

# **Diplomarbeit**

Zur Erlangung des akademischen Grades  
einer Magistra der Rechtswissenschaften  
an der Karl-Franzens-Universität Graz

## **Genussrechte und Schuldverschreibungen bei Verschmelzung und Spaltung**

### **Eine Untersuchung nach deutschem und österreichischem Recht**

eingereicht bei

ao. Univ.-Prof. Dr.iur. Alfons Grünwald  
Institut für Österreichisches und Internationales  
Unternehmens- und Wirtschaftsrecht

von

Alina Rath

Graz, 2015

## **Danksagung**

Diese Arbeit widme ich meinem Papa, der mir die Juristerei schon in die Wiege gelegt hat, mich aber nie zu diesem Weg gedrängt hat. Danke Papa, dass du mir den ganzen langen und beschwerlichen Weg meines Studiums immer mit Rat und Tat zur Seite gestanden bist, mich aufgebaut hast wenn mal alles aussichtslos schien und viele Stunden mit mir verbracht hast um mit mir für Prüfungen zu lernen.

Dann möchte ich noch meinem Betreuer Herrn Prof. Grünwald danken, der mir immer hilfsbereit und freundlich entgegen kommen ist und auf jede Frage eine schnelle Antwort parat hatte. Wenn ich auf meine Studienzeit zurückblicke, werde ich mich an Herrn Grünwald als sehr kompetenten und freundlichen Professor zurückerinnern, dessen Lehrveranstaltungen immer höchst interessant waren. Danke für ihre nette Betreuung während meiner Diplomarbeit.

## **Ehrenwörtliche Erklärung**

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen inländischen oder ausländischen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

Graz, März 2015

## Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktRÄG	Aktienrechts-Änderungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
Bzw	beziehungsweise
dAktG	deutsches Aktiengesetz
dGBO	deutsche Grundbuchordnung
dGenG	deutsches Genossenschaftsgesetz
dUmwG	deutsches Umwandlungsgesetz
dZPO	deutsche Zivilprozessordnung
EG	Europäische Gemeinschaft
EU-GesRÄG	EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz
ff	fortfolgende
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GsbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
HGB	Handelsgesetzbuch
IO	Insolvenzordnung
KG	Kommanditgesellschaft
KMG	Kapitalmarktgesetz
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
öAktG	österreichisches Aktiengesetz
öArbVG	österreichisches Arbeitsverfassungsgesetz
öAVRAG	österreichisches Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz

öBWG	österreichisches Bankwesengesetz
öEO	österreichische Exekutionsordnung
öGmbHG	österreichisches Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
öMRG	österreichisches Mietrechtsgesetz
öKapBG	österreichisches Kapitalberichtigungsgesetz
öKSchG	österreichisches Konsumentenschutzgesetz
öUGB	österreichisches Unternehmensgesetzbuch
öSpaltG	österreichisches Spaltungsgesetz
öVAG	österreichisches Versicherungsaufsichtsgesetz
öZPO	österreichische Zivilprozessordnung
SE	Europäische Gesellschaft (Societas Europaea)
StruktVG	Strukturverbesserungsgesetz

## Inhaltsverzeichnis

<b>1. ÜBER GENUSSRECHTE</b>	<b>3</b>
<b>1.1. HISTORISCHE ENTWICKLUNG VON GENUSSRECHTEN</b>	<b>3</b>
<b>1.2. BEGRIFF UND RECHTSNATUR</b>	<b>6</b>
<b>1.3. INHALTLICHE AUSGESTALTUNG VON GENUSSRECHTEN</b>	<b>7</b>
1.3.1. GEWINNBETEILIGUNG DES GENUSSRECHTSINHABERS	8
1.3.2. BETEILIGUNG AM LIQUIDATIONSGEWINN	8
1.3.4. WANDLUNGSRECHT	9
<b>1.4. DER RANG DES GENUSSRECHTS</b>	<b>9</b>
<b>1.5. DER GENUSSSCHEIN</b>	<b>10</b>
<b>1.6. KAPITALVERÄNDERUNGEN</b>	<b>10</b>
1.6.1. KAPITALERHÖHUNGEN	10
1.6.2. KAPITALHERABSETZUNGEN	11
<b>1.7. VERWÄSSERUNGSSCHUTZ</b>	<b>11</b>
1.7.1 DIE RECHTSLAGE IN DEUTSCHLAND	11
1.7.2. DIE RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH	12
<b>1.8. BEZEICHNUNG ALS GENUSSRECHT</b>	<b>13</b>
<b>1.9. EINSATZGEBIETE DES GENUSSRECHTS</b>	<b>13</b>
<b>2. ÜBER SCHULDVERSCHREIBUNGEN</b>	<b>14</b>
<b>2.1. ALLGEMEINES</b>	<b>14</b>
<b>2.2. WANDELSCHULDVERSCHREIBUNGEN</b>	<b>14</b>
<b>2.3. OPTIONSSCHULDVERSCHREIBUNGEN</b>	<b>15</b>
<b>2.4. GEWINNSCHULDVERSCHREIBUNGEN</b>	<b>15</b>
<b>2.5. AUSGABE VON SCHULDVERSCHREIBUNGEN UND GENUSSRECHTEN LAUT ÖAKTG</b>	<b>15</b>
<b>3. DAS BEZUGSRECHT DER AKTIONÄRE</b>	<b>17</b>
<b>4. ÜBER DIE VERSCHMELZUNG</b>	<b>18</b>
<b>4.1. EUROPARECHTLICHE GRUNDLAGEN</b>	<b>18</b>
<b>4.2. DIE VERSCHMELZUNG IM DEUTSCHEN RECHT</b>	<b>19</b>
4.2.1. DIE ARTEN DER VERSCHMELZUNG	19
4.2.2. VERSCHMELZUNGSFÄHIGE RECHTSTRÄGER	19
4.2.3. DER VERSCHMELZUNGSVERTRAG	20
4.2.4. DIE FORM DES VERSCHMELZUNGSVERTRAGES	21
4.2.5. DER VERSCHMELZUNGSBERICHT	22
4.2.6. DIE PRÜFUNG DER VERSCHMELZUNG	23
4.2.7. DER VERSCHMELZUNGSBESCHLUSS	24
4.2.8. DIE ANMELDUNG DER VERSCHMELZUNG	24
<b>4.3. DIE VERSCHMELZUNG IN ÖSTERREICH</b>	<b>25</b>
4.3.1. DIE DER VERSCHMELZUNG DER AG	25
4.3.2. DER VERSCHMELZUNGSVERTRAG	25
4.3.3 DIE RECHTSFORMÜBERGREIFENDE VERSCHMELZUNG	27
<b>5. DIE ANPASSUNG DER VERTRAGSVERHÄLTNISSE BEI VERSCHMELZUNGEN</b>	<b>28</b>
<b>5.1. MITEINANDER UNVEREINBARE VERPFLICHTUNGEN</b>	<b>28</b>
<b>5.2. DER ANSPRUCH AUF GLEICHWERTIGE RECHTE</b>	<b>29</b>
5.2.1. DIE RECHTSLAGE IN DEUTSCHLAND	29
5.2.1.1. ANTEILE OHNE STIMMRECHT	30
5.2.1.2. WANDELSCHULDVERSCHREIBUNGEN	30
5.2.1.3. GEWINNSCHULDVERSCHREIBUNGEN	31
5.2.1.4. GENUSSRECHTE	31

