

DIE KOMBINATION MEHRERER UMGRÜNDUNGSSCHRITTE (TEIL II)

Der Beitrag untersucht die Möglichkeit, mehrere Umgründungsmaßnahmen in der Weise zu kombinieren, dass Beschlussvorbereitung, -fassung und Eintragung nicht hintereinander, sondern zeitlich parallel durchgeführt werden.

Fortsetzung (Teil I: GeS 2005, 4 ff)

SUSANNE KALSS / GEORG ECKERT

1. Einleitung
2. Gesetzliche Anknüpfungspunkte
3. Vorüberlegungen
 - 3.1 Arbeitsthese
 - 3.2 Mehrfachumgründungen – Allgemeines
 - 3.3 Gemeinsame Fragen
4. Mehrfachspaltung
5. Kombination von Verschmelzung und Spaltung
 - 5.1 Kombination von Spaltung zur Neugründung und Spaltung zur Aufnahme
 - 5.2 Erst Verschmelzung dann Spaltung, aber simultan
 - 5.3 Abkürzung zu 1.: Doppelte Spaltung zur Aufnahme
6. Entflechtung über mehrere Ebenen: Spaltung zur Neugründung mit nachfolgender Abspaltung des Anteils an der neu gegründeten Gesellschaft
7. Spaltung und errichtende Umwandlung
 - 7.1 Spaltung zur Neugründung und errichtende Umwandlung
 - 7.2 Spaltung zur Aufnahme und errichtende Umwandlung
8. Verschmelzung einer Aktiengesellschaft auf eine GmbH – vorherige Umwandlung der AG in eine GmbH
9. Kapitalherabsetzung und Verschmelzung
10. Zusammenfassung

4. Mehrfachspaltung

Nach § 1 SpaltG kann das Vermögen durch eine Auf- oder Abspaltung ein und desselben Rechtsträgers nicht nur auf zwei, sondern auch auf mehrere Rechtsträger aufgeteilt werden. Wegen der mittelbaren Betroffenheit der Gläubiger (Erfüllungs- und Haftungsanspruch) ist dafür Sorge zu tragen, dass die Vermögenszuteilung nachvollziehbar gestaltet wird.¹⁾ Erst wenn die Zuteilung nicht durch – uU ergänzende – Auslegung ermittelt werden kann, greift die Ergänzungsregel gem § 2 Z 11 SpaltG.²⁾ Das Firmenbuchgericht hat die Klarheit der Vermögenszuordnung zum Schutz der Gläubiger und ergänzend auch der Gesellschafter zu über-

prüfen. Der Aufteilung auf mehrere Rechtsträger ist dadurch Rechnung zu tragen, dass die Zuordnung vergessener Vermögensbestandteile gem § 2 Z 11 SpaltG sich nur auf einen der beteiligten Rechtsträger beziehen darf, ansonsten könnte die Klausel ihre Funktion nicht erfüllen. Sonstige Besonderheiten ergeben sich nicht.

5. Kombination von Verschmelzung und Spaltung

Im Folgenden werden Kombinationen von Verschmelzung und Spaltung an Hand der oben bereits erwähnten beiden Varianten der Kombination einer Spaltung zur Neugründung mit einer Spaltung zur Aufnahme (sogleich unten 1) sowie einer Verschmelzung mit nachfolgender Spaltung (unten 2) behandelt. Die Einsatzmöglichkeit derartiger Kombinationen soll für beide Varianten an den gleichen Einleitungsbeispielen gezeigt werden:

Das Gesetz regelt in § 17 SpaltG die Spaltung zur Aufnahme, die sich als Kombination von Spaltung und Verschmelzung – aber eben zwingend in dieser Reihenfolge – vorstellen lässt. Die „Reihenfolge“ ist aber vielfach nicht unbedeutend, weil unterschiedliche Resultate erzielt werden können: Befinden sich in einer Gesellschaft A die Betriebe oder Teilbetriebe X und Y, in einer anderen Gesellschaft B dagegen der Betrieb Z und sollen die Betriebe Y und Z zusammengeführt, der Betrieb X dagegen in einer eigenen Gesellschaft fortgeführt werden, kann das Ergebnis entweder durch Spaltung zur Aufnahme (Y in die Gesellschaft B) oder auch durch vorhergehende Verschmelzung der beiden Gesellschaften und nachfolgende Abspaltung des Betriebs Z erzielt werden.

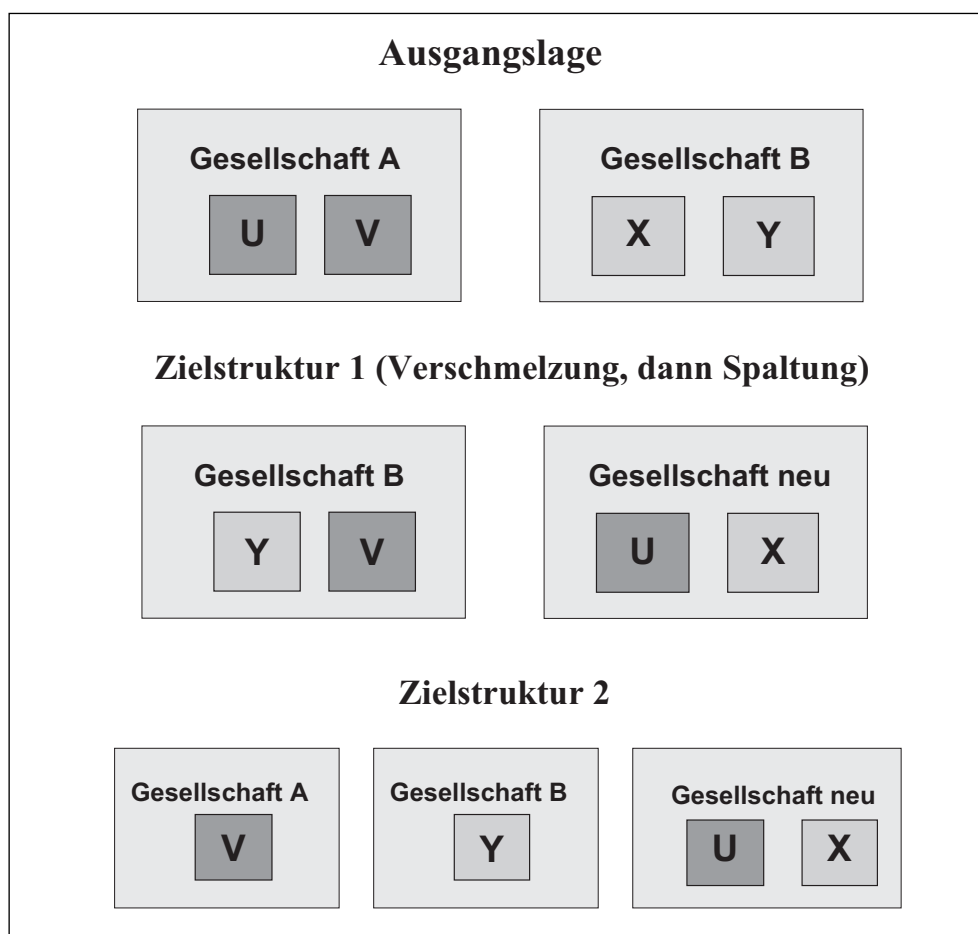
Andere Konstellationen lassen sich dagegen mit der Spaltung zur Aufnahme alleine nicht bewältigen: Befinden sich in der Gesellschaft A die Betriebe U und V, in der Gesell-

1) Dazu Kalss in Doralt-FS (2004) 275, 290 ff.

2) Teichmann in Lutter, UmwG³ ##.

schaft B die Betriebe X und Y und sollen die Teile U und X in einer Gesellschaft zusammengeführt werden, kann mit § 17 SpaltG nicht das Auslangen gefunden werden. Vielmehr müssen zuerst A und B verschmolzen und die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft gespalten werden (Kombination von Verschmelzung und Spaltung, unten 5.2, s die Graphik Zielstruktur 1). Dieses Ergebnis kann alternativ auch mit einer doppelten Spaltung zur Aufnahme in der Weise bewältigt werden, dass der Betrieb U auf die Gesellschaft B übertragen wird und der Betrieb Y auf die Gesellschaft A (oder der Betrieb V auf die Gesellschaft B und

der Betrieb X auf die Gesellschaft A). Der Unterschied zur Kombination von Verschmelzung und Spaltung liegt vor allem in der Kombination der Vermögensübertragungen. Die Variante der „wechselseitigen“ Spaltung zur Aufnahme wird hier nicht näher dargestellt; hinzuweisen ist aber darauf, dass auch bei dieser Kombination die einzelnen Schritte nicht unabhängig voneinander vorgenommen werden dürfen. Vielmehr ist auch bei zeitlich paralleler Gestaltung eine Reihenfolge festzulegen und diese bei der Beschlussvorbereitung und Beschlussfassung und insb bei der Festlegung des Umtauschverhältnisses zu berücksichtigen.³⁾



Sollen jedoch nur U und X zusammengeführt, V und Y dagegen in je einer eigenen Gesellschaft belassen werden (Zielstruktur 2), bieten sich wiederum mehrere Möglichkeiten an. Denkbar wäre die Variante, eine Kombination von Spaltung zur Neugründung und Spaltung zur Aufnahme in der Weise vorzunehmen, dass die jeweils abgespaltenen Vermögensteile gleichzeitig in einer neuen Gesellschaft vereinigt werden (unten 5.1). Das Ergebnis kann aber auch dadurch erreicht werden, dass die beiden Betriebe auf eine neu gegründete Gesellschaft zur Aufnahme abgespalten werden (unten 5.3.).

5.1 Kombination von Spaltung zur Neugründung und Spaltung zur Aufnahme

Gem § 1 Abs 3 SpaltG können mehrere Vermögensteile von ein und demselben Rechtsträger gleichzeitig zur Neugründung und zur Aufnahme auf- oder abgespalten werden. Hier ist – wie schon oben kurz erwähnt – gleichsam der umgekehrte Vorgang zu behandeln: Von zwei Rechtsträgern sollen jeweils Vermögensteile (die Betriebe X und U) abgespal-

³⁾ S die ähnliche Konstellation unten 5.3.

ten und in einer Gesellschaft vereinigt werden. Dafür kommt der Weg in Betracht, dass von der einen Gesellschaft der Betrieb X zur Neugründung abgespalten und der Betrieb U der anderen Gesellschaft im Weg der Spaltung zur Aufnahme auf den neu gegründeten Rechtsträger übertragen wird. Wartet man die Eintragung der ersten Spaltung ab, ist der Vorgang ohne weiteres zulässig, was aber ein zeitlich verdoppeltes Durchlaufen der Spaltungsprozedur voraussetzt. Dies fällt in diesem Fall besonders ins Gewicht, weil die zwingende Monatsfrist zur Offenlegung der Spaltungsunterlagen gem § 7 SpaltG zweimal abgewartet werden muss. Wieder geht es somit um die Frage, ob die beiden Schritte simultan beschlossen und vor allem gleichzeitig eingetragen werden können. Zur Vereinfachung der Darstellung wird im Folgenden von der Gesellschaft A als der Gesellschaft gesprochen, deren Betrieb X zur Neugründung abgespalten wird, von der dadurch entstehenden Gesellschaft als A₁. Ein Betrieb U der Gesellschaft B soll auf A₁ zur Aufnahme abgespalten werden.

Da das Gesetz keine besonderen Vorschriften bereithält, ist die Konstellation grundsätzlich so zu behandeln, als ob die Vorgänge hintereinander beschlossen und eingetragen würden. Logisch vorgelagert ist die Spaltung zur Neugründung (erste Spaltung), dann folgt die Spaltung zur Aufnahme, an der die Gesellschaft B als übertragende Spaltgesellschaft und die neu gegründete Gesellschaft A₁ als übernehmende Gesellschaft beteiligt sind (zweite Spaltung). Es stellt sich somit die Frage, ob und inwieweit die Vorbereitung der von diesen Gesellschaften über die zweite Spaltung zu fassenden Beschlüsse bereits in den Zeitraum vor Eintragung und Beschlussfassung über die erste Spaltung (der Gesellschaft A) vorverlagert werden kann. Die Frage ist für jede der an der zweiten Spaltung beteiligten Gesellschaften, nämlich (i) der Gesellschaft A₁ und (ii) der Gesellschaft B gesondert zu stellen.

5.1.1 Spaltung zur Aufnahme unter Beteiligung einer Vorgesellschaft

Die Gesellschaft A₁ entsteht zwar erst mit Eintragung der Spaltung im Firmenbuch, bereits mit der Fassung des Spaltungsbeschlusses wird sie aber errichtet, womit eine Vorgesellschaft entsteht.⁴⁾ Es stellt sich somit die Frage, ob eine Vorgesellschaft an einer Spaltung zur Aufnahme als übernehmende Gesellschaft beteiligt sein kann. Die Möglichkeit der Vornahme von Strukturänderungen bereits im Stadium der Vorgesellschaft ist von der Firmenbuchpraxis im Grundsatz anerkannt.⁵⁾ Für die Spaltung ist dies insofern zu bejahen, als die Gesellschaft zwar im Zeitpunkt der Eintragung der Spaltung bereits im Firmenbuch eingetragen sein muss, Vorbereitungshandlungen, dh die Erstellung des Spaltungsplans,

die Beschlussfassungen⁶⁾ wie auch die Anmeldung der Spaltung können auch in der Vorgesellschaft vorgenommen werden, da sich die Willensbildung der Vorgesellschaft bereits nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften richtet. Im vorliegenden Fall geht es allerdings nicht um eine Spaltung der Vorgesellschaft A₁, sondern um eine Spaltung zur Aufnahme, was für A₁ als übernehmende Gesellschaft eine Spielart der *Verschmelzung* ist; auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft sind die Vorschriften über die Verschmelzung anzuwenden (§ 17 Z 5 SpaltG). Für eine Verschmelzung einer Vorgesellschaft gilt aber nichts anderes als für die Spaltung: Die Zulässigkeit setzt zwar voraus, dass alle an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger im Firmenbuch eingetragen sind, doch können die Vorbereitungshandlungen – Aufstellung und Abschluss des Verschmelzungsvertrags, Information, Prüfung, Beschlussfassungen und Anmeldung – bereits im Stadium der Vorgesellschaft vorgenommen werden.⁷⁾ Im Extremfall können – sofern das selbe Gericht zuständig ist und § 31 FBG Rechnung getragen werden kann⁸⁾ – die Eintragung der Gesellschaft und die Eintragung der Verschmelzung zeitlich zusammenfallen,⁹⁾ das Verstreichenlassen einer wie immer bestimmten Frist bringt weder den Anteilinhabern, noch den Gläubigern noch dem Verkehr einen Vorteil und ist daher auch rechtlich nicht erforderlich. Somit ist als Zwischenergebnis festzuhalten: Für den Beginn der Beschlussvorbereitung auf Seiten der Gesellschaft A₁ ist es jedenfalls nicht notwendig, die Eintragung des ersten Schritts (Spaltung der Gesellschaft A) abzuwarten; vielmehr ist es möglich, mit den Vorbereitungen bereits dann zu beginnen, wenn die Gesellschaft A den Spaltungsbeschluss gefasst hat.

5.1.2 Beschlussvorbereitung im Stadium der Vorgesellschaft und davor

Mit der Zulässigkeit der Beschlussvorbereitung und -fassung im Stadium der Vorgesellschaft ist ein zeitlich optimaler Ab-

4) *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 1 SpaltG Rn 11; *Kallmeyer*, UmwG², § 125 Rn 6; *Hommelhoff* in *Lutter*, UmwG³ § 126 Rz 78; *Engelmeyer*, Die Spaltung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht (1995), 61.

5) S FN 183552f (Beschlussfassung über Kapitalerhöhung im Stadium der Vorgesellschaft).

6) *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 14 SpaltG Rn 9; *Fantur*, Abspaltung zur Aufnahme auf eine Vorgesellschaft, GeS 2003, 55, 56 ff; *Schwedhelm/Streck/Mack*, Die Spaltung der GmbH nach neuem Umwandlungsrecht, GmbHR 1995, 7, 8.

7) *Fantur*, GeS 2003, 55, 56 ff; s weiters *Streck/Mack/Schwedhelm*, Verschmelzung und Formwechsel nach dem neuen Umwandlungsgesetz, GmbHR 1995, 161, 162; *Lutter*, UmwG³ § 3 UmwG Rn 5; *Kallmeyer*, UmwG² § 3 Rn 9; *K Schmidt*, Umwandlung von Vorgesellschaften? §§ 41 AktG, 11 GmbHG und umwandlungsrechtlicher numerus clausus, in FS Zöllner (1999), 525, 528.

8) S den ersten Teil des Beitrags III.c.(ii), GeS 2005, ##.

