

# DIE KOMBINATION MEHRERER UMGRÜNDUNGSSCHRITTE (TEIL I)

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

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

## 1. Einleitung

Die Vorschriften über Verschmelzung, Spaltung und Umwandlung von Kapitalgesellschaften behandeln die Kombination mehrerer Umgründungsschritte, dh die gleichzeitige Beschlussfassung und vor allem Eintragung mehrerer Umgründungsmaßnahmen nur punktuell. Abseits von den gesetzlich geregelten Kombinationsfällen steht die Rechtsanwendung vor der Frage, ob bei Durchführung mehrerer „nacheinander“ folgender Umgründungsakte die Eintragung des einen Schritts abgewartet werden muss, bis mit dem nächsten überhaupt begonnen werden kann. Die Frage ist deshalb von großer Bedeutung, weil in der Praxis vielfach mehrere Umgründungsschritte in einem geplant werden

und nach Einschätzung erfahrener Beobachter der Firmenbuchpraxis beinahe die Hälfte aller Umgründungen ausmachen. Die lange Dauer einer mehrfach wiederholten Informations- Prüfungs- und Beschlussfassungsverfahren kann nicht nur für die Wahrung von Fristen (Offenlegung, Anmeldung, Bilanzen) ein Problem werden, sie ist auch eine Belastung für die gesellschaftliche Organisation und oft ein beträchtlicher Kostenfaktor. Der Gesetzgeber gibt mit einigen gesetzlich geregelten Kombinationsmöglichkeiten, vor allem mit der Spaltung zur Aufnahme, zu erkennen, dass er das Bedürfnis nach schneller – zusammengefasster – Abwicklung mehrstufiger Umgründungsvorgänge anerkennt und Abkürzungsinstrumente bereitstellen will, ohne die Wahrung der gesetzlich geschützten Interessen zu beeinträchtigen. Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob auch über die im Gesetz ausdrücklich anerkannten und geregelten Kombinationsmöglichkeiten hinaus mehrere Umgründungsschritte gleichzeitig oder wenigstens annähernd gleichzeitig durchgeführt werden können,<sup>1)</sup> welche Besonderheiten sich bei einer solchen gleichzeitigen Durchführung ergeben sowie welche Voraussetzungen für eine rechtmäßige Durchführung einzuhalten sind. Nach einer allgemeinen Untersuchung der wesentlichen Probleme wird die Frage im zweiten Teil des Beitrags anhand folgender Beispiele untersucht:

- Verschiedene Varianten der Kombination von Verschmelzung und Spaltung; Spaltung über mehrere Ebenen;
- Spaltung und errichtende Umwandlung;
- Formwechselnde Umwandlung und Verschmelzung;
- Kapitalherabsetzung und Verschmelzung.

\*) Wir bedanken uns sehr herzlich bei den Richtern des OLG Wien Dr. Georg Nowotny und den Richtern des HG Wien Frau Vizepräsidentin HR Dr. Ursula Philipp, Dr. Usula Fabian, Dr. Lilian Hofmeister, Dr. Angelika Mädel und Mag. Johannes Wanke für die kritische Durchsicht des Manuskripts, ihre Diskussionsbereitschaft und zahlreichen Anregungen und Erfahrungsberichten. Selbstverständlich liegt die Verantwortlichkeit für alle Fehler oder Unklarheiten bei den beiden Autoren.

1) Die Firmenbuchpraxis anerkennt diese Gesamtvorgänge durchaus in bestimmtem Ausmaß und unter bestimmten Kautelen.

## 2. Gesetzliche Anknüpfungspunkte

Das Gesetz enthält keine allgemeine Regelung für die Kombination von Umgründungsmaßnahmen. Für einzelne Maßnahmen sind aber sehr wohl Regelungen vorgesehen, die die offen-positive Haltung des Gesetzgebers gegenüber der simultanen Durchführung von Umgründungen zum Ausdruck bringen:

(i) Gem § 219 AktG können Aktiengesellschaften durch Übertragung des Vermögens einer *oder mehrerer* Gesellschaften auf eine andere bestehende Gesellschaft (Verschmelzung durch Aufnahme) oder durch Übertragung der Vermögen zweier *oder mehrerer* Gesellschaften auf eine dadurch neu gegründete AG (Verschmelzung durch Neugründung) verschmolzen werden. Die Verschmelzung von drei oder mehr Gesellschaften ist somit ausdrücklich zulässig; bei der Verschmelzung zur Neugründung ist dies schon seit dem AktG 1937 der Fall,<sup>2)</sup> während die Vereinigung mehrerer Gesellschaften im Weg der Verschmelzung durch Aufnahme erst seit dem EU-GesRÄG 1996 zulässig ist.<sup>3)</sup> Auch mehrere GmbHs können verschmolzen werden; außerdem ist die Verschmelzung mehrerer Gesellschaften rechtsformübergreifend in der Weise möglich, dass an der Verschmelzung GmbHs und Aktiengesellschaften als übertragende Gesellschaften beteiligt sind, solange nur eine Aktiengesellschaft als übernehmende oder neu gegründete<sup>4)</sup> Gesellschaft auftritt (§ 234 AktG). Die Verschmelzung mehrerer Gesellschaften ist der einfachste Fall der Kombination mehrerer Verschmelzungen und mehrerer Vermögensübertragungen, bildlich gesprochen wird in dieser Weise die Kombination auf horizontaler Ebene anerkannt.

(ii) Ein weiteres gesetzlich geregeltes Beispiel der Kombination mehrerer Vermögensübertragungen ist die Auf- oder Abspaltung zur Neugründung, bei der Vermögensteile nicht bloß auf eine Gesellschaft, sondern auf mehrere neu gegründete Gesellschaften übertragen werden. Dieser Fall ist gem § 1 Abs 2 Z 1 und 2 SpaltG ausdrücklich zulässig. Die Mehrfachspaltung bringt im Vergleich zur Verschmelzung zusätzliche Komplikationen bei der partiellen Gesamtrechtsnachfolge, dh der Vermögensteilung und getrennten Übertragung mit sich, was besondere Vorkehrungen bei der Gestaltung des Spaltungsplans erforderlich macht. Ähnlich wie bei der Verschmelzung sind – wenn eine nicht verhältnismäßige Spaltung vorliegt – mehrere Vermögensteile zu bewerten und das Umtauschverhältnis (Vermögenszuteilungsverhältnis) festzulegen. Wiederum lässt sich die Konstellation bildlich als Kombination mehrerer gleichzeitiger Vermögensteilungen und -übertragungen auf horizontaler Ebene einfangen.

(iii) Eine weitere gesetzliche Variante ist die Kombination von Spaltung und Verschmelzung, die durch § 17 SpaltG in Form der Spaltung zur Aufnahme geregelt ist. Diese Gestaltungsmöglichkeit ist für das hier erörterte Thema von großer Bedeutung, weil die Spaltung zur Aufnahme zwei Übertragungsakte zusammenzieht: § 17 SpaltG substituiert die zwei getrennten Akte einer Spaltung zur Neugründung und der anschließenden Verschmelzung der neu gegründeten Gesellschaft. Dieser Vorgang unterscheidet sich maßgeblich von den oben genannten Mehrfachspaltungen und -verschmelzungen, weil bei den beiden ersten Varianten jeder Vermögensteil nur jeweils einmal übertragen wird und die Kombination in der Beteiligung mehrerer Gesellschaften auf einer Ebene liegt. Die Kombination von Spaltung und Verschmelzung zeichnet sich dagegen durch eine *zweiaktige* Vermögensübertragung aus: das Vermögen wird zuerst gespalten, dann verschmolzen. Die gesetzliche Regelung erspart die doppelte Übertragung, indem sie beide Maßnahmen kombiniert. Bildlich gesprochen liegt somit eine Kombination auf vertikaler Ebene vor.

Das SpaltG zeigt sich somit offen für die Abkürzung und Vereinfachung mehrfacher Übertragungs- und Umgründungsakte; dieser Wertung ist auch bei anderen Konstellationen Rechnung zu tragen. Können die Zwecke der gesetzlichen Schutzmechanismen, die für die einzelnen Umgründungsmaßnahmen ausdrücklich angeordnet sind, auch bei der Kombination mehrerer Schritte eingehalten werden, spricht dies für die Zulässigkeit der jeweiligen Kombination, was unten an einzelnen Beispielen darzustellen ist. Umgekehrt zeigt die Spaltung zur Aufnahme die Komplexität des Vorgangs. Zusätzlich erfordert die knappe Regelung in § 17 SpaltG mit ihrer Verweisungstechnik zahlreiche wertende Korrekturen,<sup>5)</sup> womit zugleich ein Weg für den Umgang mit den gesetzlich nicht geregelten Kombinationen gewiesen wird.

(iv) § 39 UmgrStG bildet ein weiteres Indiz für die Zulässigkeit der Kombination von Umgründungsschritten. Durch die Bestimmung wird steuerrechtlich ermöglicht, dass meh-

2) S *Godin-Wilhelmi*, Aktiengesetz<sup>2</sup> § 247 Anm 1; *Schilling* in *Großkomm AktG*<sup>2</sup> § 247 Anm 1.

3) *Kalss*, Das neue österreichische Verschmelzungsrecht nach dem Ministerialentwurf, *GesRZ* 1995, 240 f.

4) EBRV 301 BlgNR XX. GP S 102, abgedr bei *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) § 234 Rn 2; *Kalss*, *GesRZ* 1995, 240, 260; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 234 AktG Rn 2.

5) S etwa den zu kurz geratenen gesetzlichen Verweis auf das Verschmelzungsrecht, der durch Anwendung des Verschmelzungsrechts auch auf die übertragende Gesellschaft korrigiert werden muss: *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 17 SpaltG Rn 2; *auf Terlitz*, Teilfusionen und Anteilseignerinteressen (2002) 111 ff.

rere Umgründungen, die dasselbe Vermögen betreffen, auf einen gemeinsamen Stichtag rückbezogen werden.<sup>6)</sup> Das Bedürfnis nach Durchführung mehrerer Umgründungsschritte wird somit auch vom Steuergesetzgeber anerkannt; für die zeitliche Zusammenziehung von Vorbereitung, Beschlussfassung und Eintragung trifft die steuerrechtliche Regelung allerdings keine Aussage und kann nur allenfalls mittelbar herangezogen werden.