5.2.2. DIE RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH	32
<b>6. ÜBER DIE SPALTUNG</b>	<b>34</b>
<b>6.1. EUROPARECHTLICHE GRUNDLAGEN</b>	<b>34</b>
<b>6.2. DIE SPALTUNG IN DEUTSCHLAND</b>	<b>34</b>
6.2.1. DIE FORMEN DER SPALTUNG IN DEUTSCHLAND	34
6.2.1.1. DIE AUFSPALTUNG	35
6.2.1.2. DIE ABSPALTUNG	35
6.2.1.3. DIE AUSGLIEDERUNG	35
6.2.3. DIE KOMBINATION VON SPALTUNGSVORGÄNGEN	36
6.2.4. SPALTUNGSFÄHIGE RECHTSTRÄGER	36
6.2.5. AUF DIE SPALTUNG ANZUWENDENDE VORSCHRIFTEN	36
6.2.6. DER SPALTUNGSVERTRAG	37
6.2.7. DER SPALTUNGSBERICHT	38
6.2.8. ANMELDUNG UND EINTRAGUNG DER SPALTUNG	39
<b>6.3. DIE SPALTUNG IN ÖSTERREICH</b>	<b>40</b>
6.3.1. ZUR RECHTSENTWICKLUNG	40
6.3.2. DIE FORMEN DER SPALTUNG IN ÖSTERREICH	40
6.3.3. DER SPALTUNGSPLAN	41
6.3.4. SPALTUNGS- UND ÜBERNAHMEVERTRAG	43
6.3.5. DER SPALTUNGSBERICHT	43
6.3.6. DIE PRÜFUNG DER SPALTUNG	44
6.3.7. DIE VORBEREITUNG DER BESCHLUSSFASSUNG	45
6.3.8. DER SPALTUNGSBESCHLUSS	46
<b>7. DIE GESAMTRECHTSNACHFOLGE BEI SPALTUNGEN</b>	<b>47</b>
<b>7.1 DIE RECHTSLAGE IN DEUTSCHLAND</b>	<b>48</b>
7.1.1. DIE PARTIELLE GESAMTRECHTSNACHFOLGE	48
7.1.2. DIE SCHRANKEN DER PARTIELLEN GESAMTRECHTSNACHFOLGE	48
7.1.3. DIE VERMÖGENSÜBERTRAGUNG DURCH PARTIELLE GESAMTRECHTSNACHFOLGE	50
7.1.3.1. DIE ÜBERTRAGUNG VON GRUNDSTÜCKEN, ERBBAURECHTEN UND WOHNUNGSEIGENTUM	50
7.1.3.2. DIE ÜBERTRAGUNG VON RECHTEN AN GRUNDSTÜCKEN	51
7.1.3.3. DIE ÜBERTRAGUNG VON IMMATERIALGÜTERRECHTEN	51
7.1.3.4. DIE ÜBERTRAGUNG VON FORDERUNGEN	52
7.1.3.5. DIE ÜBERTRAGUNG VON VERBINDLICHKEITEN UND VERPFLICHTUNGEN	52
7.1.3.6. DIE ÜBERTRAGUNG VON VERTRÄGEN	53
7.1.3.7. DIE ÜBERTRAGUNG VON OPTIONEN UND SCHULDRECHTLICHEN VORKAUFRECHTEN	53
7.1.3.8. DIE ÜBERTRAGUNG VON VOLLMACHTEN	54
7.1.3.9. DIE ÜBERTRAGUNG DER FIRMA BZW. DES NAMENS	54
7.1.3.10. DIE ÜBERTRAGUNG VON MITGLIEDSCHAFTSRECHTEN	54
7.1.3.11. DIE ÜBERTRAGUNG VON RECHTSPOSITIONEN AUS UNTERNEHMENSVERTRÄGEN	55
7.1.3.12. DIE ÜBERTRAGUNG VON VERFAHRENSSTELLUNGEN	55
7.1.3.13. DIE ÜBERTRAGUNG VON ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN RECHTSPOSITIONEN	56
<b>7.2. DIE RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH</b>	<b>56</b>
<b>8. DER ÜBERGANG VON GENUSSRECHTEN, WANDEL- UND GEWINNSCHULDVERSCHREIBUNGEN IM FALLE DER SPALTUNG</b>	<b>60</b>
<b>8.1. DIE RECHTSLAGE IN DEUTSCHLAND</b>	<b>60</b>
<b>8.2. DIE RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH</b>	<b>62</b>
<b>9. DIE RECHTSMISSBRÄUCLICHE SPALTUNG</b>	<b>63</b>
<b>10. ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>64</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b>	<b>65</b>

# 1. Über Genussrechte

## 1.1. Historische Entwicklung von Genussrechten

Zum ersten Mal wurde der Einsatz von Genussscheinen in Frankreich erwähnt. Unter der Führung des ehemaligen französischen Vizekonsuls in Ägypten, Ferdinand de Lesseps wurde für den Bau des Suezkanals im Jahr 1854 eine Suezkanalgesellschaft gegründet, die an jeden ihrer Gesellschafter einen Genussschein ausgab. Diese Genussscheine wurden später an der Pariser Börse gehandelt und erzielten im Jahr 1912 den beachtlichen Kurswert von 2,3 Millionen französischen Francs. Diese Entwicklung war der Anstoß für die Ausgabe von vielen weiteren Genussscheinen, vor allem in Verbindung mit Überseeprojekten, wie zum Beispiel dem Bau des Panamakanals. Da die Panamagesellschaft letztendlich jedoch nicht fähig war das Projekt zu beenden und kurz vor dem Untergang stand, nahm die anfängliche Genussrechtsbegeisterung wieder ein wenig ab.<sup>1</sup>

In Deutschland und Österreich tauchten Genussscheine vor allem im Zusammenhang mit konzessionierten Eisenbahngesellschaften auf. In Österreich war die Konzession für einen privaten Eisenbahnbetrieb gesetzlich auf 90 Jahre beschränkt und das Eigentum an den Bahnanlagen fiel mit Ablauf dieses Zeitpunktes ohne Entschädigung an den Staat oder an Gemeinden zurück. Aus diesem Grund war die Gefahr gegeben, dass die Aktionäre ihr Kapital vor Ablauf der Konzession nicht mehr zurück erhalten würden. Die Gesellschaften bemühten sich deshalb ihren Aktionären ihre Einlagen schon während der Konzessionslaufzeit zurück zu zahlen. Zu diesem Zweck erhielten die Aktionäre Genussscheine, die den Aktionären zusätzlich zur Rückzahlung des Nennwerts, Anteile am Gewinn und möglicherweise am Liquidationserlös der Gesellschaft einbrachten. Da manche Genussrechtsinhaber jedoch auch weiterhin ihre Stimmrechte behielten, redet man in diesem Zusammenhang von Genussaktien.<sup>2</sup>

Die Ausgabe von Genussrechten war also schon vor den gesetzlichen Regelungen von Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen, für die das Genussrecht den Oberbegriff darstellt, möglich. Eine Wandelschuldverschreibung ist eine Schuldverschreibung mit einem Umtauschrecht in Aktien oder mit einem Bezugsrecht auf Aktien. In Deutschland wurde die erste Wandelschuldverschreibung in den Jahren 1856/57 von der Aktiengesellschaft „Dortmunder Verein“ ausgegeben. Wie bereits erwähnt, wurden Genussrechte anfänglich vor al-

---

<sup>1</sup> Bürger, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten (1987)5