9) *Fantur*, GeS 2003, 55.

lauf aber noch nicht erreicht: Die Vorgesellschaft A₁ entsteht erst mit der Fassung des Spaltungsbeschlusses der Gesellschaft A, der – wegen § 7 SpaltG gesetzlich zwingend – eine Vorlaufzeit von mindestens einem Monat hat. Kann mit der Beschlussvorbereitung in der Gesellschaft A₁ erst zu diesem Zeitpunkt begonnen werden, müssen wieder je nach Rechtsform von A₁ die Fristen gem §§ 17 Z 5 SpaltG, 221a AktG (vier Wochen) oder 97 GmbHG (zwei Wochen) abgewartet werden. Es stellt sich somit die Frage, ob die Beschlussvorbereitung auch in den Zeitraum *vor* der Errichtung der Gesellschaft A₁ als Vorgesellschaft verlagert werden kann.

Die Vorbereitung der Beschlussfassung in der übernehmenden Gesellschaft setzt sich aus mehreren Schritten zusammen, die die Anteilsinhaber im Vorfeld über die geplante Maßnahme informieren und ihnen die Möglichkeit geben sollen, von ihren Mitspracherechten Gebrauch zu machen. Zu unterscheiden sind (a) Abschluss bzw Vorbereitung des Spaltungs- und Übernahmevertrags, (b) Einberufung der Haupt- oder Generalversammlung, (c) Erstellung der Unterlagen, (d) Auslegung oder Zusendung der Unterlagen.

(a) Der Beschlussfassung der Gesellschaft A₁ muss jedenfalls der Spaltungs- und Übernahmevertrag zu Grunde liegen. Sollen die beiden Umgründungsschritte zeitlich optimal zusammengezogen werden, muss der Spaltungs- und Übernahmevertrag der zweiten Spaltung (A₁ – B) bereits ein Monat vor der Beschlussfassung in der Gesellschaft B und A₁ zumindest im Entwurf vorliegen, da er gem § 7 SpaltG jedenfalls von der Gesellschaft B, unter Umständen auch von der Gesellschaft A₁ (wenn kein wirksamer Verzicht vorliegt) einzureichen und auszulegen bzw zuzusenden ist. Zuständig für die Aufstellung des Spaltungs- und Übernahmevertrags sind die geschäftsführenden Organe der beteiligten Gesellschaften B und A₁. Während dies in der übertragenden Gesellschaft B ohne weiteres möglich ist, bereitet dies auf Seiten von A₁ ein Problem, da sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal als Vorgesellschaft existiert und daher auch kein Organ hat, das den Vertrag im Entwurf aufstellen oder gar abschließen könnte. Dies hindert allerdings nicht die Aufstellung des Entwurfs durch den Vorstand der Gesellschaft A, in welcher Gesellschaft sich das zukünftige Vermögen der Gesellschaft A₁ befindet und deren Vorstand somit über die nötige Information verfügt. Der Vorstand von A ist zwar formal nicht zuständig, vielmehr das geschäftsführende Organ der Gesellschaft A₁, die aber eben noch nicht einmal als Vorgesellschaft errichtet ist. Die vorläufige Entwurfserstellung durch eine andere Einrichtung schadet aber nicht, wenn das zuständige Organ, sobald es möglich

ist – nämlich nach der Errichtung von A₁ durch den Spaltungsbeschluss der Gesellschaft A (erste Spaltung) –, diesen Entwurf übernimmt, abschließt und demzufolge auch für den Inhalt verantwortlich ist.¹⁰⁾ Der Spaltungs- und Übernahmevertragsentwurf für die zweite Spaltung (Spaltung zur Aufnahme) kann somit bereits vor Beschlussfassung über die erste Spaltung (Spaltung zur Neugründung) aufgestellt und den Beschlussfassungen über die zweite Spaltung zu Grunde gelegt werden. Der Vertrag kann generell auch noch nach den Beschlussfassungen in den Haupt- bzw Generalversammlungen abgeschlossen werden, sodass sich in diesem Fall die Unterzeichnung nach den Hauptversammlungsbeschlüssen über die erste und zweite Spaltung anbietet, da die übernehmende Gesellschaft A₁ erst zu diesem Zeitpunkt als Vorgesellschaft errichtet ist. Nach der Errichtung der Vorgesellschaft ist der Vorstand von A₁ – und nicht etwa der Vorstand von A – für den Abschluss des Vertrags vertretungsbefugt.¹¹⁾

Mit der Aufstellung des Entwurfs für den Spaltungs- und Übernahmevertrag ist die Beschlussvorbereitung aber noch nicht erledigt, vielmehr muss die Haupt- oder Generalversammlung auch (b) einberufen und durch (c) Erstellung und (d) Zugänglichmachung der vorgeschriebenen Unterlagen vorbereitet werden. Diese Schritte werfen, sollen sie bereits

10) S zur Möglichkeit des Abschlusses eines Spaltungs- und Übernahmevertrags durch das geschäftsführende Organ der Vorgesellschaft *Fantur*, GeS 2003, 55, 56.

11) Die Vertretungsbefugnis im Stadium der durch den Beschluss über die Spaltung zur Neugründung errichteten Vorgesellschaft wirft die allgemeine Frage auf, wie weit der in § 3 Abs 3 SpaltG ausgesprochene Verweis auf die Gründungsvorschriften der jeweiligen Rechtsform – der auch die Regeln über die Vorgesellschaft mit einbezieht – geht. Dabei sind die Unterschiede des Gründungshergangs bei einer Gründung einer Gesellschaft im Weg der Spaltung und der normalen Gründung zu beachten. Die Willensbildung im Innenverhältnis richtet sich bereits – soweit keine spaltungsrechtlichen Sondervorschriften bestehen, s dazu unten Fn ## – nach den allgemeinen kapitalgesellschaftlichen Regeln. Auch im Außenverhältnis wird die Rechtsfähigkeit der neu gegründeten Gesellschaft anzunehmen sein, obwohl – anders als bei der normalen Gründung, bei der die Vorgesellschaft uU schon ein Unternehmen betreibt, das sie als Sacheinlage übernommen hat – das Vermögen erst mit der Eintragung der Spaltung übergeht (§ 14 Abs 2 Z 1 SpaltG, s dazu *Dirgger*, Besteht eine Vorleistungspflicht für Sacheinlagen auch bei Gesamtrechtsnachfolge?, SWK 2000, W 37). Dementsprechend ist es im Allgemeinen auch der Vorstand der übertragenden Gesellschaft, der über das zu übertragende Vermögen bis zur Eintragung wirksam verfügen kann. § 12 Abs 1 SpaltG sieht aber die Anmeldung (auch) des Vorstands der anmeldenden Gesellschaft vor, sodass sowohl eine Vertretungsbefugnis als auch eine Parteistellung der Vorgesellschaft im Firmenbuchverfahren anzunehmen ist. Der Spaltungs- und Übernahmevertrag (für die zweite Spaltung) ist vom Vorstand der (durch den Beschluss über die erste Spaltung) errichteten Vorgesellschaft abzuschließen, weil die auf dem Vertrag beruhende Vermögensübertragung erst nach (oder frühestens gleichzeitig mit) der Eintragung der Gesellschaft (dh der Eintragung der ersten Spaltung) wirksam wird und – vor allem – der Inhalt des Spaltungs- und Übernahmevertrags weit über die bloße Vermögensübertragung hinausgeht und auch Änderung des gesellschaftlichen Organisationsrechts begründet.

vor Errichtung von A₁ durchgeführt werden, einige spezielle Rechtsfragen auf, denen weiter unten nachgegangen wird. Zuvor ist aber zu untersuchen, wie weit darauf mit Zustimmung welcher Anteilshaber verzichtet werden kann, da sich die angesprochenen Rechtsfragen im Verzichtsfall gar nicht stellen.

5.1.3 Verzicht auf Beschlussvorbereitung bei A₁ und B (zweite Spaltung)

Generell haben die Informationspflichten bei der Spaltung eine breitere Zielsetzung als bei der Verschmelzung: Während bei der Verschmelzung auf die Erstellung der Information weitgehend (nämlich mit Ausnahme der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft und des Aufsichtsratsberichts bei der AG und der GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat) und auf die Zugänglichmachung der Information durch Auslegung und Zusendung innerhalb der Fristen des §§ 221a AktG, 97 GmbHG gem § 232 Abs 2 AktG zur Gänze verzichtet werden kann, kann bei der Spaltung zwar auf die Erstellung der Spaltungsberichte (wieder mit Ausnahme des Aufsichtsratsberichts bei obligatorischem Aufsichtsrat) verzichtet werden, nicht aber auf die Einreichung und Auslegung der Spaltungsunterlagen gemäß § 7 SpaltG, weil die Spaltung typischerweise stärker in die Interessen der Gläubiger eingreift, die Information deshalb auch für die Gläubiger bereitgestellt wird und die Einreichung und Auslegung aus diesem Grund nicht verzichtbar ist.¹²⁾ Bei der Spaltung zur Aufnahme, die sich auf Seiten der übertragenden Gesellschaft als Spaltung und Teilverschmelzung, auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft dagegen nur als Verschmelzung darstellt, führt dies zu einem Auseinanderlaufen der Verzichtsmöglichkeiten: Während auf Seiten der übertragenden Gesellschaft (in unserem Beispiel: die Gesellschaft B) das zwingende Informationsregime der Spaltung zur Anwendung kommt, sind die Vorweginformationspflichten auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft (in unserem Beispiel A₁) grundsätzlich verzichtbar. Die Spaltung zur Aufnahme führt zwar zu einem etwas stärkeren Eingriff in die Interessen der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft als eine reine Verschmelzung, weil die übernehmende Gesellschaft nur einen Teil des Vermögens der Spaltgesellschaft erhält, aber gem § 15 SpaltG für alle Schulden haftet, der Gesetzgeber hat die Auslegung der Information für die übernehmende Gesellschaft dennoch grundsätzlich nicht zwingend vorgeschrieben.¹³⁾ Für die – gesetzlich nicht völlig klar geregelten – Verzichtsmöglichkeiten bei der Spaltung zur Aufnahme sind die gerade angesprochenen unterschiedlichen Schutzrichtungen des verschmelzungs- und spaltungsrechtlichen Informationsregimes zu bedenken.

(a) Bei den Einberufungsvorschriften für die Haupt- oder Generalversammlung sind AG und GmbH gleich zu behandeln: Sind alle Anteilshaber bei der Versammlung anwesend und mit ihrer Abhaltung einverstanden (Universalversammlung), kann der Beschluss mängelfrei gefasst werden.

(b) Für den Verzicht auf die Erstellung der Berichte ist danach zu unterscheiden, welche Rechtsform die beteiligten Gesellschaften haben: Sind sowohl A₁ als auch B eine GmbH, reicht ein Verzicht der Gesellschafter von B aus, um Spaltungsbericht und -prüfung nach den §§ 4 und 5 SpaltG verzichtbar zu machen, auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft ist eine Prüfung überhaupt nur notwendig, wenn es ein Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft verlangt (§ 100 GmbHG).¹⁴⁾ Der Aufsichtsratsbericht der übernehmenden Gesellschaft ist nur verzichtbar, wenn der Aufsichtsrat freiwillig eingerichtet wurde. Ist eine beteiligte Gesellschaft dagegen eine AG, müssen alle Anteilshaber (dh von B und von A₁) auf die Berichte nach § 4 und § 5 SpaltG verzichten.

Unabhängig von der Frage der Zugänglichmachung der Information¹⁵⁾ kann somit bei Gesellschaften mit obligatorischem Aufsichtsrat auf den Bericht dieses Organs *nicht* verzichtet werden. Dies bedeutet aber nicht, dass der Aufsichtsrat den Bericht schon vor der Beschlussfassung erstellen muss, wenn der Bericht nicht ausgelegt werden muss. Ähnlich wie beim Spaltungs- und Übernahmevertrag können die Personen, die für die Aufsichtsratsmandate in Aussicht genommen sind, den Bericht bereits im Vorfeld erarbeiten, um ihn dann nach ihrer formellen Bestellung formell abzusegen, was wiederum ihre Verantwortlichkeit für den Inhalt des Berichts begründet. Der Aufsichtsrat kann den Bericht, sofern dieser nicht eingereicht und ausgelegt werden muss, auch noch am Tag der Beschlussfassung über die Spaltung zur Aufnahme erstatten. Gleiches gilt für die Berichte des externen Prüfers und des Vorstands (Geschäftsführers), sofern darauf nicht ohnedies verzichtet wurde.

(c) Die Information der Gesellschafter und Gläubiger nach § 7 SpaltG ist seitens der übertragenden Gesellschaft (B), soweit der spaltungsrechtliche Teil der Information betroffen ist, nicht verzichtbar. Da auch die Anteilshaber der übertragenden Gesellschaft B vom Fusionseffekt der Spaltung

12) *Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung* § 7 SpaltG Rn 2 f.

13) *Vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung* § 7 SpaltG Rn 10, § 17 Rn 26; aA für § 7 Abs 5 SpaltG *Terlitzka, Teilfusionen und Anteilseignerinteressen* 160.

14) *Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung*, § 5 SpaltG Rn 10.

15) Dazu sogleich unten (c).

zur Aufnahme betroffen sind, sind auch die Unterlagen der jeweils anderen Gesellschaft auszulegen bzw zuzusenden (§ 221a AktG, § 97 GmbHG analog). Wurde auf die Erstellung der Unterlagen allerdings wirksam verzichtet, sind diese logischerweise auch nicht auszulegen, weil sonst die gesetzliche vorgesehene Verzichtsmöglichkeit (arg § 17 Z 5) leer laufen würde.¹⁶⁾ Darüber hinaus kann auf die Auslegung und Zusendung der die übernehmende Gesellschaft betreffenden Unterlagen bei der übertragenden Gesellschaft verzichtet werden, wenn die rechtsformspezifischen Zustimmungserfordernisse eingehalten werden. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Verzichtbarkeit des verschmelzungsrechtlichen Informationsregimes; die analoge Anwendung des Verschmelzungsrechts auf Seiten der Spaltgesellschaft erstreckt sich somit auch auf die Verzichtsmöglichkeit. Ist die Spaltgesellschaft B eine GmbH, reicht der Verzicht der Gesellschafter dieser Gesellschaft, ist sie eine AG, müssen auch die Anteilhaber der anderen Gesellschaft gem § 232 Abs 2 AktG zustimmen.

Die Auslegung bzw Zusendung der Unterlagen bei der übernehmenden Gesellschaft A₁ richtet sich gem § 17 Z 5 SpaltG nach den verschmelzungsrechtlichen Bestimmungen. Somit hängt die Verzichtbarkeit wiederum von der Rechtsform ab. Ist sie eine GmbH, ist eine Einreichung des Spaltungs- und Übernahmevertragsentwurfs beim Firmenbuch nicht erforderlich,¹⁷⁾ die Unterlagen sind aber gem § 97 GmbHG zuzusenden, worauf gem § 97 GmbHG verzichtet werden kann.¹⁸⁾ Ist die übernehmende Gesellschaft A₁ eine AG, müssen sämtliche Anteilhaber beider Gesellschaften verzichten (§§ 17 Z 5 SpaltG iVm 232 Abs 2 AktG).¹⁹⁾

5.1.4 Beschlussvorbereitung ohne Verzicht auf Vorabinformation

Wird auf die Erstellung der Vorabinformation und Einhaltung der Einberufungsvorschriften durch die Gesellschaft A₁ nicht verzichtet oder ist ein solcher Verzicht nur teilweise zulässig, stellt sich die Frage, ob deshalb die Zusammenziehung der beiden Schritte scheitert. Die Schwierigkeit liegt darin, dass die Gesellschaft A₁, zu deren Versammlung geladen werden soll und die auch die Informationspflichten wahrzunehmen hat, noch gar nicht errichtet ist und auch keine Organe hat, die diesen Pflichten nachkommen könnten. Vom Zweck der gesetzlichen Vorschriften her betrachtet scheinen die Hindernisse allerdings nicht unüberwindbar: Der Kreis der Anteilhaber der neu gegründeten Gesellschaft A₁ setzt sich ausschließlich aus Personen zusammen, die bereits Aktionäre oder Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft A sind. Der Zweck der Informations- und Ein-

berufungsvorschriften liegt darin, die Anteilhaber vorab über die geplante Umstrukturierung zu informieren und ihnen die Teilnahme an der Beschlussfassung zu ermöglichen. Die betroffenen Gesellschafter werden ohnehin von der Gesellschaft A zur Spaltungshaupt- oder -generalversammlung (erster Schritt) geladen und über diese Maßnahme informiert. Es spricht somit nichts dagegen, die Informationen am Sitz der Gesellschaft A auszulegen, da die Gesellschafter sich damit sogar das Einsammeln der Urkunden bei verschiedenen Gesellschaften (A betreffend die Spaltung zur Neugründung und A₁ betreffend die Spaltung zur Aufnahme) ersparen. Anders als beim Spaltungs- und Übernahmevertrag sind die Gläubiger bei den sonstigen Unterlagen nicht zu beachten, da es sich um das grundsätzlich verzichtbare verschmelzungsrechtliche Informationsregime handelt. Zu beachten ist allerdings, dass die Unterlagen betreffend die Spaltung zur Aufnahme nur im Entwurf zur Verfügung gestellt werden können, da die für die Erstellung der Information verantwortlichen Organe noch nicht bestellt sind. Sobald die betreffenden Organe bestellt sind, haben sie die Berichte unverändert zu unterzeichnen²⁰⁾ und sind für den Inhalt voll verantwortlich. Die Prüfung durch den externen Prüfer nach § 5 SpaltG und kann auch vor der eigentlichen Errichtung der übernehmenden Gesellschaft A₁ durchgeführt werden, also schon vor der formellen Erteilung des Prüfungsmandats nach § 5 Abs 2 SpaltG, die wieder erst möglich ist, wenn die dafür zuständigen Organe der übernehmenden Gesellschaft bestellt sind. Gleiches gilt für die Prüfung durch den Aufsichtsrat der übernehmenden Gesellschaft.