### 3. Vorüberlegungen

#### 3.1 Arbeitstheze

Die Praxis findet vielfach mit einer einzigen Umgründungsmaßnahme nicht das Auslangen, um eine gewünschte Organisationsstruktur einer oder mehrerer Gesellschaften herzustellen, insbesondere wenn eine komplexe Konzernstruktur zu bereinigen ist und dies nur in mehreren Schritten bewältigt werden kann. Für eine solche mehrfache Umgründung kann somit – abgesehen von allfälligen steuerrechtlichen Überlegungen – ein anerkennenswertes Bedürfnis bestehen.

Verschmelzungen, Spaltungen und verschmelzende,<sup>7)</sup> erichtende und formwechselnde Umwandlungen greifen regelmäßig in die Organisationsstruktur der beteiligten Verbände ein. Dies bringt Gefahren für die an den Gesellschaften beteiligten Anteilhaber und deren Gläubiger mit sich, denen das Gesetz durch detaillierte Informations-, Prüfungs-, Haftungs- und Verfahrensvorschriften zu begegnen sucht. Nicht übersehen werden darf, dass ein Hintereinanderschalten von Umgründungsakten die Interessen der Anteilseigner und Gläubiger oft stärker gefährdet als eine einfache Umgründung: Ein mit 15 % des Nennkapitals an einer Kapitalgesellschaft beteiligter Gesellschafter ist davor sicher, durch Umwandlung oder Spaltung aus dieser Gesellschaft hinausgedrängt zu werden. Wird dagegen vorher durch eine Verschmelzung seine Beteiligungsquote auf unter 10 % gedrückt, kann er den nachfolgenden Squeezeout – zumindest nach dem schlichten Gesetzeswortlaut – nicht mehr verhindern. Das Beispiel zeigt die verstärkte Gefahrenlage, lässt aber auch erkennen, dass derartige Gefährdungen *unabhängig* davon auftreten, ob das Maßnahmenpaket nun zeitlich hintereinander oder simultan beschlossen und eingetragen wird. Der betroffene Anteilseigner hat nichts davon, wenn die als Einheit geplante Reihenfolge von Maßnahmen zeitlich in die Länge gezogen wird, er sich mehrfach mit Information versorgen und mehrere Gesellschafterversammlungen besuchen muss etc.

Als These für die folgenden Ausführungen lässt sich somit formulieren, dass mehrfache Umgründungen mit einer er-

höhten Gefährdung der Anteilhaber und Gläubiger und des Verkehrs (zB Vermögenszuteilung) verbunden sein können. Dies hindert aber nicht, die *verfahrenstechnische* Abwicklung möglichst einfach zu gestalten und die Abwicklung mehrerer Vorgänge auch gleichzeitig zuzulassen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: (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 – sowie (iii) die Rechtsfolgen – etwa die Möglichkeiten zur Überprüfung der Umtauschverhältnisse, die Anfechtbarkeit der Beschlüsse, Vermögensübertragung, die Haftung der Organe nach § 227 AktG, § 18 SpaltG oder die Ansprüche der Gläubiger nach § 226 AktG, § 15 SpaltG – müssen gleich bleiben; (iv) bei der zeitlichen Zusammenführung der Beschlussfassungen und damit auch der Informationspflichten im Vorfeld muss darauf geachtet werden, dass die geplanten Umgründungen und ihre Auswirkungen trotz der gesteigerten Komplexität klar dargestellt werden und die Anteilhaber, die Gläubiger und der Verkehr (Firmenbuch) somit die Möglichkeit haben, die Auswirkungen auf ihre Interessen abzuschätzen (*Umgründungstransparenz*). Kann diesen Voraussetzungen Rechnung getragen werden, steht einer gleichzeitigen Abwicklung grundsätzlich nichts im Weg, wenngleich die Verfahrenstechnik einige schwierige Fragen aufwirft. Der Ausflucht in das Geflecht von Informationspflichten, Fristen, Prüfungspflichten, Verzichtsmöglichkeiten und Gerichtszuständigkeiten darf aber nicht den Blick auf eine zweckentsprechende Handhabung der gesetzlichen Vorschriften verbauen.

#### 3.2 Mehrfachumgründungen – Allgemeines

Da bei Vorliegen einer mehrfachen Umgründung die Regelungen über den Gesellschafter-, Gläubiger- und Verkehrsschutz nicht bloß über und für eine isolierte Umgründungsmaßnahme, sondern an dem Gesamtvorgang einzuhalten sind, was erweiterte Offenlegungspflichten,<sup>8)</sup> eingeschränkte

6) S zum Problem nur Windsam/Zöchling/Huber/Kuhn, Handkommentar zum Umgründungssteuergesetz<sup>3</sup> § 39 Rn 6 ff.

7) Bei der übertragenden Gesellschaft ist jedenfalls wegen ihrer Auflösung die Strukturänderung gegeben; bei der übernehmenden Gesellschaft ändert sich die Struktur nicht, sie nimmt aber jedenfalls Vermögen im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf.

8) Aus der Firmenbuchpraxis wird berichtet, dass die Hintereinanderschaltung mehrerer Umgründungsschritte nicht allein zur Vereinfachung des Vorgangs, sondern zum Teil auch wegen der Verschleierung maßgeblicher Umstände herangezogen wird; beispielsweise kann versucht werden, Gläubigern durch mehrfach hintereinander geschaltete Spal-

Verzichtsmöglichkeiten, wechselseitige Bezugnahmen in den Umgründungsunterlagen, mehrfache Bescheinigung einer Vermögenssituation etc bedeutet, ist es von herausragender Bedeutung zu bestimmen, wann eine derartige Maßnahme vorliegt. Abgesehen von der privatautonomen Festlegung durch die beteiligten Gesellschaften ist den unten herausgearbeiteten Anforderungen jedenfalls dann Rechnung zu tragen, wenn die Maßnahmen zeitlich in der Weise zusammengezogen werden, dass schon vor Eintragung einer Maßnahme mit der Vorbereitung der anderen begonnen wird. In diesen Fällen ist es für die Informationsadressaten – vor allem für die externen Adressaten – besonders schwierig, den geplanten (Gesamt-)Vorgang im notwendigen Umfang wahrzunehmen und nachzuvollziehen, was besondere Vorkehrungen bei der Veröffentlichung und Zugänglichmachung der Information erfordert.<sup>9)</sup> Werden die Schritte zeitlich gestaffelt vorgenommen, aber auf den selben Stichtag bezogen, ist die Abfolge zwar von Außen leichter nachvollziehbar, dagegen ist die Vermögenssituation der beteiligten Gesellschaften uU aus den Schlussbilanzen nicht einmal näherungsweise abzuleiten, weil vorangegangene Umgründungen auf denselben Stichtag nicht berücksichtigt sind. In dieser Situation sind *zusätzliche Informationen* erforderlich; in Betracht kommen etwa die *Berücksichtigung* des vorangegangenen Schritts durch Rubriken oä, die Erstellung eines aktuellen *Vermögensstatus*, eine ausführliche Erläuterung und Darlegung der Zusammenhänge im Vertrag/Plan und in den entsprechenden Berichten. Diesen Anforderungen ist unabhängig davon Rechnung zu tragen, ob die Maßnahmen nun zeitlich gestaffelt oder simultan vorgenommen werden, entscheidend ist die Mehrfachverwendung ein und derselben Schlussbilanz.

De lege ferenda wäre zu überlegen, bei mehreren Umgründungen auf denselben Stichtag einen Umgründungsplan auch handelsrechtlich vorzuschreiben und dessen Veröffentlichung vorzusehen. Außerdem genügt die gesetzlich vorgesehene Vorabveröffentlichung im Amtsblatt gem § 221a AktG, § 7 SpaltG nicht; vielmehr sollte wie bei der Eintragung der Verschmelzung auch eine Veröffentlichung in der Ediktsdatei vorgesehen werden (§ 10 HGB) und mit dem Firmenbuch verknüpft werden, um die Information der Aktionäre und Gläubiger nicht von der Zufälligkeit der Lektüre des Amtsblatts an einem bestimmten Tag abhängig zu machen.<sup>10)</sup>

### 3.3 Gemeinsame Fragen

Es wäre kaum möglich und jedenfalls nicht sinnvoll, sämtliche denkbaren Kombinationsmöglichkeiten bis ins Detail darzustellen. Im Folgenden werden zunächst allgemeine

Fragen dargestellt, die sich bei der Kombination von Umgründungen stellen können. Danach wird auf die oben genannten Kombinationsmöglichkeiten im Einzelnen eingegangen.

Die im Folgenden behandelten Themenkreise stellen sich freilich nicht in allen Fällen und nicht in allen Fällen auf die gleiche Weise. Konstellationen, bei denen das Vermögen überhaupt nur einmal übertragen wird (Formwechselnde Umwandlung und Verschmelzung,<sup>11)</sup> Kapitalherabsetzung und Verschmelzung<sup>12)</sup>) sind generell leichter zu bewältigen als solche, bei denen es zu mehreren Übertragungsakten kommt. Auch mehrere Übertragungen sind relativ unproblematisch, soweit ein Vermögensteil nur jeweils einmal übertragen wird, wie bei einer mehrfachen Verschmelzung oder der Aufteilung des Vermögens eines Rechtsträgers auf mehr als zwei Nachfolgesellschaften durch eine mehrfache Spaltung.<sup>13)</sup> Auch bei diesen Konstellationen stellt sich allerdings die Frage der Transparenz des übertragenen Vermögens und der Nachvollziehbarkeit durch das Firmenbuchgericht. Eine ausführlichere Würdigung verdienen Kombinationen, bei denen jeder Vermögensteil zwar auch nur einmal übertragen wird, eine der beteiligten Gesellschaften sich aber noch im Vorgründungs- bzw Vorgesellschaftsstadium befindet.<sup>14)</sup>

Die komplexesten Vorgänge sind solche, bei denen man mit einer einmaligen Vermögensübertragung jedes Vermögenssteils nicht auskommt, und die Vermögensteile – wenn die

---

tungen gezielt die Rechtsverfolgung zu erschweren. Ebenso ist es möglich, durch mehrere Vermögensübertragungen, die alle auf der selben Schlussbilanz aufbauen, die Überprüfung der Vermögensausstattung der Gesellschaften durch das Firmenbuchgericht zu erschweren. Diese Strategien können teilweise unabhängig davon verfolgt werden, ob die Maßnahmen parallel vorgenommen werden oder hintereinander. Die zeitliche Vornahme bringt aber zusätzliche Schwierigkeiten der Nachvollziehbarkeit mit sich, was durch wechselseitige Bezugnahmen in den Umgründungsunterlagen und durch verstärkte Veröffentlichungspflichten abgefangen werden kann und im Sinn der notwendigen Transparenz und Nachprüfbarkeit der einzelnen Schritte auch aus dem Gesetz begründet werden kann, dazu unter 3. Wird diesen Vorgaben Rechnung getragen, erscheinen die parallel oder beinahe zeitgleich durchgeführten Maßnahmen transparenter als bei hintereinander geschalteter Vornahme, weil der Zusammenhang der Maßnahmen in diesem Fall nicht so leicht erkennbar ist.