<sup>2</sup> Bürger, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten (1987)7



lem von privaten Eisenbahngesellschaften begeben. Dazu sah in Österreich der §33 Aktienregulativ 1899 die Ausgaben von Genussrechte für die Einlösung von Aktien, die verlost wurden vor. Nach dem Jahr 1870, der so genannten „Gründerzeit“ war die Ausgabe von „Gründer-Genussscheinen“ besonders beliebt. Mit ihnen wurde die Hingabe von Kapital durch die Gründer entlohnt, vor allem auch durch Bezugsrechte auf junge Aktien bei zukünftigen Kapitalerhöhungen.<sup>3</sup>

Dies wurde aber schon durch die deutsche Aktiennovelle 1884 unterbunden, da diese ein Verbot der Ausgabe von Gründer-Genussscheinen vorsah. Auch das geltende Recht Deutschlands und Österreichs (§187 Abs. 3 dAktG; §154 Abs. 2 öAktG) verbietet ein Bezugsrecht auf junge Aktien ohne den Besitz einer Aktie, außer durch einzeln ausgegebene Optionsscheine bei Optionsanleihen, die sich auf Aktien aus bedingtem Kapital der Gesellschaft oder auf eigenen Aktien beziehen. Um ein Genussrecht wirksam als Gegenleistung für eine Gründertätigkeit zu begeben, muss dies als Sondervorteil schon bei der Gründung in Deutschland wie in Österreich in der Satzung festgesetzt werden (§26 dAktG; §19 öAktG).<sup>4</sup>

Da mit der immer größer werdenden Popularität von Wandelschuldverschreibungen in den USA in den 1920er Jahren erste Regelungslücken betreffend Bezugsrechten, der Kontrolle des Managements bei der Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen und der Gefahr der Aushöhlung von Gewinnbeteiligungsrechten der Altaktionäre und deren Verwässerung, wenn das Bezugsrecht ausgeschlossen wird auftauchten, kam es im Jahr 1925 zu Diskussionen im 33. und 34. Deutschen Juristentag. Gleichzeitig erhöhte sich die Bedeutung von Genussrechten in Deutschland als Instrument zur Kapitalbeschaffung, da so der Einfluss der alten Aktionäre unverändert blieb, weil keine Stimmrechte abgegeben werden mussten. Dies änderte sich jedoch mit der Einführung von stimmrechtslosen Vorzugsaktien durch das AktG 1937.<sup>5</sup>

Eine weitere Diskussion über die Frage der Zulässigkeit von Genussscheinen brachte der 55. Deutsche Juristentag 1984 zu Tage. Die Diskussion wurde durch die Fragestellung des Gutachtens B von *Dieter Reuter* entfacht: „Welche Maßnahmen empfehlen sich, insbesondere im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, um die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen langfristig zu verbessern?“. *Reuter* beschäftigte sich mit der Emission aktiengleicher Genussrechte zum Zweck der Eigenkapitalversorgung von Unternehmen. *Reuter* war der Meinung, dass es nicht mehr zulässig ist einen aktiengleichen Genussschein auszugeben, da mit dem AktG 1937 die stimmrechtslose Vorzugsaktie geschaffen wurde und von der parallelen Zulassung beider Instrumente nicht ausgegangen werden kann. *Reuter* meinte

---

<sup>3</sup> *Reich-Rohrwig*, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolex* 02/2013,134

<sup>4</sup> *Reich-Rohrwig*, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolex* 02/2013,134

<sup>5</sup> *Reich-Rohrwig*, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolex* 02/2013,134

weiterhin, dass die Ausgabe von aktiengleichen Genussscheinen erst recht kein zulässiges Mittel zur Eigenkapitalbeschaffung für Einzelunternehmen, Personengesellschaften oder einer GmbH sein kann. Der Juristentag stimmte mit knapper Mehrheit jedoch dafür, die gesetzlichen Bedingungen für die Ausgabe von fungiblen Genussscheinen als Eigenkapital ohne Mitverwaltungsrechte zu ermöglichen.<sup>6</sup>

Zum ersten Mal erwähnt wurden Genussscheine im deutschen Recht im Jahr 1923 in § 12 der Verordnung über Goldbilanzen. Bevor das deutsche AktG 1937 in Kraft trat wurden Genussrechte nur außerhalb des Gesellschaftsrechts erwähnt. Die betreffende Vorschrift im deutschen AktG 1937 (§ 174) erlangte ab dem 1.3.1939 auch in Österreich Geltung. Trotz der Aktienrechtsreformen im Jahre 1965 blieb die Regelung des § 174 dAktG über Genussrechte, Wandelschuldverschreibungen und Gewinnschuldverschreibungen nahezu unverändert. Eine Änderung betraf das Genehmigungserfordernis für die Ausgabe von Schuldverschreibungen, das in beiden Ländern aus dem AktG entfernt wurde. Jedoch blieb es wegen gesonderten gesetzlichen Regelungen noch für einige Jahre bestehen. Für Deutschland geboten durch die §§ 795 und 808a BGB bis zum 31.12.1990 und in Österreich durch das Wertpapieremissionsgesetz, das 1991 durch das KMG außer Kraft trat. Die Reform des deutschen Aktienrechts 1965 folgte der Regelung des § 174 AktG in § 221 dAktG 1965 mit nur unwesentlichen sprachlichen Abänderungen in den Abs. 1,3 und 4. In Deutschland wie in Österreich wurde nachfolgend die Möglichkeit zur Ermächtigung der Hauptversammlung an den Vorstand und den Aufsichtsrat zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen eingeführt. In Deutschland 1978 zusammenhängend mit der Umsetzung der zweiten Kapitalrichtlinie der EG und in Österreich durch das EU-GesRÄG 1996. Auch für Kreditinstitute und Versicherungen gibt es in beiden Ländern gesonderte gesetzliche Arten von Genussrechten mit Eigenkapitalcharakter, womit die Eigenkapitalqualität sichergestellt werden soll. In Österreich nennt man diese speziellen Genussrechte mit Eigenkapitalcharakter „Partizipationskapital“ und „Ergänzungskapital“.<sup>7</sup>

Für die Europäische Aktiengesellschaft gilt gemäß Art. 5 des SE-Status für Fragen der Kapitalaufbringung das nationale Recht an dem die Gesellschaft ihren Sitz hat. Hat eine Gesellschaft also ihren Sitz in Deutschland oder in Österreich gelten für diese Gesellschaft die nationalen Regelungen über Wandelanleihen, Optionsanleihen und Genussrechte. Die Ausgabe von Genussrechten wird, trotz fehlender gesetzlicher Regelungen allgemein nicht nur durch die Aktiengesellschaft, sondern auch durch GmbH, Genossenschaften, OGs, KGs und Einzelunternehmen für zulässig erachtet.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> *Pougin, Genußrechte (1987)7f*

<sup>7</sup> *Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, eolex 02/2013,134*

<sup>8</sup> *Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, eolex 02/2013,134*

## 1.2. Begriff und Rechtsnatur

Weder im deutschen noch im österreichischen Recht befinden sich Bestimmungen, die den Begriff des Genussrechts definieren. Es fehlt also an einer gültigen Legaldefinition. Im Gegensatz zu Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen, die in § 174 öAktG definiert werden, wird der Begriff des Genussrechts in Abs. 3 nur vorausgesetzt. Aufgrund des Verweises in § 174 Abs. 3 öAktG gelten für Genussrechte die gleichen Bestimmungen wie für Wandel,- und Gewinnschuldverschreibungen.<sup>9</sup> Dagegen wird der Begriff des Genussrechts im österreichischen GmbH-Gesetz, im Recht der Personengesellschaften oder im öGenossenschaftsgesetz nicht einmal erwähnt. Jedoch hat der OGH ausgesprochen, dass Genussrechte nicht nur von Kapitalgesellschaften, sondern auch von Personengesellschaften, Genossenschaften und unter gewissen Umständen auch von Einzelunternehmen ausgegeben werden können<sup>10</sup>.