Ebenso spricht nichts dagegen, die Einberufung der Haupt- oder Generalversammlung der zu errichtenden Gesellschaft A₁ den Organen der Gesellschaft A zu überlassen, die die Versammlung somit mit der Einberufung für den Beschluss über die erste Spaltung verbinden können. Wiederum fällt entscheidend ins Gewicht, dass es ausschließlich um die Anteilhaber der Gesellschaft A geht, die ohnehin zur sachlich zusammenhängenden Spaltungs-Versammlung der ersten Spaltung geladen werden und sie die Information ja von niemand anderem erwarten als von der Gesellschaft, an der sie zu dem Zeitpunkt beteiligt sind. Jedenfalls ist der Zusammenhang in der Einberufung deutlich zu machen und

16) S den ähnlichen Fall der Verzichtsmöglichkeiten bei der rechtsformübergreifenden Verschmelzung *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 234 AktG Rn 5 und 12.

17) *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 17 Rn 26.

18) Zur Verzichtsmöglichkeit trotz Fehlens einer ausdrücklichen Vorschrift *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 97 GmbHG Rn 6.

19) AA *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 17 Rn 26.

20) § 4 Abs 1, § 5 Abs 4, § 6 Abs 1 SpaltG jeweils iVm § 886 ABGB.

der Ablauf in den Berichten der geschäftsführenden Organe zu erklären.

Sind die Informationspflichten und Einberufungsvorschriften für die noch nicht errichtete A_1 durch A wahrzunehmen, stellt sich die weitere Frage, welche Vorschriften dabei einzuhalten sind, wenn A und A_1 nicht dieselbe Rechtsform haben (sollen). Da die eigentlich informationspflichtige Gesellschaft A_1 noch nicht errichtet ist, sind bei der Information und Einberufung die für die tatsächlich informierende Gesellschaft A geltenden Vorschriften einzuhalten. Dies ist uU gar nicht anders möglich, wenn A eine AG ist und A_1 eine GmbH werden soll, weil in diesem Fall die Aktionäre möglicherweise gar nicht bekannt sind und Ihnen demzufolge auch keine Unterlagen zugesendet werden können. Ausschlaggebend ist die Überlegung, dass die Anteilhaber von der Rechtsformänderung noch gar nichts wissen müssen und sich daher die Information nach den für sie im Augenblick geltenden Vorschriften erwarten.

Insgesamt ist es somit möglich, die Vorbereitung der Beschlussfassung sowohl für den ersten Schritt (Spaltung zur Neugründung) als auch für den zweiten Schritt (Spaltung zur Aufnahme) zeitlich parallel zu gestalten.

5.1.5 Bilanzen

Folgende Bilanzen sind im Rahmen der beiden Spaltungen erforderlich: Schlussbilanz und Spaltbilanz der übertragenen Gesellschaft A, Eröffnungsbilanz der A_1 (erste Spaltung), Schlussbilanz und Spaltbilanz der B (zweite Spaltung). Eine Übernahmebilanz, die das von B auf A_1 übertragene Vermögen ausweist, ist zwar zweckmäßig, aber nicht zwingend erforderlich. Wie bei der Kombination von Verschmelzung und Spaltung können die Spaltungsstichtage der beiden Vorgänge auseinanderfallen und müssen auch nicht in einer bestimmten Reihenfolge festgelegt werden. Ferner sind die Jahresabschlüsse und Lageberichte der letzten drei Geschäftsjahre von A und unter der Voraussetzung gem § 7 Abs 2 Z 4 SpaltG eine Zwischenbilanz auszulegen (erste Spaltung). Gleiches gilt für die entsprechenden Unterlagen der Gesellschaft B (zweite Spaltung), die auch den Anteilhabern von A (als Rechtsvorgängerin der an der zweiten Spaltung als übernehmende beteiligten Gesellschaft A_1) zur Verfügung zu stellen sind. Das A_1 erst durch die Spaltung entsteht, ist auch die Zurverfügungstellung von Jahresabschlüssen oder einer Zwischenbilanz nicht möglich. Dem Informationsbedürfnis der Anteilhaber von B über das Vermögen von A_1 ist durch Auslegung bzw Zusendung der Eröffnungsbilanz von A_1 Rechnung zu tragen, die einer Zwischenbilanz gem § 221a Abs 2 Z 3 analog²¹⁾ gleichwertig

ist. Die Zurverfügungstellung auch der Jahresabschlüsse der Gesellschaft A macht für die Anteilhaber von B kaum Sinn, weil aus diesen Abschlüssen – wenn überhaupt – nur unter eingehender Analyse der Vermögenszuordnung bei der ersten Spaltung Rückschlüsse auf die Vermögens- und Ertragslage von A_1 gezogen werden können.

5.1.6 Prüfung der Kapitalerhöhung bei A_1

Liegen die Voraussetzungen des § 224 AktG nicht vor, ist im Zug der Spaltung zur Aufnahme (zweite Spaltung) das Kapital von A_1 zu erhöhen. Die Kapitalerhöhung ist gem § 17 Z 3 SpaltG in jedem Fall – dh auch bei Buchwertfortführung – zu prüfen. Der Prüfer ist gem § 25 Abs 3 AktG von dem Gericht zu bestellen, in dessen Sprengel A_1 ihren Sitz hat bzw haben soll.

5.1.7 Beschlussfassung, Anmeldung und Eintragung

Im Weiteren ist folgender Ablauf einzuhalten: die Gesellschaft A fasst den Spaltungsbeschluss, womit die Gesellschaft A_1 als Vorgesellschaft errichtet wird. Daraufhin sind nach allgemeinen Gründungsregeln die Organe der Gesellschaft A_1 zu bestellen, wobei die Gesellschaft A gem § 3 SpaltG als Gründer auftritt, somit die Organe zu bestellen hat²²⁾ und dabei von ihrem Vorstand vertreten wird. Zu bestellen sind Vorstand (Geschäftsführer), allenfalls Aufsichtsrat und Spaltungsprüfer. Der Spaltungsprüfer wird vom Aufsichtsrat bestellt. Hat die Gesellschaft A_1 keinen Aufsichtsrat und hat ein Gesellschafter die externe Prüfung verlangt, ist er auf Antrag der bereits vom Gründer (A) bestellten Geschäftsführer vom Gericht zu bestellen (§ 100 GmbHG).²³⁾ Zuständig ist das Gericht, in dessen Sprengel A_1 ihren Sitz hat. Im Weiteren haben die bestellten Organe die Berichte zu unterzeichnen, daraufhin kann der Beschluss für die Spaltung zur Aufnahme (zweite Spaltung) gefasst werden.²⁴⁾ Der Beschluss wird durch die Anteilhaber von A_1 – und nicht etwa auch noch von der Gründerin A – gefasst.²⁵⁾ Ist bei der übernehmenden Gesellschaft A_1 ein Ka-

21) § 221a AktG kommt wegen des zu kurz geratenen Verweises in § 17 SpaltG auf die übertragende Gesellschaft nicht direkt zur Anwendung, wohl aber analog.

22) *Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung* § 3 SpaltG Rn 10.

23) *Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung*, § 6 SpaltG Rn 10.

24) S zur Beschlussfassung über die Spaltung zur Aufnahme im Stadium der Vorgesellschaft *Fantur, GeS* 2003, 55.

25) Dies ergibt sich aus der von § 3 Abs 3 Satz 1 angeordneten Anwendbarkeit der Regeln über die Vorgesellschaft, s bereits ausführlich vorne 5.1. § 3 Abs 3 Satz 2 SpaltG, wonach als Gründer die übertragende Gesellschaft anzusehen ist, steht nicht entgegen, was sich schon auf der Wortlautebene daraus ergibt, dass die Begriffe „Gründer“ und „Aktionär“ im Gründungsstadium im Aktienrecht nicht deckungsgleich sind (§ 2 Abs 1 AktG). Dem GmbHG ist der Begriff überhaupt fremd. Die Bestimmung ist so zu verstehen, dass die übertragende Gesellschaft im

pitalerhöhungsbeschluss erforderlich, weil die Voraussetzungen des § 224 AktG nicht vorliegen, müssen die Anteilhaber von A₁ – zeitgleich mit der Beschlussfassung über die Spaltung zur Aufnahme (zweite Spaltung) – einen Kapitalerhöhungsbeschluss fassen, der ebenso wie die eigentliche Spaltungsbeschlussfassung mit der Eintragung der ersten Spaltung bedingt ist. Die aufschiebende Bedingung ist in diesem Fall zulässig, da die Bedingung keinen Eingang in den Satzungswortlaut findet, dem Vorstand kein Ermessen eingeräumt wird und die Bedingung mit den allgemeinen Grundsätzen des Umgründungsrechts in Einklang steht.²⁶⁾ Auch bei einer regulären Spaltung zur Aufnahme hängt die Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft von der Eintragung der Spaltung (und damit auch von der Willensbildung in der anderen beteiligten Gesellschaft) ab.

Nach Abschluss des Spaltungs- und Übernahmevertrags durch die vertretungsbefugten Organe von A₁ und B können beide Umgründungsakte angemeldet werden, die Spaltung zur Neugründung am Sitz der übertragenden Gesellschaft, die Spaltung zur Aufnahme bei den für A₁ und B zuständigen Firmenbuchgerichten. Die gleichzeitige Eintragung ist nur möglich, wenn A₁ und B²⁷⁾ ihren Sitz im selben Firmenbuchsprengel haben, ansonsten ist die Eintragung der Spaltung zur Neugründung abzuwarten. Ist bei A₁ eine Kapitalerhöhung erforderlich, muss der Sitz aller beteiligten Gesellschaften im selben Sprengel liegen, um die gleichzeitige Eintragung zu ermöglichen: In diesem Fall ist zusätzlich die Kapitalerhöhung beim für A₁ zuständigen Firmenbuchgericht anzumelden.²⁸⁾ Liegt der Sitz aller beteiligten Gesellschaften im selben Sprengel, können Anmeldungen und Eintragungen kumuliert werden. Fallen die Zuständigkeiten auseinander, ist zuerst – vom für A zuständigen Gericht – die Spaltung zur Neugründung (erste Spaltung) einzutragen, das sodann gem § 14 Abs 1 letzter Satz SpaltG den Firmenbuchakt dem für A₁ zuständigen Gericht übermittelt. Bei diesem Gericht ist in der Folge die Kapitalerhöhung einzutragen; erst mit der Eintragung kann das für B zuständige Gericht die Spaltung zur Aufnahme (zweite Spaltung) eintragen. Die Anmeldungen können zeitgleich vorgenommen werden.

Mit der Eintragung der Spaltungen treten dann auch die sachenrechtlichen und sonstigen Rechtsfolgen ein: Das abgespaltene Vermögen sowohl von A als auch von B geht auf A₁ über. Sofern nicht einer der Ausnahmetatbestände gem § 224 AktG eingreift, fallen den Anteilhabern von B nach der Festsetzung des verschmelzungsrechtlichen (und allenfalls auch des spaltungsrechtlichen) Umtauschverhältnisses im Spaltungs- und Übernahmevertrag Anteile an A₁ zu.

Insgesamt ist die gleichzeitige Eintragung von Spaltung zur Neugründung und Spaltung zur Aufnahme unter der Voraussetzung der einheitlichen Gerichtszuständigkeit zulässig und wohl auch technisch möglich. Fallen die Zuständigkeiten auseinander, können die einzelnen Verfahrensschritte weitgehend parallel durchgeführt werden und ist somit auch in diesem Fall eine erhebliche Beschleunigung erzielbar. Der gerade besprochene Weg muss in exakt dieser Form allerdings nur dann beschränkt werden, wenn nicht die sogleich zu besprechende Alternativlösung gewählt wird (s unten 3). Jedenfalls kann das noch relativ einfache und daher anschauliche Beispiel Lösungswege aufzeigen, die auf andere, hier nicht behandelte Konstellationen umgelegt werden können, nämlich (i) die Möglichkeit und die Grenzen der Beteiligung einer Vorgesellschaft an einem Umgründungsvorgang und insb (ii) die Beteiligung einer gerade erst durch einen Spaltungsbeschluss entstandenen Vorgesellschaft. Die dabei gewonnenen Ergebnisse können für andere Konstellationen, wie der unten (5.3.) zu behandelnden „doppelten“ Spaltung zur Aufnahme als auch zB für die Kombination von Spaltung und errichtender Umwandlung fruchtbar gemacht werden.

5.2 Erst Verschmelzung dann Spaltung, aber simultan

Als relativ komplexer Vorgang stellt sich die Kombination einer Verschmelzung mit einer Spaltung dar, wenn die Verschmelzung der Spaltung gedanklich – tatsächlich soll es sich ja um einen simultanen Vorgang handeln – vorgeschaltet ist. Hierbei stellt sich – ähnlich wie bei der Spaltung zur Aufnahme – das Problem des Ineinandergreifens der verschiedenen für Verschmelzung und Spaltung vorgesehenen Vorschriften. Die beiden Vorgänge sind dabei wieder –

Rahmen des Gründungshergangs die Rolle des (einzigen) Gründungsgesellschafters übernimmt und dessen Kompetenzen nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Gründungsvorschriften wahrnimmt, soweit das SpaltG keine abweichenden Bestimmungen vorsieht. Somit sind etwa der Aufsichtsrat oder der GmbH-Geschäftsführer von der übertragenden Gesellschaft zu bestellen. Der Grund für diese Abweichung vom normalen Kompetenzgefüge – wonach die Gründerrolle den Anteilhabern der neuen Gesellschaft zuzuweisen wäre – liegt wohl darin, dass die Gründungsvorschriften auf ein einstimmiges Vorgehen derjenigen Personen zugeschnitten sind, die die Satzung feststellen, wodurch etwa die aktienrechtlichen Gründungshaftungsbestimmungen gerechtfertigt sind. Auf Fragen, die über die allgemeinen Gründungsschritte hinausgehen, bezieht sich § 3 Abs 3 Satz 2 SpaltG hingegen seinem Zweck nach nicht. Somit bleibt es für die Beschlussfassung über eine neuerliche Umgründungsmaßnahme bei der normalen gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeitsverteilung.

26) Siehe zur Zulässigkeit bedingter Beschlüsse in diesem Fall bereits ausführlich im ersten Teil des Beitrags, GeS 2005, ##.

27) S zur Zuständigkeit für die Prüfung der Spaltung zur Aufnahme durch das Gericht der übertragenden Gesellschaft Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 17 Rn 31.

28) Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 17 Rn 32.

mangels einer abweichenden gesetzlichen Regelung – grundsätzlich so zu behandeln, als ob sie zeitlich hintereinander vorgenommen würden, allerdings ist der gleichzeitigen Durchführung der beiden Schritte bei der Vorbereitung und insbesondere der Beschlussfassung Rechnung zu tragen. Ergeben sich dabei keine unüberwindbaren Anwendungsprobleme, ist von einer Zulässigkeit des simultanen Vorgangs auszugehen. Dies ist im Folgenden an den Einzelproblemen zu untersuchen. Grundlage ist die Spaltung zur Neugründung, auf Besonderheiten bei der Spaltung zur Aufnahme wird jeweils hingewiesen. Zur Vereinfachung der Darstellung sollen die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften A (übertragende Gesellschaft) und B (übernehmende Gesellschaft) heißen, B ist gleichzeitig die übertragende Gesellschaft bei der nachfolgenden Spaltung. Die durch die Spaltung neu errichtete Gesellschaft heißt B₁.