9) S sogleich unten 3.

10) *Kalss*, Internet und Gesellschaftsrecht, in *Eilmansberger et al*, Internet und Recht (2002), 259, 285 f; *Merk*, Disclosing Disclosure: Europe's Winding Road to Modern Standards in Publication of Company Related Information, in *Ferrarini/Hopt/Winter/Wymeersch*, Reforming Company Law and Takeover Law in Europe, (2004), 115.

11) S im zweiten Teil des Beitrags (GeS 2/2005) VIII.

12) S im zweiten Teil des Beitrags (GeS 2/2005) IX.

13) S im zweiten Teil des Beitrags (GeS 2/2005) IV.

14) S zur Kombination von Spaltung zur Neugründung und Spaltung zur Aufnahme im zweiten Teil des Beitrags (GeS 2/2005) V.1, zu mehreren Spaltungen zur Aufnahme auf eine Vorgesellschaft V.2.

Umgründungsmaßnahmen getrennt vorgenommen würden – bis zur Eintragung des zweiten Übertragungsakts bei einem Rechtsträger „zwischenlagert“ werden müssen, zB bei einer Kombination von Verschmelzung und Spaltung,<sup>15)</sup> oder bei einer Kombination von Spaltung und errichtender Umwandlung.<sup>16)</sup> Derartige Kombinationen sind dogmatisch schwierig zu bewältigen, weil die Rechtsfigur der Vorgesellschaft nicht unmittelbar passt, wenn der zwischengeschaltete Rechtsträger im Zug der Umgründung nicht neu gegründet wird, sondern bereits besteht und eben nur *umgegründet* wird. Die Konstellation lässt sich aber durch *entsprechende Anwendung* der Regeln über die Vorgesellschaft bewältigen.<sup>17)</sup>

Abseits von dogmatischen Fragen werfen die letztgenannten Konstellationen auch die schwierigsten *Sachprobleme* auf, von denen drei Gruppen unterschieden werden können: Die *sachenrechtliche* Frage nach der Zulässigkeit des Zusammenziehens zweier Übertragungsakte – unter Umständen nicht einmal identischer Vermögensteile –, die *gesellschaftsrechtliche* Frage nach ausreichender Information (vorbereitende Unterlagen wie Vertrag, Bericht, Prüfung, Bilanzen sowie Wahrung der Informationsfristen), den Mitwirkungsbefugnissen und Rechtsfolgen im Innen- und Außenverhältnis und schließlich die *verfahrens- und verkehrsschutzrechtliche* Frage nach der Zuständigkeit für sowie Prüfung und Durchführung der Eintragung.

Bei der folgenden Aufarbeitung allgemeiner Fragestellungen wird grundsätzlich von den letztgenannten Konstellationen mit dem höchsten „Schwierigkeitsgrad“ ausgegangen. Demzufolge stellen sich manche der behandelten Probleme in leichteren Konstellationen nicht, worauf dann in der Detaildarstellung jeweils hingewiesen wird.<sup>18)</sup>

### 3.3.1 Sachenrechtlicher Fragenkreis

*Sachenrechtlich* könnte der gleichzeitigen Eintragung zweier Übertragungsakte der Umstand entgegenstehen, dass der Rechtserwerb durch den zwischengeschalteten Rechtsträger – sofern die Eintragung simultan vorgenommen wird – nicht wirklich stattfindet. Auszugehen ist generell davon, dass jede an dem mehrstufigen Umgründungsvorgang beteiligte Gesellschaft – zumindest vorübergehend – wirksam Eigentum an dem ihr zugeordneten Vermögen erwirbt. Der Titel liegt im Verschmelzungsvertrag (in Notariatsaktsform) bzw dem Spaltungsplan, mit dem jeweiligen Haupt- bzw Generalversammlungsbeschluss als Grundlage, die sachenrechtliche Übertragung liegt in der Eintragung im Firmenbuch.<sup>19)</sup> Dennoch ist anders als beim Streckengeschäft bei beweglichen Sachen als auch bei Liegenschaften gem § 22 BGB davon auszugehen und sicherzustellen, dass das Ei-

gentum am Vermögen der Ausgangsgesellschaft nicht direkt auf die Zielgesellschaft übertragen, sondern durch die jeweilige zeitgleiche oder nachgeschaltete Eintragung bewirkt wird. Jede der an dem Vorgang beteiligten Gesellschaften erwirbt daher in chronologisch-logischem Ablauf teilweise zumindest vorübergehend das Eigentum.<sup>20)</sup> Zwar hat der Gesetzgeber mit der Spaltung zur Aufnahme einen früher zweiaktigen Erwerb durch einen Übertragungsakt ersetzt, dies kann jedoch nicht auf die sonstigen – gesetzlich nicht geregelten – Fälle umgelegt werden. Die hier behandelten Kombinationen gehen über die Spaltung zur Aufnahme hinaus, weil bei der Spaltung zur Aufnahme die zusammengezogene Zweiaktigkeit des Vorgangs identische Vermögensteile betrifft, während etwa bei der Verschmelzung mit nachfolgender Spaltung die übertragenden Vermögensteile nicht völlig identisch sind; Teile des verschmolzenen Vermögens werden beim Zwischenrechtsträger (= übernehmende Gesellschaft bei der Verschmelzung und zugleich übertragende Gesellschaft bei der Spaltung) belassen – ansonsten macht die Kombination kaum Sinn –, uU werden bei der Spaltung auch sonstige Vermögensteile der übertragenden Gesellschaft mit übertragen. Selbst wenn die uU auf eine logische Sekunde reduzierte Dauer des Eigentumserwerbs mit Blick auf den Gläubiger- und Anteilseignerschutz nicht erforderlich wäre, so spricht der verschmelzungs- und spaltungsrechtliche vorgegebene Vorgang und allgemein der Verkehrsschutz dafür.

Der Umstand, dass die gesellschaftsrechtlichen Akte der Umgründung wie Verschmelzungsvertrag, HV-Beschluss etc zu einem Zeitpunkt vorgenommen werden, in dem die betreffende Gesellschaft noch nicht Eigentümer des Vermögens ist, schadet nicht; ganz generell ist es anerkannt, sich schuldrechtlich wirksam zur Verfügung über fremdes Vermögen verpflichten zu können; für den Eigentumserwerb ist die lückenlose Eigentumsübertragungskette – hier durch die Eintragungen hergestellt – maßgeblich. Entscheidend ist, dass die privatrechtlichen Folgen im Innen- und Außenverhältnis – zB die Haftungsfolgen nach § 15 SpaltG – die gleichen sind wie bei der hintereinander geschalteten Umgründung.

Vom Erwerb des Eigentums am übertragenen Vermögen ist die Sicherstellung der Werthaltigkeit (positiver Verkehrs-

15) Vgl oben 1. zweite Variante und ausführlich V.3.

16) S den zweiten Teil des Beitrags (GeS 2/2005) VII.

17) S S den zweiten Teil des Beitrags (GeS 2/2005) V.2.

18) S S den zweiten Teil des Beitrags (GeS 2/2005) IV-IX.

19) Vgl § 220 Abs 2 Z 2 AktG und *Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung* § 221 a AktG Rn 8.

20) Somit kommt eine mögliche Grunderwerbsteuer-Ersparnis wohl von vorneherein nicht in Betracht.

wert) bzw die Benennung der relativen Höhe des Vermögenswerts im Verhältnis zu übernehmenden Gesellschaft (Umtauschverhältnis) zu unterscheiden. Die Ermittlung des tatsächlich relevanten Werts des Vermögens ist unabhängig von seiner augenblicklichen Eigentumszuordnung. Maßgeblich ist vor allem der Umstand, dass das zu übertragende Vermögen jeweils – gleich wie bei einer einstufigen bzw isolierten Umgründung – den gesetzlichen Vorgaben entspricht und es dem Firmenbuchgericht gleich wie den sonstigen prüfenden Personen durch Vorlage entsprechender Unterlagen (Bilanzen, Spaltungsplan etc, Bericht) möglich ist eine Überprüfung im gleichen Maß wie bei einer einstufigen Umgründung vorzunehmen. Vielfach wird es erforderlich und sinnvoll sein, auf der Grundlage der maßgeblichen Schlussbilanz (Stichtag idR 31.12.) abgeleitete Bilanzen bzw einen augenblicksbezogenen *Vermögensstatus* bezogen auf eine oder auch zwei Teilübertragungen vorzulegen.