Versucht man eine Definition des Genussrechts, könnte diese wie folgt lauten: „Von einem Genussrecht spricht man gemeinhin, wenn eine Gesellschaft einem Nichtgesellschafter typische gesellschaftsrechtliche Vermögensrechte, insbesondere Anteile am Gewinn und am Liquidationserlös, einräumt, eventuell verbunden mit der Forderung auf einen festen Geldbetrag.“<sup>11</sup>

Nach ihrer rechtlichen Natur stellen Genussrechte in erster Linie Gläubigerrechte dar, aus denen sich schuldrechtliche Ansprüche ableiten können und die ihrem Inhaber Vermögensrechte beschaffen, die normalerweise nur einem Aktionär zustehen.<sup>12</sup> Das Finanzierungsinstrument des Genussrechts ist nur in Deutschland, Österreich und der Schweiz bekannt und hat stets schuldrechtlichen Charakter<sup>13</sup>.

Da Genussrechte in ihrer typischen Ausgestaltung nur Vermögensrechte enthalten, unterscheiden sie sich dadurch von Gesellschaftsanteilen, dass sie dem Genussrechtsinhaber keine Mitgliederrechte einräumen, sondern reine Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art<sup>14</sup>. Ein Genussrechtsverhältnis entsteht durch Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrages zwischen einer Gesellschaft und dem Erwerber<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup> Band II (2012),2608

<sup>10</sup> OGH 29.1.2003, 7 Ob 267/09v

<sup>11</sup> Bürger, Genußrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten (1987)4

<sup>12</sup> Pougin, Genußrechte (1987) 4

<sup>13</sup> Mantler, Genussrecht als Instrument der Unternehmensfinanzierung, in Handbuch Genussrechte, Steuerliches Planungselement, rechtliche und bilanzielle Rahmenbedingungen (2010) 65

<sup>14</sup> Pougin, Genußrechte (1987) 2

<sup>15</sup> Pougin, Genußrechte (1987) 3

Da ein Genussrechtsverhältnis nicht durch Erfüllung endet, sondern auf wiederkehrende Leistungen gerichtet ist und einer Gesellschaft Kapital für einen längeren Zeitraum überlassen wird, ist es als Dauerschuldverhältnis qualifizieren. Weiters handelt es sich bei einem Genussrechtsvertrag um einen Vertrag *sui generis*, auf den aber analog die Regelungen über die stille Gesellschaft angewendet werden können<sup>16</sup>.

### 1.3. Inhaltliche Ausgestaltung von Genussrechten

Genussrechte können sehr mannigfaltig ausgestaltet sein. Durch die fehlenden gesetzlichen Bestimmungen herrscht weitestgehend Gestaltungsfreiheit im Rahmen der Privatautonomie. Dieser Freiraum geht auf den historischen Gesetzgeber zurück und ist keineswegs unbeabsichtigt. Der Gesetzgeber wollte damit erreichen, dass die vielfältige Gestaltung von Genussrechten nicht gehemmt wird und die sich im Fluss befindende Entwicklung nicht behindert wird.<sup>17</sup> Bei der Gestaltung von Genussrechten wird die Privatautonomie in Österreich lediglich durch die Bestimmungen der §§ 864a, 879 ABGB und § 6 öKSchG beschränkt.<sup>18</sup>

Grundsätzlich können Genussrechte aktien- oder obligationenähnlich ausgestaltet werden. Aktienähnlich ist ein Genussrecht dann, wenn eine Beteiligung am laufenden Gewinn sowie auch am Liquidationserlös festgelegt wird. Diese Vermögensrechte werden dem Genussrechtinhaber in vergleichbarer Weise gewährt wie einem Aktionär oder Gesellschafter, denen diese Rechte typischerweise zukommen. Bei dieser Ausgestaltung des Genussrechts wird das Kapital, das der Gesellschaft zugeführt wird als (materielles) Eigenkapital oder Mezzaninkapital angesehen.<sup>19</sup>

Mezzaninkapital, als hybride Finanzierungsform wird wirtschaftlich zwischen reinem Eigenkapital und Fremdkapital eingeordnet, da je nach konkreter Ausgestaltung eigenkapitalähnliche wie auch fremdkapitalähnliche Eigenschaften vorliegen.<sup>20</sup>

Hingegen wird dem Genussrechtinhaber bei einem obligationsartig ausgestaltetem Genussrecht eben keine gesellschafterähnliche Position verschafft. Da keine Beteiligung am Liquidationserlös der Gesellschaft vereinbart wird, ist auch keine Substanzbeteiligung an der Gesellschaft vorhanden, was einer Schuldverschreibung mit Gewinnbeteiligungskomponente nahekommt. Ein obligationsartiges Genussrecht dient vor allem der Kapitalbeschaffung und

---

<sup>16</sup> *Bauer*, Genussrechte- ein zivilrechtlicher Überblick, in Handbuch Genussrechte, Steuerliches Planungselement, rechtliche und bilanzielle Rahmenbedingungen (2010)31

<sup>17</sup> *Bauer*, Genussrechte- ein zivilrechtlicher Überblick, in Handbuch Genussrechte, Steuerliches Planungselement, rechtliche und bilanzielle Rahmenbedingungen (2010)19

<sup>18</sup> *Reich-Rohrwig*, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolx* 02/2013,133

<sup>19</sup> *Bauer*, Genussrechte- ein zivilrechtlicher Überblick, in Handbuch Genussrechte, Steuerliches Planungselement, rechtliche und bilanzielle Rahmenbedingungen (2010)22

<sup>20</sup> *Mantler*, Genussrecht als Instrument der Unternehmensfinanzierung, in Handbuch Genussrechte, Steuerliches Planungselement, rechtliche und bilanzielle Rahmenbedingungen (2010)63

nicht der Verschaffung einer gesellschafterähnlichen Stellung, was für die Einordnung des eingezahlten Kapitals an die Gesellschaft als Fremdkapital spricht.<sup>21</sup>

### 1.3.1. Gewinnbeteiligung des Genusssrechtsinhabers

Die Beteiligung des Genusssrechtsinhabers am Gewinn des Unternehmens wird als Kernrecht aller Genusssrechtsverhältnisse bzw. als das entscheidende Merkmal des Genusssrechts angesehen. Die Gewinnbeteiligung kann wie das Genusssrecht selbst sehr unterschiedlich gestaltet werden. Man unterscheidet beispielsweise zwischen einer gewinnabhängigen und einer gewinnorientierten Beteiligung, wobei auch Mischformen zulässig sind. Als Bemessungsgröße für den Gewinn dienen zum Beispiel der Jahresüberschuss, der Bilanzgewinn und der Ausschüttungsgewinn.<sup>22</sup>

Bleibt eine Zahlung auf Grund eines Bilanzverlusts in einem Jahr aus, so kann eine Nachzahlungspflicht für die Folgejahre fällig werden, wenn dies vereinbart wurde (so genannte Nachzahlungsklausel). Das Gewinnbeteiligungsrecht eines Genusssrechts kann auch nur für ein- oder mehrere bestimmte Geschäftsjahre vereinbart werden.<sup>23</sup>

### 1.3.2. Beteiligung am Liquidationsgewinn

Ist ein Genusssrechtsinhaber am Liquidationserlös der Gesellschaft beteiligt, spricht man von einer Beteiligung an der Substanz, die normalerweise nur Aktionären oder Gesellschaftern zukommt, jedoch durch Vertrag vereinbart werden kann. Eine solche Beteiligung stellt jedoch keine Voraussetzung für das gültige Zustandekommen eines Genusssrechtsverhältnisses dar.<sup>24</sup>