5.2.1 Vorbereitung der Beschlussfassung

(i) *Verschmelzungsvertrag und Spaltungsplan*: Für die Aufstellung und den Abschluss des Verschmelzungsvertrags gelten die allgemeinen Vorschriften des Verschmelzungsrechts. Da aber die Verschmelzung nur die Vorstufe für die nachfolgende Spaltung ist, muss im Verschmelzungsvertrag und ebenso im Verschmelzungsbericht auf die Spaltung eingegangen und insb darauf hingewiesen werden, dass der Spaltungsplan dem Verschmelzungsvertrag integriert oder angeschlossen wird und der Verschmelzungsbericht die Kombination der beiden Vorgänge erläutert und dabei auf Ausgangs- und Endlage und die Folgen für die Anteilhaber eingeht. Der Verschmelzungsvertrag ist umgekehrt – klar gekennzeichnet und abgegrenzt – in den Spaltungsplan aufzunehmen bzw diesem als Anlage anzuschließen, da sein Inhalt in vielfältiger Weise für den Spaltungsvorgang maßgeblich ist. Im Spaltungsplan ist auf die Verschmelzung Bezug zu nehmen, sämtliche an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften sind anzuführen (vgl § 2 Abs 1 Z 1) und es ist deutlich zu machen, dass die Vermögen der zu verschmelzenden Gesellschaften Gegenstand der Spaltung sind. Im Spaltungsplan ist als Satzung der übertragenden Gesellschaft²⁹⁾ die Satzung der Gesellschaft B aufzuführen, und zwar in der (beabsichtigten) Fassung *nach* der Verschmelzung. Aus Transparenzgründen wird es zusätzlich erforderlich sein, auch die Satzung der Gesellschaft B in der Fassung vor der Verschmelzung als auch die Satzung der Gesellschaft A (die durch die Verschmelzung erlischt) anzugeben.

Da der Spaltungsplan auf der Grundlage der vorhergehenden, aber eben noch nicht durchgeführten Verschmelzung errichtet wird, ist es erforderlich, den Spaltungsplan mit der aufschiebenden Bedingung der Eintragung der Verschmel-

zung zu versehen. Wird die Verschmelzung nicht eingetragen, scheidet demzufolge auch die Spaltung. Der Firmenbuchrichter kann die beiden Vorgänge trotzdem gleichzeitig eintragen.

Auch die Kompetenz zur Aufstellung des Spaltungsplans folgt dem oben angesprochenen Grundsatz, dass die Spaltung so zu behandeln ist, wie wenn die beiden Schritte zeitlich auseinander fallen würden: Die Kompetenz liegt beim Vorstand der Gesellschaft B. Die übertragende Gesellschaft A geht mit der Verschmelzung ohne Abwicklung unter. Allerdings wird die Mitwirkung des Vorstands auch der Gesellschaft A erforderlich sein; Grundlage des Spaltungsplans sind die Verhältnisse beider Gesellschaften, was sich besonders bei der Zuordnung der Vermögensgegenstände im Spaltungsplan zeigt. Der Vorstand nur der übertragenden Gesellschaft hat gar nicht die nötige Information, um die vom Gesetz geforderte genaue Beschreibung der Vermögensteile zu leisten, ebenso können die nötigen Bilanzen nur durch beide Vorstände erstellt werden. Dies ändert nicht daran, dass die formale Kompetenz zur Aufstellung ausschließlich beim Vorstand der übernehmenden Gesellschaft liegt. Bei einer Spaltung zur Aufnahme wird ebenso nur die bei der Verschmelzung übernehmende Gesellschaft Partei des Spaltungs- und Übernahmevertrags, der Vorstand dieser Gesellschaft hat den Spaltungs- und Übernahmevertrag abzuschließen.

(ii) *Spaltungsrechtliches Umtauschverhältnis und Barabfindung*: Der Spaltungsplan bzw –vertrag muss bei einer nicht verhältnismäßigen Spaltung die Beteiligungszuordnung und bei einer Spaltung zur Aufnahme zusätzlich das Umtauschverhältnis festlegen, wofür die Bewertung der Unternehmen beider an der Verschmelzung beteiligter Gesellschaften (A und B) erforderlich ist. Grundlage für die Festlegung der Beteiligungszuordnung im Spaltungsplan ist der Wert beider verschmolzener Unternehmen (A und B), der dem Wert des jeweils übertragenen Vermögens im Rahmen der Spaltung gegenüberzustellen ist. Dabei ist der Wert der zu verschmelzenden Unternehmen als Einheit zu ermitteln, weil es um die Wertfeststellung des der Verschmelzung *nachfolgenden* Schritts geht. Der Bewertungsstichtag kann und muss trotzdem vor der Beschlussfassung liegen und ist für die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften einheitlich festzulegen. Für die Berechnung der Barabfindung (dh bei einer verhältnismäßigen, aber rechtsformübergreifenden Spal-

29) S zur Notwendigkeit der Angabe der Satzung der übertragenden Gesellschaft *Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung* § 2 SpaltG Rn 4.

tung oder einer nicht verhältnismäßigen Spaltung) ist der einheitliche Wert beider verschmolzenen Unternehmen zu Grunde zu legen.³⁰⁾

(iii) Summengrundsatz: Für die Wahrung des Summengrundsatzes gem § 3 SpaltG kommt es auf das gebundene Kapital bei der übernehmenden Gesellschaft B an, und zwar auf das gebundene Kapital nach der Verschmelzung. Die besonderen Kapitalerhaltungsgrundsätze bei der Verschmelzung sind ebenso einzuhalten, spielen aber für den spaltungsrechtlichen Summengrundsatz keine Rolle, sondern sind nur für die Zulässigkeit der Verschmelzung von Belang.

(iv) Spaltungsbericht: Ähnlich wie beim Spaltungsplan haben die Vorstände der beteiligten Gesellschaften auch bei der Erstellung des Spaltungsberichts zusammenzuwirken, die Kompetenz und Verantwortlichkeit für den Spaltungsbericht liegt aber beim Vorstand der übernehmenden Gesellschaft. Für den Verzicht gem § 4 Abs 2 SpaltG ist der Verzicht aller Anteilhaber aller an der Verschmelzung beteiligter Gesellschafter erforderlich, und zwar auch dann, wenn nur GmbHs beteiligt sind.³¹⁾ Liegt eine Spaltung zur Aufnahme vor und ist eine der beteiligten Gesellschaften eine Aktiengesellschaft, ist außerdem die Zustimmung aller Anteilhaber der aufnehmenden Gesellschaft erforderlich. Sind nur GmbHs beteiligt, können die Gesellschafter der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften mit Wirkung für diese Gesellschaften auf die Erstellung des Berichts verzichten, entsprechendes gilt für die übernehmende Gesellschaft.³²⁾

(v) Für die Spaltungsprüfung ist von der übernehmenden Gesellschaft B (Aufsichtsrat oder, wenn keiner bestellt ist, Geschäftsführer) ein Spaltungsprüfer zu bestellen. Der Spaltungsprüfer hat ein Auskunftsrecht gegenüber allen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften (§ 220b Abs 3 AktG analog).

(vi) Bilanzen: Für die Verschmelzung ist die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft A gem § 220 Abs 3 AktG aufzustellen und gegebenenfalls zu prüfen, weiters allenfalls die Zwischenbilanzen gem § 220 Abs 2 Z 3 AktG. Für die Spaltung ist hingegen eine Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft B aufzustellen und gegebenenfalls zu prüfen (§ 2 Abs 2 SpaltG), ebenfalls erforderlich sind die Eröffnungsbilanz der Gesellschaft B₁ und die Spaltungsbilanz der Gesellschaft B. Die Frage, ob die Stichtage der beiden Schlussbilanzen (Verschmelzungs- und Spaltungsstichtag) identisch sein müssen oder der Verschmelzungsstichtag (erster Schritt) wenigstens vor dem Spaltungsstichtag (zweiter

Schritt) liegen muss, wurde bereits verneint.³³⁾ Allerdings muss es eine Möglichkeit des Firmenbuchrichters geben, die Einhaltung des Summengrundsatzes gem § 3 SpaltG zu überprüfen. Dafür kommt es ganz allgemein nicht auf die Höhe des gebundenen Kapitals zum Stichtag an, sondern auf die aktuelle Höhe, dh im gegebenen Fall auf die Höhe des gebundenen Kapitals der Gesellschaft B nach der Verschmelzung, dh unter Berücksichtigung einer im Rahmen der Verschmelzung vorgenommenen Kapitalerhöhung. Um eine Überprüfungsmöglichkeit des Firmenbuchgerichts sicherzustellen, ist das gebundene Kapital der Gesellschaft B nach der Verschmelzung – etwa durch eine eigene Bilanz, Rubriken oder ähnliches – eigens darzustellen.

Die Verschmelzung ist im letzten Jahresabschluss der Gesellschaft B, der gem § 7 SpaltG für die Spaltung auszulegen ist, nicht berücksichtigt. Auch eine allenfalls ausgelegte Zwischenbilanz § 7 Abs 2 Z 3 SpaltG wird die Verschmelzung nur dann berücksichtigen können, wenn der Verschmelzungsstichtag vor dem Stichtag der Zwischenbilanz liegt. Ist dies der Fall, ist die Verschmelzung in der Zwischenbilanz aber jedenfalls zu berücksichtigen, obwohl die Verschmelzung erst mit der Eintragung wirksam wird – für die Zwecke des Rechnungswesens aber rückwirkend.

Um eine angemessene Information gem § 7 SpaltG zu gewährleisten, könnte darüber nachgedacht werden, jedenfalls – und nicht nur bei Vorliegen der Voraussetzungen gem § 7 Abs 2 Z 3 SpaltG – die Erstellung einer eigenen Zwischenbilanz zu fordern, um der durch die Verschmelzung bedingten regelmäßig einschneidenden Vermögensveränderung der Spaltgesellschaft B Rechnung zu tragen. Eine derartige Pflicht über die Voraussetzungen des § 7 Abs 2 Z 3 SpaltG hinaus besteht jedoch nicht, da die durch die ausgelegten Zwischen- und sonstigen Bilanzen gebotene Information ganz allgemein nicht aktuell, sondern ausnahmslos stichtagsbezogen ist. Die bis zur Beschlussfassung eingetretenen Veränderungen werden nicht berücksichtigt, und seien sie auch noch so einschneidend. Um der besonderen Situation bei der Kombination von Umgründungsschritten Rechnung zu tragen, sind aber die letzten Jahresabschlüsse nicht nur der Gesellschaft B (§ 7 Abs 2 Z 2 SpaltG), sondern auch die Jahresabschlüsse der Gesellschaft A auszulegen, was keinen

30) S nur Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 9 SpaltG Rn 7.

31) S zum unterschiedlichen Regelungsgehalt von § 232 Abs 2 AktG und § 100 GmbHG im Verschmelzungsrecht Kalss, Verschmelzungs – Spaltung – Umwandlung § 232 AktG Rn 12 und § 100 GmbHG Rn 3.

32) S Kalss, Verschmelzungs – Spaltung – Umwandlung, § 17 SpaltG Rn 23.

33) S den ersten Teil des Beitrags, GeS 2005, #.

Mehraufwand mit sich bringt. Dabei ist wie in den übrigen Unterlagen klarzumachen, dass die Gesellschaft A zwar nicht selbst an der Spaltung beteiligt, ihr Vermögen aber „vor“ der Spaltung auf B übergeht und ebenso Gegenstand der Spaltung ist.

(vii) *Auslegung der Unterlagen nach Spaltungsrecht:* Für die *verschmelzungsrechtlichen* Einreichungs-, Zusendungs- und Auslegungspflichten ist zu beachten, dass in die Veröffentlichung der Einreichung ein Hinweis auf den Zusammenhang mit der nachfolgenden Spaltung aufzunehmen ist;³⁴⁾ außerdem ist die Einreichung, Veröffentlichung und Auslegung wegen der Relevanz für die nachfolgende Spaltung unverzichtbar und auch von der GmbH einzuhalten.³⁵⁾ Bei der Wahrung der *spaltungsrechtlichen* Informationsobligationen ist aber der Besonderheit Rechnung zu tragen, dass das Gesellschaftsvermögen von A teilweise weiter übertragen wird und daher Anteilseigner und Gläubiger dieser Gesellschaft ebenso von der Spaltung betroffen sind. Die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften (A und B) haben nicht nur die verschmelzungsrechtlichen Informationspflichten gem § 221a AktG zu beachten, vielmehr müssen auch den unverzichtbaren und auch bei der GmbH anwendbaren Vorgaben von § 7 SpaltG durch *alle an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften* (A und B) Genüge getan werden. Die Spaltung ist für die Anteilshaber, Gläubiger und Arbeitnehmer aller an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften relevant; auch das Vermögen der Gesellschaft A, die bei der Verschmelzung als übertragende auftritt, ist von der nachfolgend-parallelen Spaltung betroffen. Aus diesem Grund sind die Informationspflichten gem § 7 SpaltG von jeder der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften einzuhalten. Im Einzelnen bedeutet dies:

- Der Vorstand nicht nur der Spaltgesellschaft B, sondern auch der Vorstand von A hat den Spaltungsplan beim Firmenbuch des Sitzes seiner Gesellschaft ein Monat vor der Beschlussfassung über die Spaltung einzureichen und einen Hinweis gem § 7 Abs 1 Satz 2 SpaltG zu veröffentlichen. Darüber hinaus hat auch die Gesellschaft A die volle Informationspflicht gem § 7 SpaltG, dh die Unterlagen sind auch auszulegen und allenfalls zuzusenden. Bei der Wahrung der Informationsobligationen durch A ist klarzumachen, dass die Gesellschaft A zwar nicht als Spaltgesellschaft auftritt, das Gesellschaftsvermögen aber trotzdem Gegenstand einer Spaltung sein wird.
- Die Pflicht zur Auslegung und Zusendung gem § 7 SpaltG bezieht sich nicht nur auf die jeweils eigenen Unterlagen, vielmehr sind den nach Spaltungsrecht in-

formationsberechtigten Personen auch die Unterlagen der jeweils anderen Gesellschaft – wie nach Verschmelzungsrecht gem § 221a Abs 2 AktG – zugänglich zu machen. Diese Informationspflicht besteht unabhängig davon, ob die Unterlagen nach *Verschmelzungsrecht* ausgelegt oder zugesendet werden müssen, weil es hier um die Wahrung der spaltungsrechtlichen Informationspflichten geht. Die Zusendungspflicht gem § 7 Abs 4 SpaltG bezieht sich ebenso auf die Unterlagen aller beteiligten Gesellschaften, dh auch auf den Prüfungsbericht der anderen Gesellschaft; die meisten der in § 7 Abs 2 genannten Unterlagen sind aber ohnehin schon nach Verschmelzungsrecht zuzusenden (§ 97 Abs 1 GmbHG). Gläubiger und Betriebsrat von jeder der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften die Aushändigung von Spaltungsplan, Jahresabschlüsse, sowie ggf Schlussbilanz und Zwischenabschlüsse verlangen. Schließlich bezieht sich die Auflagepflicht gem § 7 Abs 6 SpaltG auch auf die Unterlagen der jeweils anderen Gesellschaft.

- Die Auslegungsfrist gem § 7 SpaltG beginnt für beide Gesellschaften (A und B) gleichzeitig, sie beginnt 1 Monat vor der Beschlussfassung über die Spaltung in der Gesellschaft B (bei der die Anteilshaber der Gesellschaft A beteiligt sind).³⁶⁾

In dieser Konstellation sind – anders als bei einer isolierten Verschmelzung – auch die verschmelzungsrechtlichen Informationsobligationen unverzichtbar; die Unterlagen sind auch bei der GmbH nicht nur zuzusenden, vielmehr ist zusätzlich nach § 221a AktG vorzugehen.³⁷⁾ Der sich daraus ergebende Mehraufwand wird sich in Grenzen halten, da die übertragende Gesellschaft A ohnehin auch die spaltungsrechtlichen Informationsobligationen wahrzunehmen hat.

5.2.2 Beschlussfassung, Beschlussmehrheiten, Zustimmungserfordernisse

Bei der Beschlussfassung über die *Verschmelzung* ergeben sich keine Besonderheiten, die Verschmelzung wird selbstredend von den Anteilshabern der Gesellschaft A und B getrennt beschlossen.

Für den *Spaltungsbeschluss* reicht eine Beschlussfassung nur der Haupt- oder Generalversammlung der bei der Verschmelzung übernehmenden Gesellschaft B, die bei der

34) S den ersten Teil des Beitrags, GeS 2005, #.

35) S oben III.

36) S zu den Besonderheiten bei der Beschlussfassung sogleich unten d.

37) S oben im ersten Teil des Beitrags GeS 2005, #.