### 3.3.2 Gesellschaftsrechtlicher Fragenkreis

*Gesellschaftsrechtlich* ist jeder Umgründungsschritt nicht nur ein Akt der Vermögensübertragung, sondern auch ein Organisationsakt. Der erste Teil des Umgründungsvorgangs bewirkt vielfach eine Änderung in der gesellschaftlichen Organisation, der Kreis der Anteilshaber verändert sich, uU erlöschen Organmandate etc. Hierin liegt das Hauptproblem in der Bewältigung solcher Konstellationen. So bedürfen etwa die Organzuständigkeiten einer flexiblen Handhabung: Die Haupt- oder Generalversammlung, die über den zweiten Vorgang beschließen soll, ist möglicherweise vor Eintragung der ersten Umgründung anders zusammengesetzt, uU gibt es die Gesellschaft, die im zweiten Schritt als übertragende auftreten soll, noch gar nicht. Diese Fragen sind aber kein unüberwindbares Hindernis, weil Beschlussfassungen und Organkompetenzen ganz allgemein schon vor Eintragung eines Rechtsträgers (= Entstehen), dh im Stadium der Vorgesellschaft, vorgenommen werden können. Entscheidend ist allein, dass die Rechte der Anteilshaber, Gläubiger und Arbeitnehmer ebenso gewahrt werden wie dies der Fall wäre, wenn die einzelnen Umgründungsmaßnahmen nacheinander vorgenommen würden.

#### 3.3.2.1 Bedingungen

Die miteinander kombinierten Umgründungen sind durch Bedingungen verknüpft. In manchen Fällen ist das Wirksamwerden der ersten Umgründung Bedingung, dass die zweite Umgründung überhaupt durchgeführt werden kann, dh die zweite Maßnahme ist *jedenfalls* durch die erste bedingt. Dies ist dann der Fall, wenn die erste Maßnahme die zweite notwendig voraussetzt, zB bei einer Verschmelzung mit

nachfolgender Spaltung von Teilen des durch die Verschmelzung übertragenen Vermögens oder bei einer Spaltung mit nachfolgender errichtender Umwandlung der durch die Spaltung neu gegründeten Gesellschaft. Diese „Bedingung“ ist nicht rechtsgeschäftlicher Art, sondern gesetzliche Zulässigkeitsvoraussetzung (Rechtsbedingung) der Eintragung der zweiten Maßnahme. Trotzdem ist es ratsam, sie zusätzlich als Bedingung im Vertrag bzw Plan über die zweite Maßnahme vorzusehen.

Umgekehrt werden die Maßnahmen idR als Gesamtpaket in der Weise geplant, dass der erste Schritt nur Sinn macht, wenn auch der zweite Schritt zulässig ist und eingetragen wird. Diese Bedingung ist zwar nicht unbedingt notwendig, aber aus Sicht der beteiligten Gesellschaften zweckmäßig. Die Parteien werden zwar bestrebt sein, die Eintragungsmöglichkeit bereits vor der Anmeldung mit dem zuständigen Firmenbuchrichter abzuklären, was aber nicht bedeutet, dass dieser an seine Vorwegzusage jedenfalls gebunden wäre, zumal er bei sorgfältiger nochmaliger Überprüfung der Unterlagen durchaus zu einem anderen Ergebnis kommen kann als im Rahmen eines Gesprächs. Außerdem kommt es vor, dass Minderheitsgesellschafter den zu Grunde liegenden Beschluss erfolgreich anfechten<sup>21)</sup> und die Eintragung – nach einer Unterbrechung gem § 19 FBG – deswegen abgelehnt wird. Für diese Konstellation wird daher die erste Umgründungsmaßnahme unter die aufschiebende Bedingung der Zulässigkeit und Eintragung der zweiten Maßnahme gestellt. Denkbar ist dies vor allem dann, wenn die Zulässigkeit der zweiten Maßnahme tatsächlich sehr heikel ist, weil etwa die Entscheidung über die zureichende Vermögensausstattung durch das Gericht vom Antragsteller nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden kann.

Die wechselseitige Bedingtheit wirft die allgemeine Frage nach Bedingungen bei gesellschaftsrechtlichen Strukturänderungen auf. Für die Beurteilung der damit zusammenhängenden Fragen ist davon auszugehen, dass Bedingungen nicht jedenfalls, sondern nur in engen Grenzen zulässig sind, die durch folgende Grundsätze abgesteckt werden: (1) Bedingungen dürfen nicht dazu eingesetzt werden, die gesetzlich festgelegten Kompetenzen zu verschieben. Dies spielt insb bei bedingten Satzungsänderungen eine Rolle, bei denen etwa Potestativbedingungen zu Gunsten des Vorstands unzulässig sind. Ebenso wenig darf die Hauptversammlung die Entscheidung über die Durchführung einer Verschmelzung durch eine Potestativbedingung delegieren.<sup>22)</sup> Entschei-

21) S den Fall OGH SZ 71/42 (errichtende Umwandlung).

22) S zur Bindung der Vorstands an den Verschmelzungsbeschluss *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 225 AktG Rn 2.

dend ist somit, dass der Eintritt der Bedingung nicht vom Vorstand beeinflusst werden kann, sondern sie in einem äußeren Umstand bzw einer Entscheidung einer Behörde (Firmenbuch oder sonstige Behörde) liegt. (2) Die Publizitätsfunktion des Firmenbuchs erfordert, dass der Rechtsverkehr das Vorliegen eingetragener Rechtstatsachen aus dem Firmenbuch selbst beurteilen kann und nicht weitere Nachforschungen anstellen muss, ob eine Eintragung nun gilt oder nicht. Bedingte Eintragungen im Hauptbuch sind deswegen ebenso unzulässig wie bedingte Satzungsbestimmungen<sup>23)</sup> – was nicht bedeutet, dass satzungsändernde *Beschlüsse* jedenfalls bedingungsfeindlich sind. (3) Schließlich muss der Richter, der über eine Anmeldung zu entscheiden hat, den Eintritt oder Nichteintritt einer Bedingung sicher nachvollziehen können. Hängt die Eintragung von einer Bedingung ab, ist deren Eintritt somit gegebenenfalls nachzuweisen.

Bedingungen sind bei Umgründungen – generell gesprochen – auf vierfache Ebenen vorstellbar, nämlich in Form von bedingten (1) Verschmelzungsverträgen, Spaltungs- oder Umwandlungsplänen, ferner (2) als bedingte Beschlussfassungen, (3) Firmenbuchanmeldungen und schließlich (4) Eintragungen.

### 3.3.2.2 Bedingter Vertrag/Plan

(1) Auf der ersten Ebene – Vertrag bzw Plan – sind aufschiebende oder auflösende Bedingungen allgemein jedenfalls dann zulässig, wenn der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung bereits vor der Eintragung im Firmenbuch feststeht,<sup>24)</sup> allerdings darf die Maßnahme wegen der notwendigen Zeitnähe der Bewertung wohl nicht allzu lange in Schwebe bleiben. Denkbar sind etwa kartellrechtliche Genehmigungen oder Nichtuntersagungen; sonstige öffentlich-rechtliche Genehmigungen, die von Gesetzes wegen nicht zwingend mit dem Firmenbuch verknüpft sind (zB grundverkehrsbehördliche Genehmigung bei Gesellschaften mit Liegenschaftsbesitz). Eine Eintragung ist erst zulässig, wenn aufschiebende Bedingungen eingetreten sind, weil der wirksame Abschluss bzw Aufstellung des Vertrags/Plans Eintragungsvoraussetzung ist. Der Nichteintritt auflösender Bedingungen muss dagegen nicht unbedingt feststehen.<sup>25)</sup> Tritt die auflösende Bedingung nachträglich ein, beeinträchtigt dies allerdings nicht die Wirksamkeit der Umgründungsmaßnahme.<sup>26)</sup>

Im hier untersuchten Zusammenhang könnte der Vertrag/Plan sowohl der ersten als auch der zweiten Maßnahme von der aufschiebenden Bedingung der Eintragung der jeweils anderen Maßnahme abhängig gemacht werden.

Der erste Fall – der Vertrag/Plan über die zweite Maßnahme ist durch die Eintragung der ersten Maßnahme aufschiebend bedingt – ist zulässig, weil die erste Maßnahme spätestens gleichzeitig mit der zweiten Maßnahme eingetragen wird und daher zum Eintragungszeitpunkt feststeht, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht. Eine derartige Gestaltung ist – wie erwähnt – nicht unbedingt notwendig, aber zweckmäßig, weil die zivilrechtliche Frage nach den Rechtsfolgen eines unmöglich gewordenen Verschmelzungs- bzw Spaltungs- und Übernahmevertrags gar nicht erst auftaucht.

Auch der umgekehrte Fall (zweiter Schritt Bedingung für den ersten) ist zulässig, wenn beide Maßnahmen gleichzeitig eingetragen werden, auch wenn streng genommen eine *wechselseitige* aufschiebende Bedingung dazu führen müsste, dass beide Bedingungen nie eintreten und keine Maßnahme wirksam wird. Dies wäre überzogen, geht es doch den Beteiligten nur darum, dass entweder beide Maßnahmen wirksam werden oder gar keine. Somit können die beiden Schritte bei gleichzeitiger Eintragung auch wechselseitig voneinander abhängig gemacht werden, indem die Verträge/Pläne mit der Eintragung der jeweils anderen Maßnahme aufschiebend bedingt werden. Problematisch ist die aufschiebende Bedingung des Vertrags/Plans der ersten Maßnahme dagegen dann, wenn – was unter Umständen nicht vermeidbar ist<sup>27)</sup> – die Maßnahmen nicht gleichzeitig, sondern nur in zeitlicher Abfolge eingetragen werden können. In diesem Fall verhindert die – wechselseitige – aufschiebende Bedingung *jedenfalls* die Eintragung der ersten Maßnahme, weil diese zuerst eingetragen werden muss. Auch eine auflösende Bedingung schafft nur teilweise Abhilfe: Sie verhindert die Eintragung der ersten Maßnahme nur, wenn zum Zeitpunkt der Eintragung bereits feststeht, dass die zweite Maßnahme tatsächlich nicht eingetragen wird. Ist dies nicht der Fall, ist der erste Schritt einzutragen, obwohl der Nichteintritt der auflösenden Bedingung noch nicht endgültig feststeht. Scheitert

23) Es gibt Eintragungen von Maßnahmen, die noch nicht voll wirksam sind, so die Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses bei der AG oder des Kapitalherabsetzungsbeschlusses bei der GmbH. Diese Eintragungen sind aber selbst unbedingt, nur das Wirksamwerden der Maßnahme ist auf Basis einer klaren gesetzlichen Regelung insgesamt auf zwei Eintragungsakte aufgeteilt.