### 1.3.3. Beteiligung am Verlust

Ein Genusssrecht kann auch eine Beteiligung am Verlust der Gesellschaft vorsehen, welche als entscheidendes Abgrenzungskriterium zur Gewinnschuldverschreibung angesehen

---

<sup>21</sup> *Bauer*, Genusssrechte- ein zivilrechtlicher Überblick, in Handbuch Genusssrechte, Steuerliches Planungselement, rechtliche und bilanzielle Rahmenbedingungen (2010)19

<sup>22</sup> *Bauer*, Genusssrechte- ein zivilrechtlicher Überblick, in Handbuch Genusssrechte, Steuerliches Planungselement, rechtliche und bilanzielle Rahmenbedingungen (2010)24

<sup>23</sup> *Oettermeier*, Ausgestaltung von Genußrechten und Genußscheinen (1989)46

<sup>24</sup> *Bauer*, Genusssrechte- ein zivilrechtlicher Überblick, in Handbuch Genusssrechte, Steuerliches Planungselement, rechtliche und bilanzielle Rahmenbedingungen (2010)25

wird<sup>25</sup>. Es kann entweder eine Beteiligung am laufenden Verlust der Gesellschaft vereinbart werden oder eine Teilnahme am Verlust im Hinblick auf eine Liquidation oder Insolvenz der Gesellschaft, wenn das Genussrecht gegenüber den anderen Gläubigern nachrangig ausgestaltet ist. Die Bemessungsgrundlage für die Beteiligung am Verlust ist üblicherweise der Jahresfehlbetrag oder der Bilanzverlust. Bei der Beteiligung am laufenden Verlust des Unternehmens kann sich entweder der jährliche Auszahlungsanspruch des Genussrechtinhabers nach Vereinbarung verringern oder der Verlust der Gesellschaft führt dazu, dass sich die Kapitalrückzahlungspflicht an den Genussrechtinhaber bei Fälligkeit vermindert.<sup>26</sup>

#### 1.3.4. Wandlungsrecht

Durch ein Wandlungsrecht kann ein Genussrechtinhaber die Stellung eines Aktionärs oder Gesellschafters erlangen. Das Genussrecht beinhaltet in diesem Fall ein Umtauschrecht in Stammaktien oder ein Optionsrecht zum Bezug von Aktien zu einem gewissen Ausgabepreis. Um diese Bezugs- und Umtauschrechte zu besichern wird auf bedingtes Kapital (§§ 159ff öAktG) zurückgegriffen, eigene Aktien herangezogen oder ein Stillhalter verpflichtet sich, die benötigten Wertpapiere bereit zu stellen. Da es bei der GmbH kein bedingtes Kapital gibt, werden hier Syndikatsvereinbarungen geschlossen oder eine aufschiebend bedingte Abtretung von Anteilsrechten vereinbart. Gleiches gilt für die Genossenschaft, wenn nicht die Ausgabe neuer Genossenschaftsanteile in der uneingeschränkten Kompetenz des Genossenschaftsvorstands steht.<sup>27</sup>

#### 1.4. Der Rang des Genussrechts

Das Verhältnis des Genussrechtinhabers zu den Vermögensrechten der Aktionäre oder Gesellschafter kann vorrangig, gleichrangig oder nachrangig ausgestaltet sein. Kommt es zu einer Insolvenz des Unternehmens, werden die Genussrechtinhaber gemäß diesem Rang befriedigt. Ist ein Genussrecht nachrangig ausgestaltet, werden Forderungen von Gläubigern, die nicht nachrangig sind vorrangig befriedigt (§§ 66 Abs. 3 österreichische IO). Weiters ist der Rang des Genussrechtinhabers entscheidend dafür, ob das von ihm gegebene Kapital eher als Eigen- oder Fremdkapital qualifiziert werden kann, da es sich eher um Eigenkapital handelt, wenn das Genussrecht nachrangig ausgestaltet ist<sup>28</sup>.

Es ist auch eine Ausgestaltung dahingehend möglich, dass der Anspruch des Genussrechtinhabers auf Befriedigung, unbedingt oder bedingt, gänzlich entfällt, wenn vorher vereinbarte Verlustsituationen eintreffen. Oft wird hier mit dem Genussrechtinhaber als Ausgleich eine

---

<sup>25</sup> *Bauer*, Genussrechte- ein zivilrechtlicher Überblick, in Handbuch Genussrechte, Steuerliches Planungselement, rechtliche und bilanzielle Rahmenbedingungen (2010)25

<sup>26</sup> *Lühn*, Genussrechte, Grundlagen, Einsatzmöglichkeiten, Bilanzierung und Besteuerung (2013)48

<sup>27</sup> *Reich-Rohrwig*, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolex* 02/2013,138

<sup>28</sup> *Bauer*, Genussrechte- ein zivilrechtlicher Überblick, in Handbuch Genussrechte, Steuerliches Planungselement, rechtliche und bilanzielle Rahmenbedingungen (2010)26

höhere als übliche Verzinsung oder eine gebührende Gewinnbeteiligung vereinbart. Ein Beispiel für diese Form der Ausgestaltung ist das von Österreich während der Finanzkrise 2008 gezeichnete Partizipationskapital von Großbanken. Hier wurde eine 9,3%ige, gewinnabhängige Verzinsung vereinbart.<sup>29</sup>

## 1.5. Der Genussschein

Wird ein Genussrecht urkundlich verbrieft, spricht man von einem Genussschein. Diese Genussscheine besitzen üblicherweise Wertpapierqualität. Die heutzutage gängige Definition bezeichnet als Wertpapier: „eine Urkunde, die ein privates Recht in der Weise verbrieft, dass zur Geltendmachung des Rechts die Innehabung der Urkunde erforderlich ist.“ Wertpapiere können nach dem in ihnen verbrieften Recht in Mitgliedschaftspapiere, sachen- oder forderungsrechtliche Wertpapiere unterteilt werden. Nach der Art der Bestimmung des Berechtigten werden sie in Inhaber- Order oder Rektapapiere unterteilt.<sup>30</sup>

Der Genussschein ist immer ein forderungsrechtliches Wertpapier, da in ihm keine mitglied-schaftlichen oder dinglichen Rechte verbrieft werden und er kann als Inhaber- Order oder Rektapapier begeben werden. Es handelt sich um ein Inhaberpapier, wenn das verbrieftete Recht grundsätzlich vom Inhaber des Wertpapiers geltend gemacht werden kann, da die materielle Berechtigung durch die Inhaberschaft vermutet wird. Unter einem Orderpapier versteht man ein Wertpapier, bei dem der Aussteller die Erfüllung der Forderung einer bestimmten Person oder derjenigen Person, die durch eine ununterbrochene Kette von Indossamenten als berechtigte Person ausgewiesen ist, zusagt. Das Rektapapier lautet auf einen bestimmten Namen und kann nicht an die Order einer anderen Person gestellt sein und somit nicht durch Indossament übertragen werden.<sup>31</sup>

## 1.6. Kapitalveränderungen

Vor allem bei Gesellschaften, die über ein festes Nennkapital verfügen, kann es bei Kapitalveränderungen zur Beeinträchtigung der Interessen eines Genussrechtinhabers kommen.<sup>32</sup>

### 1.6.1. Kapitalerhöhungen

Grundsätzlich werden zwei Arten der Kapitalerhöhung unterschieden: die aus Gesellschaftsmitteln und gegen Einlagen. Bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen, wird der Genussrechtinhaber in dem Sinne geschädigt, dass sich die Anzahl gewinnberechtigter Ge-