Spaltung die übertragende ist und somit jedenfalls über die Spaltung zu beschließen hat, dagegen nicht aus. Da die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ebenso von der nachfolgenden Spaltung betroffen sind, haben sie auch ein *Recht der Mitentscheidung* über die Spaltung: Denkt man sich den Vorgang als hintereinander geschaltet, würden die Gesellschafter der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften in einer einheitlichen Haupt- oder Generalversammlung als Gesellschafter der aus der Verschmelzung hervorgegangenen Gesellschaft gemeinsam über die nachfolgende Spaltung beschließen. Dem ist bei der simultanen Durchführung der Umgründungsakte dadurch Rechnung zu tragen, dass die Gesellschafter aller an der Verschmelzung beteiligter Gesellschaften in einer gemeinsamen Versammlung über die Spaltung Beschluss fassen. Auf diese Weise wird die Vollziehung der Verschmelzung, die ja grundsätzlich erst mit der Eintragung im Firmenbuch wirksam wird, vorweggenommen. Der in der gemeinsamen Versammlung gefasste Beschluss ist ein Beschluss der bei der Verschmelzung übernehmenden Gesellschaft B, weil A mit der Eintragung der Verschmelzung untergeht und B bei der Spaltung als übertragende auftritt. Dieser Lösungsmöglichkeit könnte entgegenstehen, dass eine gemeinsame Beschlussfassung vor Eintragung der Gesellschaft nicht möglich ist, weil eben noch zwei oder mehr getrennte Gesellschaften bestehen und ein gemeinsames Gesellschaftsorgan noch nicht besteht. Die getrennte Beschlussfassung der beiden Gesellschafterversammlungen vermag aber die Problemlage nicht vollständig zu bewältigen, weil sich durch die Vereinigung der beiden Gesellschafterkreise durch die Verschmelzung die Mehrheitsverhältnisse und damit die Einflussgewichtung der einzelnen Gesellschafter völlig verändern können.

Das Recht der Vorgesellschaft zeigt, dass die Eintragung der Kapitalgesellschaft ganz generell nicht Voraussetzung für die beschlussmäßige Willensbildung der Gesellschafter ist.³⁸⁾ Im Unterschied zur Gründung wird die übernehmende Gesellschaft bei der Verschmelzung durch Aufnahme nicht völlig neu geschaffen – wenn dies auch in den Nürnberger Beratungen zum AHGB so gesehen wurde³⁹⁾ –, vielmehr wird die verbandsrechtliche Struktur nur verändert. Nur bei einer Verschmelzung durch Neugründung werden die Regeln über die Vorgesellschaft ebenso wie bei der Spaltung zur Neugründung direkt zum Tragen kommen. Das Problem der Willensbildung im Vorfeld der Eintragung stellt sich aber bei der Verschmelzung durch Aufnahme analog, sodass die Regeln der Vorgesellschaft im Rahmen des hier gestellten Themas auch für die Verschmelzung zur Aufnahme fruchtbar gemacht werden können. Im Einzelnen bedeutet dies, dass die Anteilsinhaber aller an der Verschmelzung be-

teiligten Gesellschaften über die Spaltung gemeinsam Beschluss zu fassen haben, Beschlussmehrheiten und Zustimmungserfordernisse sind dabei so zu berechnen, als ob die Verschmelzung bereits durchgeführt worden wäre, dh Grundlage für die Berechnung ist das neue Grundkapital und die nach der Verschmelzung bestehenden Anteilsverhältnisse. Das gleiche gilt für das Zustimmungserfordernis nach § 8 Abs 3 SpaltG. Dies bedeutet, dass nicht bei jeder der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften die 9/10 Mehrheit vorliegen muss.⁴⁰⁾

Die vorstehend genannten Besonderheiten bei der Beschlussfassung brauchen nicht beachtet zu werden, wenn sich Gesellschafterkreis und Nennkapital durch die Verschmelzung nicht ändern, wie dies bei gleichen Beteiligungsverhältnissen zulässig ist. In diesem Fall kann der Spaltungsbeschluss einfach durch die Gesellschafterversammlung von B gefasst werden. Gleiches gilt bei der Übernahme einer 100%-Tochter durch die Mutter. Beim umgekehrten Fall der Übernahme der Mutter durch die 100%-Tochter ist dagegen eine Einbeziehung der Gesellschafter der Mutter nach den oben dargestellten Grundsätzen erforderlich; die Mutter ist dagegen – da sie durch die Verschmelzung untergeht – bei der Beschlussfassung über die Spaltung nicht einzubeziehen.

5.2.3 Verzicht

Die im Spaltungsgesetz mehrfach vorgesehenen Möglichkeiten, auf einzelne Informations- und Kontrollmechanismen zu verzichten – wie der Verzicht auf die Regelung der Barabfindung nach § 2 Abs 1 Z 13 SpaltG, der Verzicht auf den Spaltungsbericht nach § 4 Abs 2 SpaltG und auf die Spal-

38) S zur Möglichkeit der Fassung von Generalversammlungsbeschlüssen im Stadium der Vorgesellschaft und die Anwendbarkeit der kapitalgesellschaftlichen Beschlussfassungsregeln Koppensteiner, GmbHG² § 2 Rn 13 f; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rn 1/520; zum Aktienrecht Kraft in KölnKomm AktG² § 41 Rn 27.

39) Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches (1858) 369; sa Hügel, Verschmelzung und Einbringung (1991) 34; Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) 96. Gegenstand der Beratungen in Nürnberg und der nachfolgenden gesetzlichen Regelung war die Verschmelzung durch Aufnahme und nicht die Verschmelzung zur Neugründung, die erst durch das AktG 1937/38 eingeführt wurde, s Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung des Aktienrechts zu § 233 Rn 3.

40) Dass die aufeinanderfolgende Verschmelzung und Spaltung dazu „einlädt“, die gesetzlichen Zustimmungserfordernisse des § 8 Abs 3 SpaltG dadurch zu umgehen, dass die Beteiligungsquote der Minderheit durch eine vorangehende Verschmelzung mit Kapitalerhöhung unter die 10 % Marke gedrückt wird, liegt auf der Hand. Dies ist allerdings kein Sonderproblem der hier behandelten Zusammenziehung der beiden Vorgänge, sondern wird dadurch nur besonders deutlich. Eine derartige Vorgangsweise würde wohl jedenfalls eine Anfechtbarkeit der Umgründungsmaßnahme auslösen; die gegenteilige Rechtsprechung des OGH zum Umwandlungsrecht ist auf diesen Fall nicht umzulegen, weil in dem vom OGH entschiedenen Fall (SZ 71/42) die Mehrheitsgesellschafter bereits über die vom Gesetz geforderte Beteiligungsquote verfügte.

tungsprüfung nach § 5 Abs 6 SpaltG, uU auch der Verzicht auf die Aufsichtsratsprüfung gem § 6 Abs 2 SpaltG – erfordert die Zustimmung sämtlicher Anteilshaber aller an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften.

5.2.4 Barabfindung, Überprüfung der Umtauschverhältnisse

Die Kombination der Umgründungsschritte bewirkt auch eine Kumulation der Rechte der Minderheitsaktionäre gem § 225c AktG, § 9 SpaltG. Die sich dabei ergebenden Rechtsfragen treten immer dann auf, wenn eine Gesellschaft bei laufendem Überprüfungsverfahren Gegenstand weiterer Umgründungsmaßnahmen ist, werden also nicht durch die Zusammenziehung der Schritte ausgelöst.

5.2.5 Eintragung

Mit der Gerichtszuständigkeit ist ein entscheidender Punkt erreicht, ist doch die Zulässigkeit der simultanen Eintragung davon abhängig zu machen, dass ein und dasselbe Gericht für die Eintragung zuständig ist. Bei der Kombination von Verschmelzung und Spaltung ergibt sich daraus kein Problem, weil die Gerichtszuständigkeit für die Verschmelzung und die Spaltung gleich läuft: Beide Vorgänge werden bei dem Gericht eingetragen, in dessen Sprengel die Gesellschaft B ihren Sitz hat, weil diese bei der Verschmelzung als übernehmende (§ 225a AktG), bei der Spaltung aber als übertragende Gesellschaft auftritt (§ 14 SpaltG). Die Vorstände der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften haben die Verschmelzung zuvor bei dem Gericht, in dessen Sprengel ihre Gesellschaft ihren Sitz hat, anzumelden (§ 225 AktG), zugleich ist die Spaltung gem § 12 SpaltG anzumelden. Sind die Voraussetzungen der Eintragung beider Umgründungsschritte gegeben, hat das Gericht die Verschmelzung und die Spaltung einzutragen.

5.3 Abkürzung zu 1.: Doppelte Spaltung zur Aufnahme

Das oben unter V.1. behandelte Beispiel (Vereinigung von zwei Betrieben verschiedener Gesellschaften in einer neuen) kann nicht nur auf die unter 5.1 dargestellte Weise einer Kombination von Spaltung zur Neugründung und Spaltung zur Aufnahme erreicht werden. Gleichfalls möglich ist, dass die Gesellschaften A und B die gewünschten Vermögensteile auf eine *bereits bestehende* Gesellschaft C abspalten. Hierfür muss nicht einmal die Eintragung der übernehmenden Gesellschaft abgewartet werden, vielmehr genügt es, wenn die übernehmende Gesellschaft als Vorgesellschaft errichtet wird,⁴¹⁾ dh es braucht bloß der Gesellschaftsvertrag der neu zu errichtenden Gesellschaft abgeschlossen und die Organe bestellt werden.

Die beiden Spaltungen zur Aufnahme können allerdings auch in diesem Fall nicht unabhängig voneinander abgewickelt werden. Da sich durch die erste Maßnahme uU der Kreis der Anteilseigner von C verändert, müssen deren Informations- und Mitsprachemöglichkeiten gewahrt werden. Außerdem ist zu beachten, dass die erste Maßnahme das Vermögen der C beeinflussen wird und daher bei der Festlegung des Umtauschverhältnisses bei der zweiten Maßnahme zu berücksichtigen ist. Aus diesen Gründen ist es unabdingbar, auch bei annähernd gleichzeitiger Durchführung eine logische *Reihenfolge* festzulegen und einzuhalten, selbst wenn die Vorgänge gleichzeitig eingetragen werden. Bei den einzelnen Rechtsfragen können die Ergebnisse herangezogen werden, die für die Kombination von Verschmelzung und Spaltung (oben 5.2.) herausgearbeitet wurden.

(i) *Erstellung und Inhalt der Information im Vorfeld:* Für den zweiten Schritt (B auf C) ist die Vorabinformation auf Seiten der C somit wiederum so zu gestalten, dass der erste Schritt darin bereits berücksichtigt wird. In der Veröffentlichung der Einreichung gem § 7 SpaltG, § 221a AktG ist auf den Zusammenhang mit dem ersten Schritt hinzuweisen. Die Erstellung der Unterlagen für Schritt 2 obliegt den Organen der Gesellschaft C, insoweit ergeben sich keine Besonderheiten. Da sich die Information auch auf diejenigen Vermögensteile von A zu beziehen hat, die auf die C im ersten Schritt übergehen, wird die Mithilfe auch der Organe von A erforderlich sein; zuständige und verantwortliche Organe sind aber die von C. Die Unterlagen haben den vorangegangenen Schritt nach den oben herausgearbeiteten Grundsätzen einzubeziehen.⁴²⁾

Wie oben herausgearbeitet wurde, sind die einzelnen Umgründungsschritte grundsätzlich so zu behandeln, als ob sie hintereinander gestaffelt durchgeführt würden. Obwohl Informationsadressaten bezüglich des zweiten Schritts auch die Anteilshaber von A sind (siehe (ii)), richtet sich die Erstellung der Information somit nach den für C geltenden Vorschriften. Ist die C eine GmbH, ist eine Spaltungsprüfung gem § 17 Z 5 SpaltG iVm § 100 GmbHG nur auf Verlangen eines Gesellschafters durchzuführen. Allerdings kann auch jeder Anteilshaber von A, der in Folge des zweiten Schrittes eine Beteiligung an C erwerben soll, die Prüfung durchsetzen. Die (zwingende) Notwendigkeit eines Aufsichtsratsberichts richtet sich danach, ob C einen (obligatorischen) Aufsichtsrat hat.

41) S oben 5.1.

42) Siehe oben 5.2.1.

Auf Seiten der B (übertragende Gesellschaft im ersten Schritt) ist der erste Schritt ebenfalls zu berücksichtigen und der Zusammenhang der beiden Maßnahmen nachvollziehbar darzustellen. Ebenso ist in der Veröffentlichung der Einreichung auf den Zusammenhang hinzuweisen.

(ii) Zugänglichmachung der Information bei Schritt 2: Für die B als übertragende Gesellschaft ergeben sich keine weiteren Besonderheiten. Auf Seiten der C tritt diese beim zweiten Schritt als übernehmende Gesellschaft auf, ihr obliegen daher primär die Informationspflichten gem § 17 Z 5 SpaltG und § 221a AktG. Die Information ist aber nicht nur für die Anteilsinhaber der C zum Zeitpunkt der Zugänglichmachung der Information relevant (dh vor Eintragung des ersten Schritts), sondern auch für jene, die erst durch den ersten Schritt (A auf C) Anteilsinhaber der C werden, somit für alle oder einen Teil der Anteilsinhaber von A. Aus diesem Grund hat auch die A – neben der Wahrung ihrer Informationsobliegenheiten für den ersten Schritt (Spaltung zur Aufnahme auf C) – auch die Informationspflichten für den zweiten Schritt (Spaltung zur Aufnahme von B auf C) wahrzunehmen und diejenigen Unterlagen zugänglich zu machen, die auch von B zugänglich zu machen sind. Haben A und C eine unterschiedliche Rechtsformen, gelten für die Information der Anteilsinhaber von A die für A vorgesehenen Vorschriften. Diese Ausnahme von der allgemeinen Regel, dass die Umgründungen so zu behandeln sind wie bei gestaffelter Vornahme, ergibt sich daraus, dass die Anteilsinhaber von A von der Rechtsformänderung uU noch gar nichts wissen. Auch wenn die Information den Anteilsinhabern von C gem § 97 GmbHG zuzusenden ist, gelten für die Anteilsinhaber von A die aktienrechtlichen Vorschriften für die Informationsversorgung, wenn A eine AG ist.

(iii) Verzicht Schritt 2: Für einen Verzicht auf die Erstellung bzw Zugänglichmachung der Information ist wieder auch die Zustimmung der vom zweiten Schritt betroffenen Anteilsinhaber der A erforderlich. Die Vorschriften für den Verzicht richten sich nach der Rechtsform von C.

(iv) Einberufung und Beschlussfassung Schritt 2: Die Einberufung der Haupt- bzw Generalversammlung der C obliegt den Organen der Gesellschaft C, die gleichfalls betroffenen Anteilsinhaber der A sind aber durch diese Gesellschaft einzuberufen. Die Beschlussfassung über den zweiten Schritt in der Gesellschaft C hat die erste Maßnahme insoweit zu berücksichtigen, als die durch die erste Spaltung zur Aufnahme (A auf C) allenfalls hinzugekommenen Anteilsinhaber einzubeziehen sind; die Beschlussmehrheiten sind – wie bei besprochenen Kombination von Verschmelzung und Spaltung – so

zu berechnen, also ob er erste Schritt bereits eingetragen wäre.⁴³⁾

(v) Umtauschverhältnis: Ist C eine neugegründete Gesellschaft mit Barkapital, wird das (verschmelzungsrechtliche) Umtauschverhältnis für die erste Spaltung zur Aufnahme (von A auf C) relativ einfach zu ermitteln sein. Für den zweiten Vorgang (B auf C) ist bei der Ermittlung des Umtauschverhältnisses die Wertrelation zwischen dem abgespaltenen Teil von A und dem Vermögen von C einerseits und dem abgespaltenen Teil des Vermögens von B andererseits zu Grunde zu legen. Aus diesem Grund ist der verschmelzungsrechtliche Teil der Informationspflichten auszudehnen, dh die Unterlagen der zweiten Maßnahme (A auf C) haben die erste Maßnahme zu berücksichtigen; weiters ist die erste Maßnahme bei Beschlussvorbereitung und -fassung in C insoweit vorwegzunehmen, als die Gesellschafter von A einzu beziehen sind.

(vi) Eintragung: Zuerst ist die Spaltung zur Aufnahme bei A einzutragen, sofern eine Kapitalerhöhung bei C erforderlich ist, ist diese zuvor abzuwarten. Sodann kann die zweite Spaltung zur Aufnahme bei B eingetragen werden, wieder ist die Eintragung einer allenfalls notwendigen Kapitalerhöhung durch das für C zuständige Gericht abzuwarten. Ist für alle Gesellschaften dasselbe Gericht zuständig, können die Eintragungen kumuliert werden.