24) S *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 222 AktG Rn 5; § 2 SpaltG Rn 18; *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> § 220 Rn 19; *Lutter/Drygala in UmwG<sup>3</sup> § 4 Rn 26*; *Grünwald*, Bedingte und befristete Verschmelzungsverträge, *ecolex* 1993, 242, 245 (zur Rechtslage vor dem EU-GesRÄG 1996).

25) *Grünwald*, *ecolex* 1993, 242, 245; zweifelnd *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> § 220 Rn 19.

26) *Kalss*, Verschmelzung – Umwandlung – Spaltung § 222 Rn 5 f; aA auf Basis der Rechtslage vor dem EU-GesRÄG 1996 *Grünwald*, *ecolex* 1993, 242, 244, 245 f.

27) S S den zweiten Teil des Beitrags (GeS 2/2005) 5.

die Eintragung des zweiten Schritts, wird die Wirksamkeit der Eintragung des ersten Schritts nicht berührt.

### 3.3.2.3 Bedingte Beschlüsse

Weiters können die Beschlüsse der Haupt- bzw Generalversammlungen aufschiebend oder auflösend bedingt ausgestaltet werden. Beschlüsse sind als Rechtsgeschäfte allgemein nicht bedingungsfeindlich, wenn sich nicht aus zwingenden gesellschaftsrechtlichen Normen anderes ergibt. Wie bereits erwähnt, dürfen zwingende Kompetenzverteilungen nicht durch Potestativbedingungen ausgehebelt werden. Die Bedingungen dürfen überdies nicht über den Eintragungszeitpunkt hinaus wirken, wenn die beschlossene Rechtsänderung von einer konstitutiven Registereintragung abhängig ist. Zulässig ist es dagegen, als Bedingung für das Wirksamwerden des Beschlusses die Eintragung des Firmenbuchrichters vorzusehen, obwohl dies auf den ersten Blick unlogisch erscheinen mag, weil ja der wirksame Beschluss seinerseits Voraussetzung für die Eintragung ist. Derartige Bedingungen begegnen etwa bei der Bestellung von Organmitgliedern, die erst mit der Eintragung wirksam werden soll, was der OGH zumindest implizit anerkennt.<sup>28)</sup> Ein weiterer von der Registerpraxis anerkannter Fall ist das Ausscheiden eines Gesellschafters bei der OHG oder KG, um den Verlust der Mitwirkungsrechte und die Beendigung der Haftung für neu begründete Verbindlichkeiten zeitlich gleichzuschalten.

Auch bei bedingten Beschlüssen über Satzungs- und sonstigen Strukturänderungen gelten die gerade dargestellten Grundsätze, durch die die Zulässigkeit von Bedingungen klar festgelegt und an enge Schranken gebunden werden. Solche Beschlüsse können grundsätzlich mit Bedingungen versehen werden, wenn damit das gesellschaftsrechtliche Kompetenzgefüge nicht verschoben wird und der Bedingungseintritt vor der Eintragung feststeht, wie dies für Satzungsänderungen in der Literatur vertreten wird.<sup>29)</sup> Das Gesetz anerkennt selbst etwa mit dem Erfordernis der Zustimmung der FMA zu Verschmelzungen oder Spaltungen gem § 7 BWG oder der zuständigen Wettbewerbsbehörden bei Zusammenschlüssen Bedingungen, die klar außerhalb des Einflusses des Vorstands liegen und noch vor der Eintragung eintreten müssen. Davon sind bedingte *Satzungsbestimmungen* zu unterscheiden, die – weil die Satzung „aus sich heraus“ auslegbar sein muss – generell unzulässig sind.

In den hier untersuchten Fällen können die gewünschten Bedingungen auch auf der Ebene des Beschlusses verankert werden. Die Wirkungen und ihre Grenzen sind grundsätzlich die gleichen wie bei dem bedingten Vertrag oder Plan. Somit kann bei zeitlichem Auseinanderfallen der ersten und

der zweiten Maßnahme die Eintragung der ersten Maßnahmen durch eine Bedingung bei der zweiten Maßnahme nicht ungeschehen gemacht werden.

### 3.3.2.4 Bedingter Antrag

Weiters könnte daran gedacht werden, die Bedingungen auf der Ebene der Anmeldungen zum Firmenbuch zu verankern. Die Frage der Zulässigkeit stellt sich gleich wie auf der Beschlussebene, allein die technische Durchführung (Formulierung) erscheint hier einfacher. Bedingte Firmenbuchanträge sind nicht allgemein unzulässig. So anerkennt der OGH den mit dem Eintritt der Auflösung aufschiebend bedingten Antrag auf gerichtliche Bestellung eines Liquidators.<sup>30)</sup> Zu beachten ist, dass der Eintritt der Bedingungen für den Richter klar nachvollziehbar sein muss, was jedenfalls der Fall ist, wenn die Bedingung eine richterliche Entscheidung bestimmten Inhalts ist.<sup>31)</sup>

*Aufschiebende* Bedingungen haben den Nachteil, dass die Rechtswirkungen des Antrags erst mit Eintritt der Bedingung eintreten, was für materiellrechtliche und prozessuale Fristenläufe von Bedeutung ist. Wird etwa die Anmeldung der Verschmelzung unter einer aufschiebenden Bedingung eingebracht, gilt als Anmeldezeitpunkt gem § 220 Abs 3 AktG der Eintritt der aufschiebenden Bedingung. Aus diesem Grund ist die Verwendung von aufschiebenden Bedingungen bei den hier untersuchten Firmenbuchanträgen nicht ratsam.

Auflösende Bedingungen sind nach allgemeinen Grundsätzen soweit zulässig, als die Partei den Antrag bis zum Bedingungseintritt zurückziehen kann. Der OGH hat jüngst die Auffassung vertreten, dass eine Zurückziehung eines Firmenbuchantrags bezüglich eintragungspflichtiger Tatsa-

28) S OGH 6 Ob 515/88 RdW 1988, 290.

29) S zu Bedingungen bei Strukturänderungen Lutter, Die entschlossene Hauptversammlung, in Quack-FS (1991), 301, 308 f; ferner etwa Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, § 145 AktG Rn 24 f; Wiedemann in Großkomm AktG<sup>4</sup> § 179 Rn 161; Zöllner in KölnKomm AktG<sup>2</sup> § 179 Rn 145, 195 ff; Hüffer, AktG<sup>6</sup> § 179 Rn 26; vgl auch Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, § 152 AktG Rn 38.

30) OGH EvBl 1963/358.

31) So die allgemeine Formulierung der Rspr, s OGH RZ 1994, 140; EvBl 1994/180; SZ 68/161; diese Grundsätze sind nach OGH 7 Ob 331/98x auch im außerstreitigen Verfahren anzuwenden. Wenig überzeugend ist die teilweise in der Lehre verwendete Formel, „außerprozessuale“ Bedingungen seien allgemein unzulässig, s Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>6</sup> Rn 453; Fasching, Kommentar III<sup>1</sup> 11; Fasching, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> Rn 758; dagegen ausf Dolinar, Die bedingte Parteihandlung, ÖJZ 1970, 85 ff, 118 ff, wonach die Zulässigkeit von Bedingungen davon abhängt, ob sie im Einzelfall mit zwingenden Grundsätzen des Prozessrechts in Einklang gebracht werden können, etwa dem Recht des Gegners auf eine Sachentscheidung ab Streitanhängigkeit oder dem Fristen- und Terminregime des Prozessrechts.

chen wirkungslos ist,<sup>32)</sup> weil die Anmeldung ohnehin mit Zwangsstrafen durchgesetzt werden könne. Dieses Argument trägt zumindest für die Verschmelzung nicht, weil die Anmeldung der Verschmelzung nach § 258 Abs 2 AktG nicht durch Zwangsstrafen erzwungen wird,<sup>33)</sup> dies gilt ebenso bei Umwandlungen und Spaltungen.<sup>34)</sup> Allgemein ist bei konstitutiven Eintragungen davon auszugehen, dass Anmeldungen – unabhängig von der Erzwingungsmöglichkeit – nach allgemeinen Regeln zurückgezogen werden können.<sup>35)</sup> Das Gericht kann das Verfahren von Amts wegen fortsetzen, wenn eine amtswegige Einleitung vorgesehen ist; letzteres ist bei Verschmelzungen, Umwandlungen und Spaltungen nicht der Fall.<sup>36)</sup> Die Möglichkeit der Zurücknahme des Antrags ist somit nach § 11 AußStrG zu beurteilen. Danach kann der Antrag jedenfalls bis zur richterlichen Entscheidung in erster Instanz zurückgezogen werden. Ist die Umgründung allerdings erst einmal eingetragen, ist eine Zurückziehung im Firmenbuchverfahren wohl auch dann nicht möglich, wenn die Voraussetzungen des § 11 AußStrG, wonach eine Rückziehung auch noch im Rechtsmittelverfahren gestattet ist, vorliegen.<sup>37)</sup> Eine Umdeutung in einen Löschantrag kommt nicht in Betracht, da die Voraussetzungen für eine Löschung nicht vorliegen. Somit kann auch eine Rücknahme des Antrags im Rechtsmittelstadium die Eintragung der ersten Maßnahme und ihre Rechtswirkungen nicht ungeschehen machen. Auflösende Bedingungen des Firmenbuchantrags sind somit nur beachtlich, wenn die Bedingung bis zum Zeitpunkt der Eintragung eintritt.