---

<sup>29</sup> Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolex* 02/2013,138

<sup>30</sup> Bürger, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten (1987)67

<sup>31</sup> Bürger, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten (1987)68

<sup>32</sup> Bürger, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten (1987)234

sellschafter erhöht und sich so die die Genussrechtsgewinnquote verringert. Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln hat negativen Einfluss auf die Gewinnquote des Genussrechts.<sup>33</sup> Laut *Würdinger* verschiebt sich das Verhältnis zwischen Aktien und Genussrechten erheblich. Bei einer Verdopplung des Grundkapitals aus Gesellschaftermitteln würde das Genussrecht durch die Kapitalerhöhung 67% seines Wertes einbüßen und ein Aktionär dagegen 33% gewinnen.<sup>34</sup>

Genussrechte, die gegen Bezahlung einer Kapitaleinlage ausgegeben werden, werden oft so ausgestaltet, dass sie auf einen Nennbetrag lauten und ein am Wert des Unternehmens gemessenes Aufgeld (Agio) verlangt wird. Für die Bemessung des Gewinnanspruchs wird dann häufig der Nennwert des Genussrechts im Verhältnis zu den Nennbeträgen der anderen Genussrechte und des Grundkapitals herangezogen. Andererseits gibt es auch Genussrechte die auf keinen Nennbetrag lauten, sondern die zum Beispiel auf einen festen Gewinnanteil lauten. Eine solche Gewinnbeteiligung könnte beispielsweise 1/10.000-stel des Jahresüberschusses lauten. Dieser Fall der Vereinbarung stellt bei der Kapitalerhöhung jedoch kein Problem dar, da der Gewinnprozentsatz des Genussrechts nicht beeinflusst wird. Im Gegensatz dazu wird das Genussrecht, das auf einen Nennbetrag lautet, bei einer Kapitalerhöhung durch Ausgabe von neuen Aktien verwässert, falls bei der Ausgabe der neuen Aktien kein Agio aufgeschlagen wird.<sup>35</sup>

## 1.6.2. Kapitalherabsetzungen

Bei einer Kapitalherabsetzung zeigt sich die Risikonatur des Genussrechts. Ist eine Verknüpfung des Genussrechts mit dem Grundkapital vereinbart und kommt es zu einer Kapitalherabsetzung um Verluste abzudecken, wird das Genussrechtskapital entsprechend der Verkleinerung des nominellen Gesellschaftskapitals verringert. Die Rechte des Genussrechtshabers richten sich ab dem Zeitpunkt der Kapitalherabsetzung nur noch nach dem gemindereten Betrag.<sup>36</sup>

## 1.7. Verwässerungsschutz

### 1.7.1 Die Rechtslage in Deutschland

In Deutschland wurde vorerst von der älteren Rechtsprechung und Lehre vertreten, dass das Ausbleiben einer vertraglichen Regelung als Verzicht auf sämtlichen Verwässerungsschutz zu werten ist. Die erste Stimme in Richtung eines Anpassungsgebots des Genussrechts kam

---

<sup>33</sup> *Bürger*, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten (1987)236

<sup>34</sup> *Wünsch*, der Genußschein iSd §174 AktG als Instrument der Verbriefung privatrechtlicher Ansprüche, in FS Strasser, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung (1983)880

<sup>35</sup> *Reich-Rohrwig*, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolex* 02/2013,137

<sup>36</sup> *Reich-Rohrwig*, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolex* 02/2013,138



vom BGH in seiner Klöckner-Entscheidung<sup>37</sup>. Die neue Rechtsprechung in Deutschland legt die Vorschriften des § 216 Abs. 3 dAktG und § 23 dUmwG dahingehend aus, dass Genussrechtsinhaber und Wandelanleihen Besitzer grundlegende Änderungen in ihrer Rechtsposition, die rückwirkend von der Gesellschaft getroffen werden, nicht mehr ohne entsprechenden Ausgleich akzeptieren müssen.<sup>38</sup> Gemäß § 216 Abs. 3 dAktG wird bei einer Kapitalerhöhung durch Gesellschaftsmittel der wirtschaftliche Inhalt vertraglicher Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten, die von den bisherigen Kapital- und Gewinnverhältnissen abhängen, durch die Grundkapitalerhöhung nicht berührt und per Gesetz an die neuen wirtschaftlichen Inhalte angepasst. Unter in dieser Vorschrift angesprochenen vertraglichen Beziehungen, die von den bisherigen Kapital- und Gewinnverhältnissen abhängen, sind zumindest grundkapitalorientierte Genussrechte zu subsumieren. Laut neuerem Schrifttum wird der in § 216 Abs.3 dAktG verankerte Grundsatz auch auf sonstige Kapitalerhöhungen entsprechend angewandt, falls sich das Gesellschaftsvermögen bei einer Kapitalerhöhung durch zugeführte Mittel nicht in gleichem Ausmaß wie das Grundkapital erhöht. Denn auch bei einer sonstigen Kapitalerhöhung liegen betreffend der Rechte der Genussrechtsinhaber die gleichen Probleme vor.<sup>39</sup>

Da das Gesetz jedoch eine Anpassung der Vertragsverhältnisse nur anordnet, muss die letztendliche Durchführung durch Mittel des Vertragsrechts und insbesondere durch ergänzende Vertragsauslegung geschehen.<sup>40</sup>

#### 1.7.2. Die Rechtslage in Österreich

Die korrespondierende Vorschrift für die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln in Österreich ist § 5 Abs. 2 öKapBG, die besagt, dass der wirtschaftliche Gehalt vertraglicher Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten, die von der Gewinnausschüttung der Gesellschaft, dem Nennbetrag oder Wert ihrer Anteile oder ihres Nennkapitals oder in sonstiger Weise von den bisherigen Kapital- und Gewinnverhältnissen abhängen, nicht berührt wird. Bedingtes Kapital erhöht sich im gleichen Verhältnis wie das Grundkapital.

Eine Höchstgerichtliche Entscheidung liegt zu dieser Fragestellung in Österreich jedoch noch nicht vor. Für Partizipationsscheine von Banken und Versicherungen ist in § 23 Abs. 5 öBWG und § 73c Abs. 7 öVAG zwar kein Bezugsrecht aber ein Verwässerungsschutz in Form einer Ausgleichspflicht festgelegt.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> BGH 5.10.1992, II ZR 172/91

<sup>38</sup> Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolx* 02/2013,139

<sup>39</sup> Oettermeier, Ausgestaltung von Genußrechten und Genußscheinen (1989)189

<sup>40</sup> Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolx* 02/2013,139

<sup>41</sup> Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolx* 02/2013,139

Im AktG-Entwurf 1930 war noch ein Bezugsrecht von Inhabern von Genussrechten, Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen anlässlich einer Kapitalerhöhung enthalten, welches aber verworfen wurde. Da aber die Besitzer der oben angesprochenen Rechte kein Stimmrecht besitzen und somit eine Kapitalveränderung nicht verhindern können, wird ihnen, wenn keine vertragliche Regelung vorliegt nach allgemeiner Meinung durch ergänzende Vertragsauslegung unter Bedachtnahme auf den Grundsatz in § 5 Abs. 2 und 3 öKapBG- eine angemessene Anpassung zugestanden, falls durch die Kapitalveränderung ein Eingriff in den wirtschaftlichen Gehalt der Rechte vorliegt. Diese Anpassung kann sich in manchen Fällen jedoch auch negativ auf die Rechte des Genussrechtinhabers auswirken, so zum Beispiel wenn das Genussrecht auf einen fixen Prozentsatz des Gesamtgewinns lautet und dieser aufgrund einer Kapitalerhöhung gemindert wird. Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung liegt bei einer voraussehbaren Kapitalveränderung gewöhnlich nicht vor.<sup>42</sup>