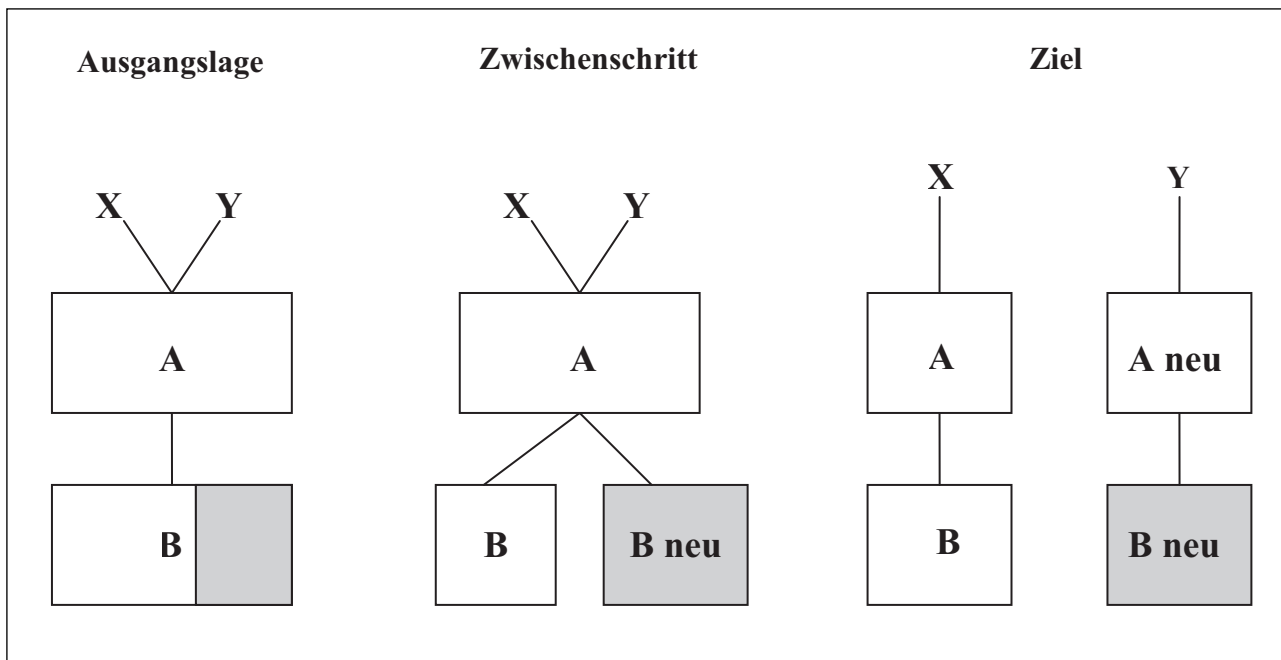
6. Entflechtung über mehrere Ebenen: Spaltung zur Neugründung mit nachfolgender Abspaltung des Anteils an der neu gegründeten Gesellschaft

Manchmal besteht das Bedürfnis nach der Abspaltung von Beteiligungen, die erst als Folge einer anderen Spaltung entstehen. Dies ist – abgesehen von möglichen steuerrechtlichen Überlegungen – dann der Fall, wenn eine gemeinsame Beteiligung an einer Gesellschaft über mehrere, durch eine Holdingskonstruktion vermittelte Beteiligungsebenen entflochten werden soll. Im unten grafisch dargestellten Beispiel sind an der Gesellschaft A die Gesellschafter X und Y beteiligt; die Gesellschaft A ist wiederum Alleingesellschafterin der B. Die Entflechtung soll in der Weise durchgeführt werden, dass ein Teil des Vermögens der Gesellschaft B dem Gesellschafter der Mutter X, der andere Teil des Gesellschaftsvermögens von B (in der Grafik als schraffierte Fläche dargestellt) dem Gesellschafter Y zugeordnet wird, dabei soll die Holdingkonstruktion beibehalten werden. Zu

43) S im Einzelnen die Überlegungen unter 5.2.

diesem Zweck wird von der Gesellschaft C ein Vermögensteil zur Neugründung auf die C neu abgespalten, der Anteil an der neuen Gesellschaft soll aber nicht von B, sondern von

der ebenfalls neu zu gründenden Holdinggesellschaft B neu gehalten werden, der Anteil soll ebenfalls durch eine Spaltung übertragen werden.



Während bei den oben besprochenen Konstellationen das Problem auftritt, dass ein Vermögensteil mehrfach übertragen wird oder zumindest ein und dieselbe Gesellschaft an mehreren Umgründungsschritten beteiligt ist, geht es in dieser Konstellation darum, dass der Anteil, der von der Gesellschaft A abgespalten werden soll, erst durch die Spaltung der Gesellschaft B entsteht: Mit der Eintragung der ersten Spaltung wird A ex lege Gesellschafterin der neu entstandenen B neu (§ 14 Abs 2 Z 3 SpaltG).⁴⁴⁾ Sollen beide Vorgänge gleichzeitig eingetragen werden, bezieht sich die Vermögensübertragung somit auf einen Vermögensgegenstand, der erst im Zeitpunkt der Eintragung entsteht. Dies steht der gleichzeitigen Eintragung jedoch nicht entgegen, solange gewährleistet ist, dass die zweite Spaltung nur dann eingetragen wird, wenn die Entstehung des übertragenen Vermögensgegenstands gewiss ist – somit wenn die Eintragung der ersten Spaltung feststeht – und der übertragene Vermögensgegenstand im Vorhinein bewertet werden kann. Wenn diesen Erfordernissen Rechnung getragen wird, können auch beide Vorgänge gleichzeitig eingetragen werden. Im Spaltungsrecht gilt zwar der Grundsatz, dass die gesetzlich vorgegebene Anteilsausgabe an die Gesellschafter der Spaltungsgesellschaft zwingend und die Umleitung auf dritte Personen nicht zulässig ist.⁴⁵⁾ Hier geht es aber nicht um eine Durchbrechung dieses Grundsatzes, weil die Anteile an B neu zwar an die Gesellschaft A als Gesellschafterin der

Spaltungsgesellschaft B ausgegeben werden, aber von dieser gleich wieder im Weg der Gesamtrechtsnachfolge weggespalten werden.

Für die Spaltung der Gesellschaft B ergeben sich keine Besonderheiten. Für die Spaltung der Zwischenholding A ist zu beachten, dass sich – anders als bei einer regulären Abspaltung einer Beteiligung – die Beteiligungsgesellschaft erst im Gründungsstadium befindet. Die vom Gesetz geforderte genaue Beschreibung und Zuordnung der Vermögensteile bereitet zwar keine Schwierigkeiten, weil sich das abgespaltene Vermögen in einem Gesellschaftsanteil erschöpft und die Zuordnung des Vermögens im Spaltungsplan der Beteiligungsgesellschaft B insofern irrelevant ist. In anderer Hinsicht ist die Vermögensaufteilung bei der Spaltung von B aber sehr wohl relevant: Der Wert der auf der Ebene A abgespaltenen Beteiligung ist sowohl für die Gründungs- und Restvermögensprüfung nach § 3 Abs 4 SpaltG als auch ggf für die Ermittlung des Umtauschverhältnisses und die Höhe der Barabfindung – sowie für die Prüfung der entsprechen-

44) S Kalss, Verschmelzung – Umwandlung – Spaltung, § 14 SpaltG Rn 9; s a die Diskussion um den Zeitpunkt des Anteilserwerbs bei der Down-Stream-Verschmelzung SZ 72/172 einerseits und VwGH ÖStZB 2001/67; ÖBA 1998 /57 andererseits; s a Wiesner, Zweifelhafte VwGH-Judikatur zur BUST bei einem Down-Stream-Merger, RWZ 2000/43.

45) Kalss, Fragen zur Spaltung im Konzern, GesRZ 1998, 142, 144 f.

den Festlegungen im Spaltungsplan – relevant. Für die Bewertung des Anteils ist die Kenntnis der Vermögenszuordnung auf der Ebene der Holdinggesellschaften notwendig. Dies führt zwar nicht zur Notwendigkeit der Berücksichtigung der Vermögensaufteilung im Spaltungsplan A, wohl aber ist beim Spaltungsbericht auf die Vermögenszuordnung in den Beteiligungsgesellschaften auf der Ebene B Bezug zu nehmen, ebenso im Prüfungsbericht nach § 5 SpaltG.

Da die Spaltung der Beteiligungsgesellschaften Grundlage für die Spaltung der Holdinggesellschaft ist, kann die Spaltung der Holdinggesellschaft *frühestens gleichzeitig* mit der Spaltung der Beteiligungsgesellschaft eingetragen werden. Die gleichzeitige Eintragung ist nur möglich, wenn die übertragende Holding- und Beteiligungsgesellschaft ihren Sitz im selben Firmenbuchgerichtssprengel haben. Ist dies nicht der Fall, muss die Eintragung der Spaltung der Beteiligungsgesellschaft abgewartet werden.

7. Spaltung und errichtende Umwandlung

Soll das Vermögen einer Kapitalgesellschaft nur teilweise in eine Personengesellschaft mit Gesamtrechtsnachfolge überführt werden, kann dieses Ergebnis durch eine Kombination einer Spaltung zur Neugründung mit einer errichtenden Umwandlung erreicht werden: Der betreffende Vermögensanteil wird zuerst zur Neugründung abgespalten und im Anschluss gem § 5 UmwG auf eine gleichzeitig neu errichtete Personengesellschaft (OHG, KG oder EEG) übertragen. Wieder ist die Frage zu untersuchen, wie Beschlussfassung und Eintragung der beiden Vorgänge zeitlich zusammengezogen werden können. Dabei ist zu unterscheiden, ob eine Spaltung zur Neugründung (sogleich 1.) oder eine Spaltung zur Aufnahme (unten 2.) mit einer errichtenden Umwandlung kombiniert werden soll.

7.1 Spaltung zur Neugründung und errichtende Umwandlung

Bei der Kombination von Spaltung zur Neugründung mit errichtender Umwandlung kann auf Grundsätze zurückgegriffen werden, die oben für die Kombination einer Spaltung zur Neugründung mit einer Spaltung zur Aufnahme herausgearbeitet wurden: Durch die Beschlussfassung über die Spaltung zur Neugründung entsteht eine Vorgesellschaft, die die nötigen Beschlussfassungen und Anmeldungen zum Firmenbuch vornehmen kann. Ein Unterschied zu der oben besprochenen Konstellation besteht darin, dass die durch die Spaltung neu errichtete Gesellschaft nie über das Stadium der Vorgesellschaft hinauskommt, vielmehr geht sie – wenn Spaltung und errichtende Umwandlung gleichzeitig eingetragen werden – zum selben Zeitpunkt ohne Abwick-

lung unter, zu dem sie voll entsteht. Die neu errichtete Gesellschaft dient somit nur als Zwischenschritt und Hilfsvehikel zur Ermöglichung der simultan vorgenommenen errichtenden Umwandlung. Das Vermögen wird zweimal übertragen, die doppelte Übertragung betrifft jeweils dieselben Vermögensteile; sachenrechtlich geht das Vermögen aber direkt auf die Personengesellschaft über. Die Zulässigkeit der doppelten Übertragung wurde bereits oben allgemein und an Hand der Kombination von Verschmelzung und Spaltung herausgearbeitet; hier ist sie umso eher zulässig, weil die sie jeweils dieselben Vermögensteile betrifft.

Zur Vereinfachung der Darstellung sollen folgende Kürzel verwendet werden: Gesellschaft A als übertragender Rechtsträger bei der Spaltung, Gesellschaft B als durch die Spaltung neu errichteter Rechtsträger, Gesellschaft C als durch die Umwandlung errichteter Rechtsträger.

7.1.1 Vorbereitung des Beschlusses über die errichtende Umwandlung im Stadium der Vorgesellschaft und davor

Die Gesellschaft B wird bereits mit der Fassung des Spaltungsbeschlusses als Vorgesellschaft errichtet.⁴⁶⁾ Diese Vorgesellschaft kann – wie oben dargestellt – eine weitere Umgründungsmaßnahme vorbereiten. Dies gilt auch für eine errichtende Umwandlung, weswegen Aufstellung des Umwandlungsplans, Information, Prüfung, Beschlussfassung und Anmeldung bereits vor der Eintragung der Spaltung (erster Schritt) im Stadium der Vorgesellschaft vorgenommen werden können. Mit den Vorbereitungen kann somit jedenfalls schon dann begonnen werden, wenn die Gesellschaft A den Spaltungsbeschluss gefasst hat.

Für eine zeitlich optimale Abwicklung ist es wieder notwendig, die Beschlussvorbereitung über die Umwandlung (zweiter Schritt) schon vor der Beschlussfassung über die Spaltung (erster Schritt) zu beginnen. Die Beschlussvorbereitung wird somit in den Zeitraum *vor* der Errichtung der Gesellschaft B als Vorgesellschaft verlagert.

(i) *Umwandlungsplan und Erstellung der sonstigen Urkunden:* Die Aufstellung des *Umwandlungsplans* obliegt dem Vorstand bzw den Geschäftsführern der Gesellschaft B.⁴⁷⁾ Da der Umwandlungsplan gemäß § 5 Abs 5 iVm § 2 Abs 3 UmwG iVm § 221a AktG mindestens ein Monat vor Beschlussfassung einzureichen und auszulegen bzw nach § 97 GmbHG zuzusenden ist, liegt seine Aufstellung zeitlich vor der Er-

46) S oben 5.1.

47) S dazu *Kalss, Verschmelzung – Umwandlung – Spaltung*, § 5 UmwG Rn 7;

richtung der Gesellschaft B als Vorgesellschaft. Wie oben herausgearbeitet wurde,⁴⁸⁾ muss für die Aufstellung des Umwandlungsplans nicht die Errichtung der aufstellenden Gesellschaft B als Vorgesellschaft abgewartet werden, obwohl B noch kein Organ hat, das den Vertrag im Entwurf aufstellen könnte. Die Aufstellung des Umwandlungsplans kann vielmehr dem Vorstand der Gesellschaft A überlassen werden, in welcher Gesellschaft sich das zukünftige Vermögen der Gesellschaft B befindet. Die vorläufige Erstellung durch eine formal nicht zuständige Einrichtung schadet nicht, wenn der zuständige Vorstand der Gesellschaft B unmittelbar vor Beschlussfassung über die Umwandlung (zweiter Schritt) – und nach der Errichtung der Gesellschaft B durch Fassung des Spaltungsbeschlusses in A (erster Schritt) und seiner Bestellung als Organ – den Umwandlungsplan übernimmt und demzufolge auch für den Inhalt verantwortlich ist. Gleiches gilt für die Erstellung der sonstigen Unterlagen (Umwandlungsbericht, Prüfungsberichte, Bilanzen). Die Berichte können bereits im Vorfeld erarbeitet und erst nach der formellen Bestellung des Organs bzw. Prüfers formell abgesegnet werden, was wiederum die Verantwortlichkeit für den Inhalt des Berichts begründet.

Allerdings ist zu beachten, dass die Unterlagen betreffend die Umwandlung nur im Entwurf zur Verfügung gestellt werden können. Sobald die betreffenden Organe der Gesellschaft B bestellt sind, haben sie die Berichte unverändert zu unterzeichnen und sind für den Inhalt voll verantwortlich.

(ii) Wahrnehmung der Informationspflichten und Einberufung der Gesellschafterversammlung: Bei der Wahrung der Informationspflichten (Einreichung, Auslegung, Zusendung der Unterlagen) und der Einberufung der Gesellschafterversammlung stellt sich wieder die gleiche Frage der Zulässigkeit der Vorverlegung ins Stadium vor Errichtung der informationspflichtigen Gesellschaft B. Wieder können die oben angestellten Überlegungen⁴⁹⁾ herangezogen werden: Die Gesellschaft B, zu deren Versammlung geladen werden soll und die auch die Informationspflichten wahrzunehmen hat, ist zwar noch gar nicht errichtet und hat auch keine Organe, die diesen Pflichten nachkommen könnten. An ihre Stelle tritt die Gesellschaft A, aus der die Gesellschaft B im Weg der Spaltung zur Neugründung (erster Schritt) hervorgeht. Der Zweck der gesetzlichen Informations- und Einberufungsvorschriften erlaubt ihre Wahrnehmung durch A, weil sich der Kreis der Anteilhaber von B ausschließlich aus Personen zusammensetzt, die – vor Eintragung der Spaltung (erster Schritt) – Anteilhaber von A sind. Dem Zweck der zeitgerechten Vorabinformation und Gewährleistung der

Mitspracherechte der Gesellschafter kann nur auf diese Weise Rechnung getragen werden, und zwar im Zusammenhang mit und unter Hinweis auf die erste Umgründungsmaßnahme (Spaltung), über die die Anteilhaber von A ohnehin zu informieren sind. Die Anteilhaber können sich die Information nur von der Gesellschaft erwarten, an der sie im Augenblick beteiligt sind. Die Wahrnehmung der Informationspflichten durch A führt somit zu keiner Einbuße an Transparenz, vielmehr ersparen sich die Anteilseigner die Informationsversorgung bei mehreren Gesellschaften.

Einberufung und Vorabinformationen sind auch betreffend die Umwandlung nach den für die Gesellschaft A geltenden Vorschriften vorzunehmen, auch wenn für B eine andere Rechtsform vorgesehen ist. Ist A eine Aktiengesellschaft, geltend die aktienrechtlichen Vorschriften (Einreichung und Auslegung der Unterlagen nach § 221a AktG ein Monat vor Beschlussfassung, Einberufung durch Veröffentlichung in den Bekanntmachungsblättern gem §§ 105 ff AktG), ist A eine GmbH, die GmbH-rechtlichen Vorschriften (Zusendung der Unterlagen zwei Wochen vor Beschlussfassung, Einberufung grundsätzlich durch eingeschriebenen Brief gem § 38 GmbHG).