Für die hier untersuchten Fälle bringen sowohl aufschiebende als auch auflösende Bedingungen keine zusätzlichen Vorteile gegenüber den bereits erörterten Möglichkeiten eines bedingten Vertrags/Plans oder Beschlusses. Da dem Vorstand kein Ermessen zusteht, ob er die Anmeldung vornimmt oder nicht, müsste ein bedingter Antrag jedenfalls im Innenverhältnis vom Beschluss der Hauptversammlung gedeckt sein. Aufschiebende Bedingungen haben – wie bereits dargestellt – den Nachteil, dass solche Anträge für den Fristenlauf bis zum Bedingungeintritt unerheblich sind. Die Wirkung auflösender Bedingungen können ebenso mit einer Rücknahme des Antrags erzielt werden

Als letzte denkbare Möglichkeit kommt ein bedingter Eintragungsbeschluss bzw Eintragung der Maßnahmen in Betracht. Dies verträgt sich im Allgemeinen nicht mit der rechtssichernden Funktion gerichtlicher Entscheidungen, weshalb diese nicht mit gesetzlich nicht vorgesehenen Bedingungen versehen werden können. Auch Eintragungsverfügungen können wohl allgemein nicht bedingt erlassen werden. Freilich könnte darüber nachgedacht werden, in

dem hier behandelten Sonderfall eine Ausnahme zuzulassen, was aber wohl nur de lege ferenda zu lösen ist. Vorbild könnte die Eintragung einer beabsichtigten Verschmelzung bzw Sitzverlegung (§ 15 Abs 3, § 24 Abs 3 SEG) sein, die eine vorläufige Eintragung der Verschmelzung darstellt, die aber erst bei Eintragung im Ausland endgültig wirksam wird.<sup>38)</sup> Zwar handelt es sich dabei nur um einen Gesamtvorgang, der sich in zwei Rechtsordnungen abspielt; jedenfalls aber könnte die Figur der beabsichtigten Maßnahme auch für zwei- oder dreifach gegliederte Gesamtvorgänge fruchtbar gemacht werden. Das schon mehrfach erwähnte Bedürfnis, die Eintragung der ersten Maßnahme mit der Eintragung der zweiten Maßnahme aufschiebend zu bedingen, kann durch die bereits erörterten Bedingungsmöglichkeiten nicht in den Griff bekommen werden, wenn die Eintragungen zeitlich auseinanderfallen. Das Rechtssicherheitsproblem wäre dadurch entschärft, dass die Bedingung in einer richterlichen Entscheidung liegt; zudem würde die aufschiebende Bedingung nur einen kurzen Zeitraum betreffen. Dennoch ist wohl davon auszugehen, dass eine derartige Vorgangsweise de lege lata mangels gesetzlicher Grundlage nicht zulässig ist.

### 3.3.3 Informationsunterlagen

Neben der Sicherung des Beschlussvorgangs selbst ist die Beschlussvorbereitung, insbesondere die angemessene Informationsversorgung der Anteilshaber sowie gegebenenfalls der Gläubiger sicherzustellen, dh sowohl die Vorlage der Unterlagen, die sich auf den ersten als auch auf den zweiten und allfällige weitere Umgründungsmaßnahmen beziehen. Ebenso ist die Einhaltung der jeweiligen Vorlage- bzw Offenlegungsfristen sicherzustellen. Fristen sind nicht Selbstzweck, sondern sollen den Adressaten ausreichend Zeit geben, sich über die entsprechende Maßnahme zu in-

32) OGH 6 Ob 229/02y GeS 2003, 444 = RdW 2003/627 (Rücknahme des Antrags auf Eintragung der formwechselnden Umwandlung einer deutschen GmbH in eine Personengesellschaft bei der österreichischen Zeigniederlassung).

33) Insgesamt krit zu der Entscheidung *Burgstaller/Pilgerstorfer*, Die Zurücknahme von Firmenbuchanmeldungen, NZ 2004, 278.

34) *Kodek/G Nowotny*, Das neue AußStrG und das Verfahren vor dem Firmenbuchgericht, NZ 2004, 257, 264 Fn 64; *Kalss* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar § 64 Rn 6.

35) *Burgstaller/Pilgerstorfer*, NZ 2004, 278, 281 f; *Kodek/Nowotny*, NZ 2004, 257, 264; zur alten Rechtslage *Schenk* in *Straube*, HGB I<sup>3</sup> § 12 Rn 1.

36) S allgemein *Schenk* in *Straube*, HGB I<sup>3</sup> § 12 Rn 1; *Burgstaller/Pilgerstorfer*, NZ 2004, 278, 282.

37) S zur alten Rechtslage *Schenk* in *Straube*, HGB I<sup>3</sup> § 12 Rn 1. Die neue Fassung des § 11 AußStrG entspricht den zuvor von der Judikatur zum allgemeinen Außerstreitverfahren entwickelten Grundsätzen, die aber nicht ohne weiteres auf das Firmenbuchverfahren umgelegt werden können.

38) S *Kalss* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar § 15 Rn 29.

formieren. Daher sind die Fristen bei zusammengezogenen Informationsvorgängen nicht zu kumulieren, sondern können auch gleichzeitig laufen. Es reicht aus, wenn die jeweils längste Frist eingehalten wird, die Fristen für die anderen Einzelmaßnahmen finden darin jedenfalls Deckung. Der parallele Fristenlauf bedeutet keine Verkürzung der Rechte der Anteilshaber oder Gläubiger, der nochmalige Fristenlauf für die zweite Maßnahme verbessert ihre Stellung nicht, sie können die genannten Informationen auch bei gleichzeitigem Fristenlauf zeitgerecht und zeitlich vorgelagert beziehen.

Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass bei einer mehrfachen Umgründung die Gefahr besteht, dass die Beurteilung der relevanten Verhältnisse für die Informationsadressaten (Anteilshaber, Gläubiger, Firmenbuch) wegen der gesteigerten Komplexität des Vorgangs und auch wegen der Stichtagsbezogenheit der Bilanzen erheblich erschwert werden kann. Aus diesem Grund ist über Mechanismen nachzudenken, die das Informationsdefizit und die Gefahr der Verschleierung bereits *de lege lata* zumindest teilweise ausgleichen können. Dem gesteigerten Bedarf an Transparenz ist folgendermaßen Rechnung zu tragen: (i) Anteilshabern, Gläubigern und Firmenbuch ist die Möglichkeit zu geben, den Zusammenhang zwischen den Maßnahmen und deren logischer Abfolge *nachzuvollziehen*. Dies erfordert eine ausreichend klare und ausführliche Darstellung der Abfolge in den Umgründungsunterlagen, dh *jedenfalls* im Vertrag bzw Plan, in den Bilanzen, aber auch in den Berichten, soweit auf diese nicht verzichtet wurde. Inhaltlich ist somit sicherzugehen, dass die einzelnen Maßnahmen in den jeweils dafür vorgesehenen Unterlagen (Vertrag, Plan, Bericht, Prüfung, Bilanz) klar dargestellt und offen gelegt werden, zugleich aber auch das Zusammenspiel und die endgültigen Folgen des gesamten Vorgangs klar dargelegt werden. Zur Sicherung der Transparenz dürfen die Parallelunterlagen der einzelnen Vorgänge (zB Verschmelzungsbericht, Spaltungsbericht) nicht zusammengefasst werden sondern sind einzeln darzustellen, in den einzelnen Dokumenten ist aber auf den Gesamtvorgang jeweils Bezug zu nehmen (*Umgründungstransparenz*). (ii) Die Darstellung in den Umgründungsunterlagen ist für Gläubiger und Rechtsverkehr wenig hilfreich, wenn diese Personen faktisch keine Möglichkeit haben, von dem Maßnahmenpaket Kenntnis zu nehmen. Nur bei der Spaltung ist die geplante Maßnahme zwingend ein Monat vor Beschlussfassung zu veröffentlichen und haben die Gläubiger ein Einsichtsrecht. Wenn der Spaltung zB eine Verschmelzung vorhergeht, hätten die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft, deren Vermögen aber nicht bei der übernehmenden bleibt, sondern zumindest teilweise wieder

„weitergespalten“ wird, keine Möglichkeit, von dem Vorgang in der gesetzlich vorgesehenen Weise Kenntnis zu nehmen, weil nur die bei der Verschmelzung übernehmende Gesellschaft nach Spaltungsrecht informationspflichtig ist. Dem ist dadurch Rechnung zu tragen, dass *auch die bei der Verschmelzung übertragende Gesellschaft* die spaltungsrechtlichen Informationspflichten einzuhalten hat.<sup>39)</sup> Die zwingende Vorabinformation gem § 7 SpaltG ist immer dann einzuhalten, wenn das von einer Verschmelzung oder Umwandlung betroffene Vermögen in einem *nachfolgenden* Schritt von einer Spaltung betroffen ist. (iii) Der Zusammenhang zwischen den einzelnen Maßnahmen muss für die externen Informationsadressaten erkennbar sein, da anderenfalls auch eine Ausdehnung der Informationspflichten ihren Zweck verfehlt. Aus diesem Grund ist in der Veröffentlichung der Einreichung gem § 7 SpaltG ein Hinweis auf den Zusammenhang mit anderen Maßnahmen – etwa der vorhergehenden Verschmelzung – samt Firma und Firmenbuchnummer der übrigen beteiligten Gesellschaften aufzunehmen.<sup>40)</sup> Gleiches gilt bei der nach Verschmelzungs- und Umwandlungsrecht vorgesehenen Veröffentlichungen, soweit diese gesetzlich vorgesehen sind (GmbH) bzw nicht auf die Einreichung und Veröffentlichung wirksam verzichtet wurde.

(iv) Die gesetzlich im Verschmelzungs- und Umwandlungsrecht teilweise vorgesehenen Verzichtsmöglichkeiten (oder der rechtsformbezogene Entfall wie bei der GmbH) der Zugänglichmachung der Information sind bei der Kombination mit einer *nachfolgenden Spaltung* teleologisch zu reduzieren, sodass auch zB bei einer Verschmelzung die Unterlagen wie bei der Spaltung zwingend ein Monat vor Beschlussfassung und auch für die Gläubiger zugänglich zu machen sind. Letztlich sind die mangelnde Verzichtbarkeit, die längere Offenlegungsfrist und der größere Adressatenkreis bei der Spaltung in diesen Fällen auch für die Verschmelzung zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass die an der Spaltung zwar nicht unmittelbar beteiligte Gesellschaft, deren Vermögen aber Gegenstand einer nachfolgenden Spaltung ist, nicht nur selbst den Pflichten gem § 7 SpaltG nachzukommen, sondern auch die verschmelzungs- und umwandlungsrechtlichen Einreichungs-, Veröffentlichungs- und Offenlegungspflichten in diesem Fall nicht verzichtbar sind, was aber wiederum – wegen der ohnehin zwingenden Offenlegungspflicht nach § 7 SpaltG analog – keinen wirklich ins Gewicht fallenden Mehraufwand bedeutet. Zwar ist dies vom Wortlaut der Regelungen über die Informationsrechte nicht gedeckt, aber aus dem Zweck der Regelung erscheint es gebo-

39) S ausführlich den zweiten Teil des Beitrags (GeS 2/2005).

