vorbild des SpaltG 1993 herangezogenen) Referentenentwurfs des dUmwG enthielt folgende Regelung: „Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können, verbleiben bei Abspaltung und Ausgliederung in Eigentum oder Inhaberschaft des übertragenden Rechtsträgers.“ Die endgültige Gesetzesfassung enthält in § 132 dUmwG eine vergleichbare Vorschrift.

⁴⁶) Vgl die Ausführungen bei *Peter Doralt FS Kastner* (1992) 132 f, der die Abfassung des Spaltungsgesetzes maßgeblich beeinflusst hat.

⁴⁷) Auch das (mögliche) Argument, bei Verschmelzung und Umwandlung bestünde – anders als bei der Abspaltung – infolge Unterganges der übertragenden Gesellschaft keine Alternative zum Übergang höchstpersönlicher Rechte, wäre unzutreffend: Einerseits müsste dieses Argument bei der Aufspaltung auf jeden Fall versagen. Andererseits könnte im Erlöschen des Rechts eine Alternative erblickt werden. Letztlich ist aber auch im Rahmen der Spaltung wertungsmäßig nicht einzusehen, warum die „Übertragungsrichtung“ für die Art der Rechtsfolge (Zurückbleiben, Erlöschen oder Übergang des Rechts) entscheidend sein sollte.