Insgesamt ist es somit möglich, die Vorbereitung der Beschlussfassung sowohl für den ersten Schritt (Spaltung zur Neugründung) als auch für den zweiten Schritt (errichtende Umwandlung) zeitlich parallel zu gestalten.

(iii) Verzicht auf Beschlussvorbereitung und Einhaltung der Einberufungsvorschriften: Bei der errichtenden Umwandlung kann auf die Erstellung der Information weitgehend (nämlich mit Ausnahme der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft und des Aufsichtsratsberichts bei der AG und der GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat) und auf die Zugänglichkeit der Information durch Auslegung und Zusendung innerhalb der Fristen gem §§ 221a AktG, 97 GmbHG gem § 232 Abs 2 AktG verzichtet werden.⁵⁰⁾ Auch die Beachtung der Einberufungsvorschriften ist verzichtbar, wenn alle Anteilhaber erscheinen und mit der Abhaltung der Versammlung einverstanden sind.

(iv) Bilanzen: Folgende Bilanzen sind erforderlich: Schlussbilanz und Spaltbilanz der übertragenden Gesellschaft A, Er-

48) S oben 5. zur Kombination von Verschmelzung und Spaltung und zur Kombination von Spaltung zur Neugründung und Spaltung zur Aufnahme.

49) S zur Kombination von Spaltung zur Neugründung und Spaltung zur Aufnahme oben 5.

50) Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 2 Rn 32.

öffnungsbilanz der B (erste Spaltung), Schlussbilanz der B (errichtende Umwandlung), allenfalls – wenn die übernehmende Personengesellschaft Vollkaufmannseigenschaft hat – eine Eröffnungsbilanz der Gesellschaft C. Wie bei den anderen Kombinationen von Verschmelzung und Spaltung können die Stichtage theoretisch auseinanderfallen; hierfür wird aber im vorliegenden Fall kaum ein Bedürfnis bestehen, da von den beteiligten Gesellschaften nur A schon vor der Umgründung besteht. Ferner sind die Jahresabschlüsse und Lageberichte der letzten drei Geschäftsjahre von A und unter der Voraussetzung gem § 7 Abs 2 Z 4 eine Zwischenbilanz auszulegen (erste Spaltung). Da B erst durch die Spaltung entsteht, ist auch die Zurverfügungstellung von Jahresabschlüssen oder einer Zwischenbilanz nicht möglich.

7.1.2 Beschlussfassung, Anmeldung und Eintragung

Bei der Beschlussfassung ist – analog zur bereits behandelten Kombination von Spaltung zur Neugründung und Spaltung zur Aufnahme – folgender Ablauf einzuhalten:⁵¹⁾ Fassung des Spaltungsbeschlusses durch A, Bestellung der Organe von A durch B, Bestellung des Umwandlungsprüfers durch den Aufsichtsrat von B oder (wenn kein Aufsichtsrat besteht) durch das Gericht, Unterzeichnung der Unterlagen über die errichtende Umwandlung, Fassung des Umwandlungsbeschlusses durch die Gesellschafter von B.

Sodann können beide Umgründungsakte angemeldet werden, die Spaltung zur Neugründung am Sitz der übertragenden Gesellschaft, die errichtende Umwandlung bei dem für B zuständigen Firmenbuchgericht. Nach dem oben herausgearbeiteten Grundsatz ist die gleichzeitige Eintragung nicht möglich, weil B nicht am selben Tag neu eingetragen (Spaltung zur Neugründung) und gelöscht (errichtende Umwandlung) werden kann. Trotzdem wird es die Abwicklung vereinfachen, wenn A und B ihren Sitz im selben Firmenbuchsprenkel haben. In der Satzung von B kann jedoch der gleiche Sitz wie bei A gewählt werden, was das Zuständigkeitsproblem löst. Den Anforderungen des § 5 AktG bzw des zukünftigen⁵²⁾ § 5 GmbHG braucht nicht Rechnung getragen zu werden, da B ohnehin nur als Zwischenrechtsträger fungiert und bei gleichzeitiger Eintragung sofort wieder erlischt. Im Umwandlungsbeschluss ist dann gem § 5 Abs 3 UmwG der „richtige“ Sitz festzulegen;⁵³⁾ liegt dieser in einem anderen Sprengel, hat das Firmenbuchgericht nach Eintragung der errichtenden Umwandlung nach § 3 Abs 2 UmwG zweiter Satz vorzugehen.

Mit der Eintragung der Spaltung und Umwandlung treten dann auch die sachenrechtlichen und sonstigen Rechtsfol-

gen ein. Das abgespaltene Vermögen von A geht zuerst auf B, dann auf die Personengesellschaft über. Die Anteilsinhaber von A werden nach Maßgabe des Spaltungsplans und des Umwandlungsbeschlusses Gesellschafter der Personengesellschaft. Bei einer nicht verhältnismäßigen oder rechtsformübergreifenden Spaltung haben widersprechende Minderheitsgesellschafter ein doppeltes Austrittsrecht, nämlich nach dem SpaltG und nach dem UmwG. Beide haben einen unterschiedlichen Inhalt; während die Minderheit nach dem SpaltG aus A und B austreten kann, richtet sich das Austrittsrecht anlässlich der Umwandlung nur auf die Beteiligung an B. Der Barabfindungsanspruch nach § 9 SpaltG richtet sich entweder gegen A, gegen C als Rechtsnachfolgerin der B oder gegen den im Spaltungsplan namhaft gemachten Dritten; jedenfalls haften A und C als Gesamtschuldner (§ 9 Abs 1 letzter Satz SpaltG). Der Barabfindungsanspruch nach dem UmwG richtet sich gegen den übernehmenden Rechtsträger; eine Haftung der Gesellschaft A besteht nicht.

7.1.3 Spaltung zur Aufnahme und errichtende Umwandlung

Denkbar ist auch die Kombination von Spaltung zur Aufnahme mit einer errichtenden Umwandlung: A spaltet Vermögen auf die bereits bestehende Gesellschaft B, die in der Folge im Weg einer errichtenden Umwandlung in eine Personengesellschaft C überführt wird. Diese Kombination folgt etwas anderen Regeln, sie ähnelt der Verschmelzung mit nachfolgender Spaltung, weil der umzuwandelnde Rechtsträger B schon vor der Spaltung besteht. Die Abfolge der Schritte ist hier nicht mehr im Detail darzustellen, sondern nur die wesentlichsten Besonderheiten hervorzuheben. Die Umwandlung (zweiter Schritt) kann von B vorbereitet werden. Der vorhergehend-parallelen Spaltung zur Aufnahme ist folgendermaßen Rechnung zu tragen: (i) Im Regelfall erwerben Anteilsinhaber von A durch die Spaltung zur Aufnahme Anteilsrechte an B, sie sind daher auch von der errichtenden Umwandlung betroffen. Aus diesem Grund sind die umwandlungsrechtlichen Informationspflichten nicht nur durch B, sondern auch durch A zu wahren.⁵⁴⁾ (ii) Bei der Beschlussfassung über die errichtende Umwandlung (zweiter Schritt) ist die Änderung im Gesellschafterkreis der Gesellschaft B durch die Spaltung zur Aufnahme (erster

51) S im Detail oben 5.

52) Mit der geplanten HGB-Reform soll § 5 GmbHG, der derzeit innerhalb Österreichs eine freie Sitzwahl zulässt, an § 5 AktG angeglichen werden.

53) S zur notwendigen Verknüpfung von Sitz und Geschäftstätigkeit bei Personengesellschaften OGH SZ 71/23; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 106 Rn 19; *U Torggler* in *Straube*, HGB I² § 106 Rn 18.

54) S zur Verschmelzung mit Spaltung oben 5.2.

Schritt) Rechnung zu tragen (entsprechende Anwendung der Vorgesellschaftsregeln), dh die neu hinzukommen Anteilhaber nehmen an der Beschlussfassung über die errichtende Umwandlung teil; das Mehrheitserfordernis nach § 5 Abs 2 Satz 1 UmwG ist ebenso wie das Zustimmungserfordernis nach § 5 Abs 2 Satz 2 nach dem neuen Gesellschafterkreis und unter Berücksichtigung einer allenfalls vorzunehmenden Kapitalerhöhung bei B zu berechnen.⁵⁵⁾ (iii) Bewirkt die Spaltung zur Aufnahme keine Änderung im Gesellschafterkreis der B, brauchen die soeben genannten Besonderheiten nicht eingehalten zu werden; eine Information durch A ist somit ebenso wenig notwendig wie eine gemeinsame Beschlussfassung.⁵⁶⁾ (iv) Eine gleichzeitige Eintragung ist hier möglich, allerdings nur bei Zuständigkeit desselben Firmenbuchgerichts. Folgende Eintragungen sind nötig: Zuerst Kapitalerhöhung bei B beim für B zuständigen Gericht, dann Eintragung der Spaltung zur Aufnahme beim für A zuständigen Gericht, anschließend Eintragung der errichtenden Umwandlung beim für A zuständigen Gericht.

8. Verschmelzung einer Aktiengesellschaft auf eine GmbH – vorherige Umwandlung der AG in eine GmbH

Die rechtsformübergreifende Verschmelzung von Aktiengesellschaften auf GmbHs ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht vorgesehen. Soll dennoch eine bestehende AG mit einer GmbH verschmolzen werden, bieten sich – wenn die AG die übertragende Gesellschaft sein soll – mehrere Wege an: Zum einen kann das Vermögen der AG im Weg der verschmelzenden Umwandlung gem § 2 UmwG auf die GmbH übertragen werden. Dies setzt jedoch voraus, dass die GmbH bereits mindestens 90 % der Anteile der Aktiengesellschaft besitzt. Eine vorherige Einbringung der Aktien in die GmbH löst möglicherweise nachteilige steuerrechtliche Konsequenzen aus. In Betracht kommt weiters eine Spaltung zur Aufnahme, bei der allerdings ein Rest bei der übertragenden Gesellschaft zurückgelassen werden muss, über dies wird diese Gestaltung oft dazu führen, dass das Nennkapital der übertragenden Gesellschaft herabgesetzt werden muss und daher vor der Eintragung ein Aufgebotsverfahren notwendig ist (§ 17 Z 3 SpaltG).

Aus dem Grund wird möglicherweise die Alternative der vorherigen Umwandlung der übertragenden Gesellschaft (AG in GmbH, §§ 239 ff AktG) bevorzugt, wobei sich die Frage der Zulässigkeit der *simultanen* Beschlussfassung über und Eintragung der Umwandlung und Verschmelzung stellt. Das Bedürfnis nach gleichzeitiger Durchführung der beiden Schritte ist umso eher anzuerkennen, als sich kein sachlicher Grund dafür erkennen lässt, dass die rechtsformübergrei-

fende Verschmelzung nur in der einen Richtung (GmbH auf GmbH) vorgesehen ist, die andere Richtung dagegen nicht.⁵⁷⁾ Im Ergebnis handelt es sich bei der Kombination von Umwandlung und Verschmelzung nur um eine Anwendung des in anderen Umgründungstypen bereits zugelassenen gleichzeitigen Rechtsformwechsels von AG in GmbH (§ 2 UmwG, § 11 SpaltG), bei denen sich die Sachprobleme vollkommen analog stellen. Diese Bestimmungen weisen zugleich den Weg, wie die Kombination zu behandeln ist.

Die Kombination von Umwandlung und Verschmelzung ist weit weniger problembehaftet als die zuvor besprochenen Kombinationen von Verschmelzung und Spaltung oder mehrerer Spaltungsvorgänge, weil nur eine Vermögensübertragung vorgenommen wird, die mit einem Rechtsformwechsel gekoppelt ist. Die Zusammenziehung ist umso eher zulässig, als sowohl im Umwandlungsrecht als auch im Spaltungsrecht eine rechtsformübergreifende Vermögensübertragung zulässig ist; die Kombination von formwechselnder Umwandlung und Verschmelzung ist nur die konsequente Fortführung der bei den übrigen Umgründungstypen angelegten Regelungen.⁵⁸⁾ Das Hauptaugenmerk ist auf die Ausfüllung der im Gesetz enthaltenen Regelungslücke betreffend das Austrittsrecht der Gesellschafter der umzuwandelnden Gesellschaft zu legen.

Ganz allgemein ist den Gesellschaftern beim Wechsel einer Gesellschaftsform in die andere (GmbH-AG oder umgekehrt)⁵⁹⁾ ein Austrittsrecht zu gewähren,⁶⁰⁾ das mit der Anwendung des das Austrittsrecht begleitenden Minderheitschutzinstrumentariums des SpaltG⁶¹⁾ einhergeht: Der Vorstand der umzuwandelnden Gesellschaft hat einen Umwandlungsplan (§ 2 SpaltG und § 2 Abs 3 UmwG analog) zu erstellen, in der die Bedingungen der Barabfindung darzulegen sind. Der Inhalt des Umwandlungsplans ist gegenüber dem des Spaltungsplans weniger umfassend, weil nur das

55) S zur Verschmelzung mit Spaltung oben 5.2.

56) S zur Verschmelzung mit Spaltung oben 5.2.

57) Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 234 AktG Rn 1.

58) Krit dazu und die Zulässigkeit der Verschmelzung einer AG auf eine GmbH befürwortend Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 234 AktG Rn 2.

59) Wegen der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine SE gibt es dagegen kein Austrittsrecht, ein solches besteht vielmehr erst beim Grenzüberschritt für die davon betroffenen Gesellschafter.

60) S dazu Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 234 Rn 14 ff, § 11 SpaltG Rn 3; Kalss, Anlegerinteressen 496 f; Kalss, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, WBI 2001, 370, 373; Koppensteiner, GmbHG² Anh 101 Rn 7, 19; Rüffler, Lücken im Umgründungsrecht 346 ff; Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, § 244 AktG Rn 19 ff; aA Szep in Jabornegg/Strasser, § 234 Rn 8, § 244 Rn 2.

61) S Rüffler, Lücken im Umgründungsrecht 349 f; Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, § 244 AktG Rn 19 ff.

Austrittsrecht, aber nicht die sonstigen bei der Spaltung erforderlichen Punkte (Übertragung des Vermögens, Umtauschverhältnis, Kapitalherabsetzung, Anteilsgewährung, Vermögenszuordnung) zu regeln ist.⁶²⁾ Der Vorstand hat einen Umwandlungsbericht (§ 4 SpaltG analog) zu erstatten, die Umwandlung ist durch einen externen Prüfer (§ 5 SpaltG analog) und vom Aufsichtsrat zu prüfen; die Einreichung, Veröffentlichung, Auslegung und Zusendung gem § 7 Abs 1 SpaltG sind ebenso erforderlich. Die genannten Schritte sind allerdings – anders als nach dem SpaltG – dann *verzichtbar*, wenn keine der Spaltung vergleichbar intensive Notwendigkeit des Gläubigerschutzes besteht. Dies ist dann der Fall, wenn alle Anteilshaber vorweg auf ihr Austrittsrecht verzichten oder die Barabfindung von einem Dritten angeboten wird (§ 2 Z 13 SpaltG analog) und die Gesellschaft daher mit keinem Liquiditätsabfluss zu rechnen hat. In diesem Fall erfasst die Analogie zu § 7 SpaltG nicht auch den zwingenden Charakter dieser Bestimmung, ebenso wenig bestehen die Rechte der Gläubiger nach § 15 Abs 2 SpaltG analog, weil die Notwendigkeit des intensivierten Gläubigerschutzes wegfällt (s § 232 Abs 2 AktG). Die übrigen Gläubigerrechte nach § 15 Abs 1, Abs 3 und 16 SpaltG können ohnehin nicht auf die formwechselnde Umwandlung übertragen werden. Anders als nach Verschmelzungs- und Spaltungsrecht ist auch die Prüfung durch den Aufsichtsrat verzichtbar, weil die zwingende Aufsichtsratsprüfung bei Verschmelzung und Spaltung wegen der Sicherung der Mitsprache der Arbeitnehmer vorgesehen ist, wogegen der Wechsel der Rechtsform keine zwingende Mitsprache der Arbeitnehmer auslöst, obwohl die Arbeitnehmer ihre Mitsprachemöglichkeit gerade durch eine formwechselnde Umwandlung verlieren können. Bei der analogen Anwendung auf die formwechselnde Umwandlung geht es allein um die Sicherung der Rechte der Anteilshaber, weshalb auf die Prüfung auch – wie allgemein bei der GmbH mit freiwilligem Aufsichtsrat – verzichtet werden kann.