40) Vgl dazu das Vorbild des § 5a FBC idF 2004.

ten, weil die Verschmelzungsunterlagen auch für die nachfolgende Spaltung relevant sind und der Gesamtvorgang nur dadurch wirklich transparent wird. Bei der Spaltung werden die Interessen der Gläubiger und Vertragspartner weit stärker beeinträchtigt als bei den anderen Umgründungsmaßnahmen, nämlich wegen der Unsicherheit der Zuordnung bei der partiellen Gesamtrechtsnachfolge, wegen der Beeinträchtigung der Haftungsmasse und auch der Notwendigkeit, auf Gefährdungslagen schnell zu reagieren (Sicherstellung). Demgegenüber wird durch die Verschmelzung zumindest typischerweise und soweit nur positive Vermögen übertragen werden das Haftungspotential nicht beeinträchtigt; unklare Zuordnungen ergeben sich wegen der Universal sukzession nicht, die Zuordnung kann vielmehr durch einfache Firmenbuchrecherche herausgefunden werden. Daher bleibt es bei den allgemeinen Vorschriften über die Verzichtbarkeit, wenn der Gesamtvorgang nicht zumindest eine Spaltung beinhaltet. Der Verzicht muss aber jedenfalls von allen betroffenen Anteilshabern abgegeben werden, wofür wieder auf den Gesamtvorgang abzustellen ist.

Insgesamt hat somit die Offenlegung der spaltungsrechtlichen Information zusätzlich durch die Vorgänger-Gesellschaft zu geschehen, da die Adressaten der Informationspflicht (Anteilshaber, Gläubiger, Rechtsverkehr) noch nichts von der ersten Umgründungsmaßnahme wissen und sich aus diesem Grund die Information von der Vorgängergesellschaft erwarten. Im Fall der Kombination von Verschmelzung und Spaltung hat somit *auch die bei der Verschmelzung übertragende Gesellschaft* die spaltungsrechtlichen Informationspflichten wahrzunehmen, diese treten zu den verschmelzungsrechtlichen Bestimmungen hinzu. Außerdem ist in die Veröffentlichung der Einreichung ein Hinweis auf den Zusammenhang mit den anderen Maßnahmen aufgenommen wird, da die Informationsversorgung sonst nicht zuordenbar wäre. Zusätzlich sind auch die verschmelzungs- und umwandlungsrechtlichen Informationspflichten für den der Spaltung vorhergehenden Schritt nicht verzichtbar.

Werden die Informationspflichten – hier bei mehrfachen Umgründungszügen, aber auch bei isolierten Einzelmaßnahmen – nicht eingehalten, stellt dies ein Eintragungshindernis dar, wenn die gesetzliche vorgeschriebene Einreichung und Veröffentlichung nicht fristgemäß vorgenommen wurde. In diesem Fall ist die fristgemäße Einreichung, Veröffentlichung und Beschlussfassung zu *wiederholen*.<sup>41)</sup> Die Verletzung der Pflicht zur Auslegung der Unterlagen ist aber jedenfalls dann kein Hindernis, wenn die Auslegung verzichtbar ist und von den Anteilshabern nicht im Weg der Beschlussanfechtung aufgegriffen wird;<sup>42)</sup> in diesem Fall hat

das Firmenbuchgericht nach § 19 FBG vorzugehen. Aber auch soweit es um die Verletzung der unverzichtbaren und auch den Gläubigern zugänglichen Auslegung nach dem SpaltG geht, erscheint eine zwingende Verweigerung der Eintragung – wenn das Gericht von der Verletzung der Auslegungspflicht überhaupt Kenntnis erhält – überzogen, vielmehr ist wohl eine Interessenabwägung der konkreten Situation (Informationsbedürfnis je nach Vorhandensein von Gläubigern oder Anteilshabern) sinnvoll und notwendig. Beim *gänzlichen Fehlen* vorgeschriebener Unterlagen – die gem § 13 SpaltG der Anmeldung beizulegen sind – ist aber wiederum anzunehmen, dass der gesamte Vorgang wiederholt werden muss, soweit die Unterlagen nicht verzichtbar sind und der Verzicht wenigstens nachträglich abgegeben wird.

Selbst wenn die Gesellschaft, die die Unterlagen zu erstellen und offen zu legen hat, noch nicht besteht, ist anzuerkennen, dass die dafür vorgesehenen Organe derartige Informationsunterlagen schaffen können, maßgeblich ist die Zuverlässigkeit und die Sicherung der Information der durch den Vorgang betroffenen Anteilshaber und Gläubiger.

### 3.3.4 Bilanzen

*Bilanzen* haben im Rahmen der Umgründungsmaßnahmen unterschiedliche Funktionen. Der *Zwischenbilanz* gem § 221a Abs 2 Z 3 AktG hat anders als der Jahresabschluss gem § 222 HGB nicht die Funktion der Ausschüttungsbemessung an die Aktionäre, vielmehr kommt ihr ausschließlich Informationsfunktion über den Vermögensstand in Zeitnähe zum Wirksamwerden des Vorgangs zu.<sup>43)</sup> Aus dieser Funktion ergeben sich die wenigen Besonderheiten bei der Zusammenziehung mehrerer Umgründungsschritte: Soweit die Aufstellung von Zwischenbilanzen erforderlich ist, sind die Zwischenbilanzen auch der jeweils anderen an den Umgründungsvorgängen beteiligten Gesellschaften zu erstellen und zugänglich zu machen, soweit diese Information relevant ist. Beispielsweise ist bei einer Kombination von Verschmelzung und Spaltung auch eine Zwischenbilanz der bei der Verschmelzung übertragenden Gesellschaft gem § 7 SpaltG auszulegen.<sup>44)</sup> Gleiches gilt für die Jahresabschlüsse.

41) *Inwinkl*, Probleme der Einreichungs- und Veröffentlichungspflicht von Unternehmen nach dem SpaltG, *GesRZ* 2004, 116, 120, die eine *Unterbrechung* des Firmenbuchverfahrens bis zur Nachholung der Information und Beschlussfassung annimmt.

42) Die Anfechtungsbeschränkung gem § 225b AktG kommt hier nicht zur Anwendung, s *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 221a AktG Rn 13.

43) *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 221a AktG Rn 11; *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rn 2.16; *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 152.

44) S den zweiten Teil des Beitrags (*GeS* 2/2005) 5.

Der verschmelzungsrechtlichen *Schlussbilanz* gem § 220 Abs 3 AktG kommen mehrere Funktionen zu: Sie ist Grundlage der Buchwertfortführung gem § 202 Abs 2 HGB<sup>45)</sup> und dient damit der Bilanzkontinuität. Sie hat somit nicht nur der Informationsfunktion, sondern ist mittelbar auch für zukünftige Ausschüttungen bei der übernehmenden Gesellschaft maßgeblich.<sup>46)</sup> Weiters hat die Schlussbilanz die Funktion der Kapitalerhöhungskontrolle gem § 223 Abs 2 AktG: Werden die Buchwerte fortgeführt und erreichen die fortgeführten Buchwerte den geringsten Ausgabebetrag, kann eine Gründungsprüfung unterbleiben. Die übernehmende Gesellschaft muss keine eigene Verschmelzungsbilanz (*Transferbilanz*) aufstellen, nur bei der Verschmelzung zur Neugründung ist eine Eröffnungsbilanz aufzustellen.

Das spaltungsrechtliche Gegenstück der Schlussbilanz gem § 220 Abs 3 AktG ist die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft gem § 2 Abs 2 SpaltG, die von der Spaltungsbilanz gem § 2 Abs 1 Z 12 SpaltG und – bei der Spaltung zur Neugründung – die Eröffnungsbilanz gem § 2 Abs 1 Z 12 SpaltG begleitet wird. Diese Bilanzen sind die Grundlage für die Buchwertfortführung bei der übertragenden und der neugegründeten bzw übernehmenden Gesellschaft. Die Schlussbilanz ist auf den Spaltungstichtag, die übrigen Bilanzen auf den darauf folgenden Tag aufzustellen.<sup>47)</sup>

Für die Kombination mehrerer Umgründungen stellt sich die Frage, ob und wie die Bilanzen miteinander verknüpft werden und insb ob die *Stichtage* identisch sein müssen. Betrachtet man etwa den Fall einer Verschmelzung mit nachfolgender Spaltung, wäre auf den ersten Blick ein identischer Spaltungs- und Verschmelzungstichtag nahe liegend. Die Frage stellt sich nicht nur bei der gleichzeitigen Eintragung mehrerer Maßnahmen, vielmehr auch dann, wenn die Maßnahmen hintereinander beschlossen und eingetragen werden; bei der gleichzeitigen Beschlussfassung und Eintragung wird die Frage nur besonders offensichtlich. Das Gesetz sieht für die handelsrechtliche Rechnungslegung keine Sonderregelungen für die Wahl des Stichtags bei hintereinander geschalteten Umgründungsvorgängen vor, vielmehr bleibt es nach dem Gesetzeswortlaut bei der freien Stichtagswahl, sofern der Stichtag nur maximal 9 Monate vor der Anmeldung liegt. Bei näherem Hinsehen erscheint eine teleologische Korrektur des Gesetzes auch nicht bzw nur für die Zwecke der Kapitalerhöhungskontrolle gem § 223 Abs 2 AktG geboten: Verschmelzungs- und Spaltungstichtag sind nur für die Rechnungslegung, aber nicht für die sonstigen Rechtsfolgen der Umgründung relevant.<sup>48)</sup> Das Gesetz verzichtet bei den genannten Schluss-, und Eröffnungsbilanzen auf eine aktuelle bzw zumindest zeitnahe Erfassung des von