### **1.8. Bezeichnung als Genussrecht**

Für ein gültiges Genussrecht kommt es nicht zwingend auf die Bezeichnung als „Genussrecht“ an. Es kann daher beispielsweise auch eine Anleihe als Genussrecht qualifiziert werden, wenn Gewinnschuldverschreibungen (als Unterfall des weiten Genussrechtsbegriffs) oder Nachranganleihen so ausgestaltet sind, dass sie am Gewinn der Gesellschaft und/oder auch an den laufenden Verlusten teilnehmen. Gesetzlich geregelt ist dies für das Partizipationskapital, das eine gesetzliche Sonderform des Genussrechts mit Eigenkapitalcharakter darstellt.<sup>43</sup> Auf der anderen Seite reicht aber die Bezeichnung als „Genussrecht“ alleine nicht aus, um ein rechtliches Verhältnis zu kategorisieren. Liegt zum Beispiel in Wahrheit eine stille Gesellschaft vor, wird dieser Umstand auch durch die Bezeichnung als „Genussrecht“ nicht geändert.<sup>44</sup>

### **1.9. Einsatzgebiete des Genussrechts**

In den letzten Jahren haben sich viele verschiedene Möglichkeiten heraus gebildet wie ein Genussrecht dazu beitragen kann, das Kapital eines Unternehmens entweder zu erhalten oder zu stärken. Einige wichtige Einsatzgebiete von Genussrechten sind:

- die Unternehmensfinanzierung
- die Projektfinanzierung
- die Mitarbeiterbeteiligung
- die Sanierung eines Unternehmens.

---

<sup>42</sup> Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, ecolex 02/2013,139

<sup>43</sup> siehe § 23 Abs. 4 österreichisches BWG; § 10 Abs. 5 deutsches KWG

<sup>44</sup> Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, ecolex 02/2013,138

Vor allem als Instrument der Unternehmensfinanzierung gewinnt das Genussrecht immer mehr an Bedeutung. Begründet durch die meist geringe Eigenkapitalausstattung von mittelständischen Unternehmen und die flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten stellt die Mezzanine Finanzierung eine attraktive Alternative zum herkömmlichen Bankkredit dar.<sup>45</sup>

## **2. Über Schuldverschreibungen**

### **2.1. Allgemeines**

Von einer Schuldverschreibung spricht man dann, wenn der Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens verbrieft wird.

### **2.2. Wandelschuldverschreibungen**

Gemäß § 174 Abs. 1 öAktG und § 221 Abs.1 dAktG sind Wandelschuldverschreibungen solche, bei denen den Gläubigern ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf Aktien eingeräumt wird. Der Gläubiger nimmt nicht am Gewinn der Gesellschaft teil, sondern hat lediglich ein Recht auf Aktienbezug. Dieses Recht kann eine zusätzliche Zahlung vorsehen und entweder die Beibehaltung der Anleihengläubigerstellung oder deren Verlust. Die Wandelschuldverschreibung stellt einen Unterfall des Genussrechts dar.<sup>46</sup>

Wandelschuldverschreibungen im engeren Sinn, darunter fallen die Wandelanleihe (convertible Bond) und die Umtauschanleihe, berechtigen den Gläubiger zum Umtausch der Schuldverschreibung in Aktien. Der Umtauschschlüssel muss bereits zum Zeitpunkt der Ausgabe der Anleihe zumindest bestimmbar festgelegt sein. Der Gläubiger hat die Wahl entweder die Schuldverschreibung zu behalten oder auf Rückzahlung seines Kapitals zu verzichten und dafür Aktien zu beziehen. Dieses Gestaltungsrecht wird durch Erklärung an den Anleihenschuldner ausgeübt. Damit verbunden ist ein Anspruch auf Aktien gegen die Abtretung der Forderung. Das Anleihenkapital wird dann in Grundkapital umgewandelt.<sup>47</sup>

Der Anleihenschuldner hat sicherzustellen, dass im Falle des Umtausches die benötigten Aktien verfügbar sind. Die Gesellschaft kann diesen Anspruch durch bedingtes Kapital, eine Kapitalerhöhung, genehmigtes Kapital oder eigene Aktien bedienen. Kann die Gesellschaft die benötigten Aktien nicht bereitstellen, hat der Gläubiger einen Anspruch auf Geldersatz. Die Mitgliedschaftsstellung und deren Wirkungen treten erst nach Ausspruch der Wandlungserklärung und mit Übergabe der Aktien ein. Das Umtauschrecht auf Aktien ist rein

---

<sup>45</sup> Lühn, Genussrechte, Grundlagen, Einsatzmöglichkeiten, Bilanzierung und Besteuerung (2013)33

<sup>46</sup> Lühn, Genussrechte, Grundlagen, Einsatzmöglichkeiten, Bilanzierung und Besteuerung (2013)63

<sup>47</sup> Jabornegg/Strasser (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz<sup>5</sup> Band II (2011)654

schuldrechtlicher Natur und bewirkt im vor hinein keinerlei mitgliedschaftliche Rechte. Auch die Stellung als Drittgläubiger bleibt bis zum Ausspruch der Wandlungserklärung erhalten.<sup>48</sup>

### **2.3. Optionsschuldverschreibungen**

Optionsschuldverschreibungen, auch Optionsanleihen oder Bezugsanleihen genannt, sind im Normalfall Inhaberpapiere, die aus zwei eigenständigen Teilen bestehen. Einerseits aus dem Recht zum Aktienbezug, andererseits aus den Rechten aus der Schuldverschreibung selbst. Die beiden Rechte werden oft auch separat verbrieft und sind damit selbständig handelbar. In diesem Zusammenhang sind noch so genannte „naked warrants“ zu erwähnen. Das sind Optionsscheine, die unabhängig von einer Schuldverschreibung als reine Optionsrechte ausgegeben werden.<sup>49</sup>

### **2.4. Gewinnschuldverschreibungen**

Gewinnschuldverschreibungen sind gemäß § 221 Abs.1 dAktG und § 174 Abs.1 öAktG Anleihen, bei welchen die Rechte der Gläubiger mit Gewinnanteilen der Aktionäre in Verbindung gebracht werden. Der Gläubiger hat neben dem verzinnten oder unverzinnten Anspruch auf Rückzahlung des gegebenen Kapitals zusätzlich einen Anspruch auf Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft. Mit der Beteiligung am Gewinn gewähren Gewinnschuldverschreibungen, genau wie Genussrechte dem Gläubiger Vermögensrechte, die typischerweise den Aktionären oder Gesellschaftern einer Gesellschaft zustehen. Eine Vereinbarung über weitere Vermögensrechte- oder pflichten, eine Verlustbeteiligung oder ein Bezugsrecht auf Aktien können im Gegensatz zum Genussrecht nicht vereinbart werden. Ein weiterer Gegensatz zum Genussrecht besteht darin, dass die Gewinnschuldverschreibung obligatorisch als Wertpapier verbrieft werden muss. Auch Gewinnschuldverschreibungen stellen einen Unterfall des Genussrechts dar, wobei der Anteil am Gewinn des Unternehmens verbrieft wird.<sup>50</sup>