Alle genannten Schritte können ohne Schwierigkeiten mit der Verschmelzung verbunden werden. Die Beschlussfassung über die Umwandlung hat der Beschlussfassung über die Verschmelzung voranzugehen. Wie bei den oben behandelten Gestaltungen könnte auf den ersten Blick daran gedacht werden, auch die Kombination von Umwandlung und Spaltung so zu behandeln, als ob die beiden Maßnahmen hintereinander beschlossen und eingetragen würden, was dazu führen würde, dass die Verschmelzung als reine GmbH-Verschmelzung zu behandeln wäre und die aktienrechtlichen Vorschriften nur über § 96 Abs 2 GmbHG zur Anwendung kommen. Bei der rechtsformübergreifenden Verschmelzung in der anderen Richtung (GmbH auf AG)

geht das Gesetz jedoch einen anderen Weg: Für jede Gesellschaft gelten die für die jeweilige Rechtsform vorgesehenen Vorschriften (§ 234 Abs 2 und 3 AktG),⁶³⁾ das gleiche gilt für die rechtsformübergreifende verschmelzende Umwandlung⁶⁴⁾ und die rechtsformübergreifende Spaltung zur Aufnahme, die jeweils eine Übertragung des AG-Vermögens auf⁶⁵⁾ eine GmbH zulassen. Die Kombination von Umwandlung und Verschmelzung ist nichts anderes als die gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehene rechtsformübergreifende Verschmelzung in die andere Richtung; aus diesem Grund ist es nahe liegender, auf die übertragende Gesellschaft eben noch die aktienrechtlichen Vorschriften anzuwenden. Auch sonst ist die Konstellation zu behandeln wie die rechtsformübergreifende Verschmelzung einer GmbH auf eine AG, weil bei den Rechtsfragen des Zusammengreifens der aktien- und GmbH-rechtlichen Verschmelzungs Vorschriften nicht danach zu differenzieren ist, in welcher Richtung das Vermögen übertragen wird und welche Rechtsform nach der Verschmelzung überbleibt.

Bei den bisher behandelten Kombinationsmöglichkeiten war Voraussetzung der gleichzeitigen Eintragung, dass dasselbe Gericht für die Eintragung zuständig ist. Dies ist bei der Kombination der formwechselnden Umwandlung der Fall, wenn die umzuwandelnde und die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz im selben Firmenbuchsprengel haben. Fallen die Gerichtszuständigkeiten auseinander, wurde oben⁶⁶⁾ allgemein das Erfordernis der hintereinander geschalteten Eintragung angenommen, weil die gesetzliche Regelung der Eintragung durch das andere Gericht fehlt und sonst nicht klar wäre, welches Gericht zuständig ist. In Fortführung dieses Grundsatzes wäre bei der Kombination von Umwandlung und Verschmelzung anzunehmen, dass bei auseinander fallenden Sprengeln zuerst die Eintragung der Umwandlung am Sitz der übertragenden Gesellschaft abzuwarten wäre, erst dann könnte das Gericht am Sitz der übernehmenden Gesellschaft – nach Übersendung der Urkunden gem § 225 Abs 3 AktG – die Eintragung der Verschmelzung vornehmen. Im Fall der Kombination von Umwandlung und Verschmelzung empfiehlt es sich aber, die gleichzeitige Eintragung auch bei auseinander fallenden Sprengeln zuzulassen, indem das Gericht der übernehmen-

62) Vgl zum Umwandlungsplan nach § 2 UmwG *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 2 UmwG Rn 10.

63) *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 234 AktG Rn 4.

64) Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 2 UmwG Rn 25.

65) S *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 96 GmbHG Rn 16. *Koppensteiner*, § 96 GmbHG Rn 19.

66) S den ersten Teil des Beitrags *GeS* 2005, # .

den Gesellschaft auch für die Eintragung der Umwandlung zuständig ist. § 234 AktG enthält nämlich für den umgekehrten Weg der rechtsformübergreifenden Verschmelzung einer GmbH auf eine AG eine Zuständigkeitsnorm, die für die Kombination von Umwandlung und Spaltung in der anderen Richtung (AG auf GmbH) analogiefähig ist. Das Firmenbuchgericht der umzuwandelnden und gleichzeitig übertragenden Gesellschaft verliert seine Zuständigkeit ohnehin mit der Verschmelzung. Somit braucht es als „letzten Akt“ nicht auch noch die Umwandlung eintragen, sondern kann den Firmenbuchakt schon vorher dem Gericht der übernehmenden Gesellschaft übermittelt und diesem auch die Entscheidung über die Umwandlung überlassen. Maßgebliche Grundlage für diese Vorgangsweise bildet die analoge Anwendung des § 234 AktG. Voraussetzung für diese Vorgangsweise ist, dass der Vorstand der umzuwandelnden Gesellschaft die Umwandlung zusammen mit der Verschmelzung anmeldet, das Gericht kann dann gleich nach § 225 Abs 3 AktG vorgehen, die Beendigung seiner Zuständigkeit aussprechen und die Urkunden dem anderen Gericht übersenden.

Durch die gleichzeitige Verschmelzung ist – vom Austrittsrecht abgesehen – der Anwendungsbereich der umwandlungsrechtlichen Vorschriften stark reduziert: Die Vorlage einer Gesellschafterliste nach § 240 Abs 1 AktG ist nicht erforderlich, sondern wird durch die im Rahmen der Verschmelzung vorzulegende Gesellschafterliste substituiert. Die Umwandlungsbilanz ist zugleich die verschmelzungsrechtliche Schlussbilanz (s § 240 Abs 2 AktG, der auf § 220 Abs 3 AktG verweist).

9. Kapitalherabsetzung und Verschmelzung

Mit der Entscheidung vom 11. November 1999⁶⁷⁾ hat der OGH den Rechtssatz aufgestellt, dass bei einer Verschmelzung mit kapitalherabsetzendem Effekt – dh bei einer Verschmelzung einer Gesellschaft mit höherem gebundenem Kapital auf eine Gesellschaft mit niedrigerem gebundenem Kapital – zuvor das Kapital der übertragenden Gesellschaft im Weg einer ordentlichen Kapitalherabsetzung herabgesetzt werden müsse, wenn nicht alternative Wege zur Sicherung der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft gefunden werden.⁶⁸⁾ Der OGH nennt die Bilanzierung der übernommenen Aktiven als gebundene Rücklagen oder den Nachweis, dass sämtliche Gläubiger bereits befriedigt oder sichergestellt sind. Im Anlassfall handelte es sich um eine Verschmelzung einer Mutter- auf eine Tochtergesellschaft (*down-stream-merger*), doch geht aus den Ausführungen des OGH nicht hervor, dass er das Erfordernis der Kapitalherabsetzung auf diese Konstellation beschränkt wissen will.

Ein Weg des praktischen Umgangs mit den Vorgaben des OGH ist eine im Zug der Verschmelzung vorgenommene Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden Gesellschaft – (mindestens) im Ausmaß der Differenz zwischen gebundenem Kapital der übertragenden und gebundenem Kapital der übernehmenden Gesellschaft – das nachträglich, dh nach Durchführung der Verschmelzung, wieder herabgesetzt werden kann. Dieser Weg ist jedoch nur gangbar, wenn das übertragende Nettoaktivvermögen den Nennwert der neu ausgegebenen Anteile erreicht. Zudem löst die Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft Gesellschaftssteuer gem § 2 Z 1 KVG aus, was durch eine Herabsetzung des Nennkapitals der übertragenden Gesellschaft vor der Verschmelzung vermieden werden kann.

Soll somit das Kapital der übernehmenden Gesellschaft nicht erhöht werden, stellt sich die Frage, ob die notwendige Kapitalherabsetzung auch *simultan* mit der Verschmelzung vorgenommen werden kann. Die Frage ist für die GmbH und die Aktiengesellschaft gesondert zu beurteilen.

Bei der Aktiengesellschaft ist der Gläubigerschutz – die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger – bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung der Eintragung der Kapitalherabsetzung nachgeschaltet (§§ 177, 178 AktG). Zahlungen an die Aktionäre dürfen erst nach Ablauf von 6 Monaten seit der Bekanntmachung der Kapitalherabsetzung und nach Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger, die sich rechtzeitig gemeldet haben, geleistet werden. Daher ist es bei einer Verschmelzung von Aktiengesellschaften unproblematisch, die Kapitalherabsetzung simultan mit der Verschmelzung zu beschließen und das Aufgebotsverfahren erst nach der Eintragung der Verschmelzung durchzuführen. Wie bei der gewöhnlichen Kapitalherabsetzung darf das freigewordene Kapital erst dann an die Aktionäre ausgeschüttet werden, wenn die Voraussetzungen des § 178 Abs 2 AktG erfüllt sind.

Ein mögliches Gegenargument ergibt sich aus § 17 Z 3 SpaltG. Bei einer Spaltung zur Aufnahme oder bei einer Abspaltung zur Aufnahme, bei der das Nennkapital der übertragenden Gesellschaft herabgesetzt wird, darf die Spaltung erst eingetragen werden, *nachdem* die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung eingehalten worden sind. Die Spaltung zur Aufnahme mit Herabsetzung des Kapitals der übertragenden Gesellschaft erfordert somit auch bei Aktiengesellschaft die Durchführung des Aufgebotsverfahrens bereits

67) OGH 11.11.1999 SZ 72/172.

68) OGH 11.11.1999 SZ 72/172.

vor der Eintragung der Spaltung.⁶⁹⁾ Aus dieser Regelung ist jedoch für die Verschmelzung nichts zu gewinnen, weil sich die beiden Vorgänge maßgeblich unterscheiden: Bei der Spaltung fließt das Vermögen schon bei der Eintragung der Spaltung ab, während bei der Verschmelzung den Gläubiger der übertragenden Gesellschaft – sofern die übernehmende Gesellschaft einen positiven Verkehrswert hat, was nach der OGH-Rspr über die Erhaltung des Nennkapitals hinaus erforderlich ist – durch den Verschmelzungsvorgang an sich keine Vermögenswerte entzogen werden. Die Gläubigergefährdung stellt sich vielmehr erst ein, wenn das frei gewordene Kapital bei der übernehmenden Gesellschaft zur Ausschüttung verwendet oder – als weiteren möglichen Fall – die Aktionäre von ihren Leistungspflichten befreit werden (§ 178 Abs 2 AktG). Die Ausschüttung ist aber gem § 178 AktG ohnehin erst nach Durchführung des Aufgebotsverfahrens zulässig, ebenso wirkt die Befreiung von den Leistungspflichten erst nach diesem Zeitpunkt. Aus Sicht der Kapitalherhaltung besteht somit kein Unterschied zur regulären Kapitalherabsetzung, weshalb die simultane Eintragung von Kapitalherabsetzung und Verschmelzung zulässig ist. Der zusätzliche Gläubigerschutz gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 226 AktG ergibt sich daraus, dass das Recht zur Befriedigung oder Sicherstellung nicht von einer Glaubhaftmachung der Gefährdung der Befriedigungsmöglichkeit abhängt.⁷⁰⁾

Gegen das eben gewonnene Ergebnis spricht auch nicht, dass das Konzept des vorgelagerten Gläubigerschutzes Eingang in die Regelung des Gläubigerschutzes bei Gründung durch Verschmelzung und Sitzverlegung einer SE fand (§ 14 Abs 2, § 23, § 24 Abs 1 Z 9 SEG): Bei den genannten Maßnahmen ist die *Grenzüberschreitung* der maßgebliche Grund für den verstärkten Gläubigerschutz.⁷¹⁾

ZUSAMMENFASSUNG

(1) Gegenstand der vorstehenden Überlegungen war die zeitliche Zusammenziehung mehrerer miteinander verknüpfter Umgründungen. Beleuchtet werden Kombinationen, bei denen ein Umgründungsschritt dem anderen logisch vorgelagert ist, weil durch den ersten Schritt in die Struktur eines am zweiten Schritt beteiligter Rechtsträgers eingegriffen wird oder dieser überhaupt erst durch den ersten Schritt entsteht.

(2) Bei derartigen Konstellationen ist es grundsätzlich nicht unbedingt notwendig, die Eintragung des ersten Schritts abzuwarten, bevor mit der Beschlussvorbereitung für den zweiten

GmbH: Im Unterschied zum AktG sieht das GmbHG bei Kapitalherabsetzungen eine *zweimalige* Registeranmeldung vor. Die Aufgebotsfrist beträgt zwar nur 3 Monate, die Kapitalherabsetzung wird aber erst nach Durchführung des Aufgebotsverfahrens und nach der zweiten Eintragung wirksam. Damit soll eine bessere Information der Gläubiger erreicht, die gerichtliche Überprüfung der ordnungsmäßigen Durchführung des Aufgebotsverfahrens ermöglicht und sollen „undurchführbare“ Kapitalherabsetzungen vermieden werden.⁷²⁾

Vor diesem Hintergrund vertritt der OGH die Auffassung, dass bei Verschmelzungen, bei denen eine GmbH als übertragende Gesellschaft beteiligt ist, die Kapitalherabsetzung bereits vor der Eintragung durchzuführen ist, dh die Verschmelzung darf erst nach Ablauf der Sperrfrist und dem Nachweis der Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger eingetragen werden.⁷³⁾ Die Notwendigkeit des verstärkten Gläubigerschutzes gerade bei der Verschmelzung von GmbHs ist zwar fraglich,⁷⁴⁾ angesichts der unterschiedlichen Regelung der ordentlichen Kapitalherabsetzung in GmbHG und AktG de lege lata hinzunehmen, es sei denn man vertritt eine kühne Analogie zum Aktienrecht.

69) S nur Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 17 Rn 13.
70) Koppensteiner, Verschmelzung und Vermögensbindung, WBI 1999, 333, 337.

71) Kalss/Greda, GesRZ 2004, 91, 93 f; Kalss, Gründung und Sitzverlegung der SE, GesRZ-Sonderheft 2004, 32.

72) Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004 in Druck); EB zum GmbHG ebd bei § 55.

73) OGH 11.11.1999 SZ 72/172.

74) Koppensteiner, Verschmelzung und Vermögensbindung, WBI 1999, 333, 337.



Schritt überhaupt erst begonnen werden kann. Vielmehr können Beschlussvorbereitung, Beschlussfassung und Eintragung unter bestimmten Voraussetzungen auch gleichzeitig vollzogen werden: (i) Die gesetzlich geschützten Interessen dürfen durch die gleichzeitige Durchführung mehrerer Maßnahmen nicht stärker beeinträchtigt werden als bei einer zeitlich gestaffelten Vornahme; (ii) die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Umgründung – zB Einhaltung von Informationsfristen, Vorlage von Unterlagen, Zustimmungsrechte, Anmeldungen – bleiben gleich, sind jedoch der besonderen Situation anzupassen; (iii) die Rechtsfolgen – etwa Überprüfung der Umtauschverhält-

nisse, Anfechtbarkeit der Beschlüsse, Vermögensübertragung, Haftung, Ansprüche der Gläubiger nach müssen unberührt bleiben; (iv) die geplanten Umgründungen und ihre Auswirkungen sind auch als Gesamtpaket klar und für Anteilshaber, Gläubiger und Verkehr nachvollziehbar darzustellen.

(3) Wenn eine am zweiten Schritt beteiligte Gesellschaft durch den ersten Schritt erst geschaffen wird, obliegt die *Beschlussvorbereitung* – Erstellung und Zugänglichmachung der Informationsunterlagen, Einberufung der Gesellschafterversammlung – demjenigen Rechtsträger, aus dem die am zweiten Schritt beteiligte Gesellschaft hervorgehen soll. Ist der erste Schritt beispielsweise eine Spaltung zur Neugründung, obliegen die Informationspflichten für den zweiten Schritt der übertragenden Gesellschaft.

(4) Bei der *Beschlussfassung* über den zweiten Schritt ist die durch den ersten Schritt bewirkte Strukturänderung – vor allem die Änderungen im Gesellschafterkreis, aber auch zB im Nennkapital und damit in der Berechnung der Beschlussmehrheiten – vorwegzunehmen. Wird die betreffende Gesellschaft durch

den ersten Schritt neu gegründet, kann sie als *Vorgesellschaft* über die zweite Maßnahme Beschluss fassen.

(5) Eine gleichzeitige Eintragung ist nur möglich, wenn für alle Maßnahmen dasselbe Gericht zuständig ist. Ansonsten ist die jeweils vorgelagerte Eintragung abzuwarten.

(6) Ist in dem Gesamtvorgang eine Spaltung eingebaut, sind die spaltungsrechtlichen Informationspflichten durch alle Rechtsträger wahrzunehmen, die zwar nicht direkt an der Spaltung beteiligt, deren Vermögen aber von der Spaltung betroffen ist, dh die spaltungsrechtliche Information ist zwingend einzureichen, die Einreichung ist zu veröffentlichen und die Unterlagen sind aufzulegen. Diese Pflicht bezieht sich nicht nur auf die spaltungsrechtliche Information, sondern auch auf die auf den vorhergehenden Schritt bezogenen Unterlagen.

(7) In der Veröffentlichung der Einreichung gem § 221a AktG, § 7 SpaltG ist ein Hinweis auf den Zusammenhang mit den anderen Maßnahmen aufzunehmen.