der Umgründung betroffenen Vermögens, was für § 223 Abs 2 AktG einen Systembruch mit den allgemeinen Regeln der Kapitalaufbringungskontrolle darstellt. Veränderungen des Vermögens, die nach dem Stichtag eingetreten sind, werden in den Bilanzen nicht berücksichtigt, sondern schlagen sich in der Folgeperiode in der Rechnungslegung des übernehmenden Rechtsträgers nieder. Dies gilt auch dann, wenn die Vermögensveränderung besonders gravierend ist, und damit auch dann, wenn der übertragende Rechtsträger nach dem Stichtag an einer weiteren Umgründungsmaßnahme beteiligt ist. Das Gesetz akzeptiert somit eine veraltete Bilanzinformation<sup>49)</sup> und versucht diese Informationslücke durch eine Informationspflicht des Vorstands gem § 221a AktG bzw gem § 7 SpaltG jeweils ein Monat vor Beschlussfassung zu überbrücken. Die Schlussbilanz stellt nur eine – durchaus maßgebliche – Hilfe für die Vermögenszuordnung und Erläuterung der Vermögensverhältnisse dar,<sup>50)</sup> allein sie ist nicht die einzige Unterlage und zudem nur eine Hilfe und ein Indiz, aber nicht bindend. Für die Stichtage bedeutet dies, dass die Stichtagswahl für jede der Umgründungsmaßnahmen gesondert vorgenommen werden kann und von der jeweils anderen Maßnahme unberührt bleibt. Im bereits erwähnten Beispiel (Verschmelzung mit nachfolgender Spaltung) müssen Verschmelzungs- und Spaltungstichtag somit nicht identisch sein, vielmehr kann der Verschmelzungstichtag sowohl vor als auch nach dem Spaltungstichtag gewählt werden. Würden die beiden Umgründungsvorgänge getrennt voneinander vorgenommen werden, wäre eine derartige Wahl ebenfalls zulässig, dh dass der Spaltungstichtag vor dem Verschmelzungstichtag liegen kann. Der Grund liegt wiederum darin, dass der Stichtag nur den Wechsel in der Rechnungslegung und bilanziellen Erfassung markiert,

45) Hügel, Umgründungsbilanzen Rn 2.9.

46) Diese mittelbare Ausschüttungsbemessungsfunktion ergibt sich daraus, dass die Buchwerte (Aktiva und Passiva) bei der übernehmenden Gesellschaft fortgeführt werden können und damit Einfluss auf die zukünftigen Ergebnisse der übernehmenden Gesellschaft haben. Bei einer Kapitalerhöhung ist das zugeführte Eigenkapital – bei Aktiengesellschaften und großen GmbHs – allerdings einer gebundenen Kapitalrücklage zuzuführen. Der OGH (6 Ob 103/03w) ist offenbar der Ansicht, dass auch bei kleinen und mittleren GmbHs eine Ausschüttungssperre gem § 235 Z 3 HGB Platz greift, s dazu krit etwa Hirschler, Ausschüttungssperre und Umgründungen, GeS 2004, 244. Werden die Buchwerte nicht fortgeführt, so ist der Unterschiedsbetrag jedenfalls gem § 235 Z 3 HGB zu binden, auch insoweit ergibt sich eine Relevanz für zukünftige Gewinnausschüttungen.

47) S Hügel, Umgründungsbilanzen 6.20.

48) OGH GesRZ 2000, 277 (zu § 12a Abs 3 MRG); s ferner Nowotny, „Rückwirkende“ Umgründungen in der Handelsbilanz, SWK 1997, W 96 ff; Meier-Schatz, Die „Rückwirkung“ bei gesellschaftsrechtlichen Transaktionen, SAG 1997, 1 ff;

49) Krit Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 220 Rn 20; Saurer, Leveraged Management Buy-Out (1995) 181; Hügel, Umgründungsbilanzen Rn 2.7.

50) Zuletzt OLG Wien GesRZ 2004, 204; Kalss, WBI 2003, 49, 50; Kalss, Verschmelzung – Umwandlung – Spaltung § 15 SpaltG Rn 7.

nicht aber die Vermögenszuteilung festlegt oder – abgesehen von der Kapitalerhöhungskontrolle gem § 223 Abs 2 AktG – für sonstige Rechtsfolgen der Umgründung relevant ist. Liegt der Verschmelzungstichtag vor dem Spaltungstichtag, sind die Geschäftsfälle, die zwischen den Stichtagen angefallen sind, in den Spaltungsbilanzen (Schlussbilanz, Spaltungsbilanz, Eröffnungsbilanz) entsprechend – je nachdem, welche Vermögensteile sie betreffen – zu berücksichtigen. Liegt der Verschmelzungstichtag nach dem Spaltungstichtag, ist die Verschmelzung je nach Vermögenszuordnung in der laufenden Rechnungslegung (dh in den folgenden Jahresabschlüssen) der aus der Spaltung hervorgehenden Gesellschaften zu berücksichtigen.

Die Wahl des Stichtags ist auch unabhängig davon, ob die bilanzierende Gesellschaft zum Stichtag bereits bestanden hat oder nicht. Deutlich kommt dies in § 33 Abs 3 AktG zum Ausdruck, der – bei Gründung der Gesellschaft – die Aufstellung der Eröffnungsbilanz auf einen höchstens 9 Monate vor der Errichtung der Gesellschaft liegenden Stichtag zulässt.

Die freie Stichtagswahl darf jedoch nicht dazu führen, dass die externe Kapitalerhöhungskontrolle gem § 223 Abs 2 AktG auf Grund einer Schlussbilanz entfällt, die durch eine von dieser Bilanz nicht erfasste Umgründung überholt ist. Wird die Schlussbilanz einer übertragenden Gesellschaft etwa sowohl für eine Spaltung als auch eine nachfolgende Verschmelzung derselben Gesellschaft verwendet, schlägt sich der spaltungsbedingte Vermögensabgang nicht in der Schlussbilanz nieder. Für diese Fälle ist § 223 Abs 2 AktG teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass auch eine Buchwertfortführung und Deckung des Ausgabetrags durch die Werte der Schlussbilanz nicht ausreicht, um den Entfall der Kapitalerhöhungsprüfung bei der übernehmenden Gesellschaft zu rechtfertigen. Die Kapitalerhöhungsprüfung kann aber wohl dann entfallen, wenn nach der Spaltungsbilanz weiterhin eine Deckung des Ausgabetrags gegeben ist.

Unabhängig von der Wahl des Verschmelzungs- oder Spaltungstichtags hat die Vermögensbewertung zur Ermittlung des Umtauschverhältnisses oder der Barabfindung die jeweils vorangegangene Umgründungsmaßnahme zu berücksichtigen. Auch die Vermögenszuordnung vom Spaltungsplan muss in jedem Fall eine genaue Zuordnung der Vermögensteile gewährleisten; das Auseinanderfallen der Stichtage wird im Regelfall höhere Anforderungen an die Zuordnung mit sich bringen. Die Einschränkung der Informationsfunktion der genannten Bilanzen ist zur Sicherung der notwendigen Transparenz durch entsprechende Erläuterun-

gen in den Vorstandsberichten auszugleichen.

Für die Zwecke der Überprüfung durch das Firmenbuchgericht wird es erforderlich sein, den Informationsgehalt der Schlussbilanz durch Spalten, Rubriken oä, die vorangegangene Schritte berücksichtigen, aufzubessern. Vielfach wird auch eine verbale Erklärung des Vorstands ausreichen, um den aktuellen Vermögensstatus (positiver Verkehrswert) glaubhaft zu machen. Eine (echte) Zwischenbilanz zu einem Stichtag in Zeitnähe zur Anmeldung ist zwar außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fälle im Regelfall nicht zu fordern und die Entscheidung des Gesetzgebers, der die veraltete Information grundsätzlich genügen lässt, zu respektieren, doch ist die Informationslücke zwischen Stichtag und Anmeldung durch aussagekräftige Zusatzinformationen zu füllen.

### 3.3.1.1 Verfahrensrechtlicher Fragenkreis

#### 3.3.1.1.1 Zuständigkeit

Ein *verfahrensrechtlicher* Aspekt kommt darin zum Ausdruck, dass für eine gleichzeitige Eintragung der Maßnahme dasselbe Gericht zuständig sein muss. Dies bereitet jedenfalls dann kein Problem, wenn schon bei hintereinander geschalteter Vornahme der Vorgänge dasselbe Gericht zuständig ist, zB bei einer Verschmelzung mit anschließender Spaltung, bei der für beide Vorgänge das Gericht des Sitzes der Gesellschaft zuständig ist, die bei der Verschmelzung als übernehmende auftritt (s unten 5.2.e). Die gleichzeitige Durchführung ist ferner dann möglich, wenn für die einzelnen Maßnahmen zwar unterschiedliche Zuständigkeiten bestehen, die beteiligten Gesellschaften aber ihren Sitz im selben Sprengel haben. Sind für die beteiligten Gesellschaften hingegen verschiedene Firmenbuchgerichte örtlich zuständig (s die Konstellation unten 5.1), stößt die Möglichkeit der Zusammenziehung der Schritte an ihre Grenzen.<sup>51)</sup> Verschmelzungs-, Spaltungs- und Umwandlungsrecht konzentrieren die Zuständigkeit für die Eintragung jeweils bei *einer* der in Betracht kommenden Sitzgerichte (§ 225a AktG, § 14 Abs 1 SpaltG, § 3 UmwG). Eine derartige Konzentration scheitert bei den gesetzlich nicht geregelten Fällen daran, dass das Gesetz keine Zuständigkeitsregelung vorsieht, welches der mehreren in Betracht kommenden Gericht nun zuständig sein soll. Die Gerichtszuständigkeit ist der Parteienvereinbarung nicht zugänglich. Dem Problem ist dadurch zu begegnen, dass die Eintragungen – in der richtigen Reihenfolge – zeitlich gestaffelt vorgenommen werden, was im Regelfall nur eine geringe Zeitverzögerung mit sich bringt. Ei-

51) *Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung* § 1 SpaltG Rn 7.