### **2.5. Ausgabe von Schuldverschreibungen und Genussrechten laut öAktG**

Für die Ausgabe von Schuldverschreibungen und Genussrechten ist gemäß § 174 Abs. 1 öAktG zwingend ein Hauptversammlungsbeschluss notwendig. Für andere Obligationen, die nicht in den Anwendungsbereich des § 174 öAktG fallen, gilt diese Regelung nicht. Sie können vom Vorstand alleine ausgegeben werden. Der gefasste Hauptversammlungsbeschluss ist jedoch ein bloßes Zustimmungserfordernis und stellt keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die gültige Ausgabe von Schuldverschreibungen und Genussrechten dar. Das Mitwirkungserfordernis entfaltet also nur interne Wirkungen und bedeutet keine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands. Es kann jedoch gegebenenfalls bei Missachtung des Mit-

---

<sup>48</sup> Jabornegg/Strasser (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz<sup>5</sup> Band II (2011)655

<sup>49</sup> Jabornegg/Strasser (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz<sup>5</sup> Band II (2011)656

<sup>50</sup> Lühn, Genussrechte, Grundlagen, Einsatzmöglichkeiten, Bilanzierung und Besteuerung (2013)62

wirkungserfordernisses zu einer Haftung des Vorstands nach § 84 öAktG und des Aufsichtsrats wegen Verletzung der Aufsichtspflichten kommen.<sup>51</sup>

Zu den notwendigen Beschlussinhalten für einen Beschluss nach § 174 öAktG zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechten gehört jedenfalls eine Angabe über die Art der auszugebenden Wertpapiere und ob es sich um eine Ermächtigung an den Vorstand zur Emission oder um einen Ausgabebeschluss handelt. Der Schutzzweck der Norm besteht darin, Aktionäre in ihrer Rechtsposition zu schützen. Die Aktionäre müssen bei der Beschlussfassung genaue Angaben über die bevorstehende Emission erhalten, um eine mögliche Verwässerung ihrer Rechtsposition einschätzen zu können und so eine subjektiv richtige Entscheidung zu treffen. Es wird in diesem Zusammenhang eine Angabe über das Emissionsvolumen und die mit der Obligation verbundenen aktionärstypischen Rechte, wie etwa Umtausch- und Bezugsrechte, verlangt. Im Falle, dass das Bezugsrecht der Aktionäre nach § 174 öAktG ausgeschlossen werden soll, muss dies zwingend im Ausgabebeschluss erfolgen. Weiters kann in der Hauptversammlung über den konkreten Inhalt des Kapitalanlageverhältnisses oder über die Anleihenbedingungen entschieden werden, dies ist aber nicht verpflichtend. Wird jedoch in diesen Belangen eine Entscheidung getroffen, ist diese für den Vorstand bindend.<sup>52</sup>

Gemäß § 174 Abs. 1 öAktG bedarf es für einen Ausgabebeschluss eine Mehrheit von mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung anwesenden oder vertretenen Grundkapitals und gemäß § 121 Abs. 2 öAktG zusätzlich die einfache Stimmenmehrheit. In der Satzung können jedoch andere Regelungen bezüglich der Kapitalmehrheit festgelegt werden. Diese gelten jedoch für den Beschluss nach § 174 öAktG nur, wenn ein erkennbarer Bezug zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechten vorliegt. Hat die Hauptversammlung einen ordnungsgemäßen Beschluss gefasst, entfaltet dieser für den Vorstand Bindungswirkung, er hat somit die Emission durchzuführen. Der Vorstand hat kein Ermessen mehr über die Ausgabe, im Gegensatz zur Ermächtigung nach § 174 Abs. 2 öAktG. Ist im Beschluss selbst kein Zeitpunkt für die Ausgabe vorgesehen, hat der Vorstand diesen Zeitpunkt nach pflichtgebundenem Ermessen festzusetzen. Der Vorstand kann die Emission jedoch unterlassen, wenn sich die zum Beschlusszeitpunkt gegebenen Umstände maßgeblich geändert haben, eine Ausgabe die Gesellschaft erheblich schädigen würde oder ein neuer Beschluss der Hauptversammlung vorliegt.<sup>53</sup>

Durch einen Ermächtigungsbeschluss nach § 174 Abs. 2 öAktG kann die Hauptversammlung, mit denselben Mehrheitserfordernissen wie bei einem Beschluss nach Abs. 1, den Vor-

---

<sup>51</sup> Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup> Band II (2012)2617

<sup>52</sup> Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup> Band II (2012)2818

<sup>53</sup> Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup> Band II (2012)2619

stand für höchstens fünf Jahre zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen ermächtigen. Dieser Beschluss muss mindestens das Emissionsvolumen abgrenzen und Anhaltspunkte über die zu gewährenden Umtausch- oder Bezugsrechte enthalten. Die Anforderungen an den Mindestinhalt sind also geringer als bei einem Ausgabebeschluss. Die Befristung auf fünf Jahre soll eine Aushöhlung der Mitwirkungskompetenz der Hauptversammlung ausschließen, wobei eine kürzere Frist durchaus zulässig ist.<sup>54</sup>

### 3. Das Bezugsrecht der Aktionäre

Gemäß § 174 Abs. 4 öAktG (§ 186 dAktG) haben die Aktionäre ein Bezugsrecht auf Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechte, die von ihrer Gesellschaft ausgegeben werden. Mit dem Bezugsrecht sollen die Aktionäre in ihrer Rechtsposition geschützt werden. Wird das in einer Wandelschuldverschreibung enthaltene Bezugs- oder Umtauschrecht realisiert, kommt es zu einer Verschiebung der Beteiligungsquote und damit zu einem Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte jedes Aktionärs. Die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen birgt die gleichen Gefahren wie eine Kapitalerhöhung in sich, was das Bezugsrecht rechtfertigt. Bei der Ausgabe von Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechten entstehen neue Forderungen gegen die Gesellschaft, die mit den Ansprüchen der Aktionäre konkurrieren können. Auch bei dieser Beeinträchtigung soll das Bezugsrecht

Abhilfe schaffen. Es kann zwar nicht jede Art von Beeinträchtigung durch das Bezugsrecht verhindert werden, jedoch gibt es den Aktionären die Möglichkeit selbstständig tätig zu werden und das Bezugsrecht in Anspruch zu nehmen. Einen Anspruch auf den Bezug von Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechten, im Umfang der Beteiligung am Grundkapital, hat jeder Aktionär der ausgebenden Gesellschaft. Aus eigenen Aktien steht dieser Anspruch nicht zu und auch die bisherigen Inhaber von Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechten haben kein Bezugsrecht.<sup>55</sup>

Das Bezugsrecht der Aktionäre kann aber gemäß § 174 Abs. 4 öAktG in Verbindung mit § 153 Abs. 3 öAktG auch ganz oder teilweise ausgeschlossen werden. Dazu ist ein Beschluss mit einer Mehrheit von mindestens drei Viertel des anwesenden oder vertretenen Grundkapitals nötig. In der Satzung kann nur eine höhere Kapitalmehrheit oder weitere Erfordernisse festgelegt werden. Bei der Ausgabe von Schuldverschreibungen und Genussrechten kommt es nicht automatisch zum Bezugsrechtsausschluss, dieser muss ausdrücklich vereinbart werden und im Ausgabebeschluss enthalten sein. Gemäß § 153 Abs. 4 öAktG muss der Be-

---

<sup>54</sup> Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup> Band II (2012)2622

<sup>55</sup> Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup> Band II (2012)2626

zugsrechtsausschluss fristgerecht und ausdrücklich in der Tagesordnung angekündigt werden und der Vorstand hat der Hauptversammlung einen schriftlichen Bericht über die Gründe des Ausschlusses und des Ausgabebetrages vorzulegen. Materiellrechtlich bedarf der Bezugsrechtsausschluss einer sachlichen Rechtfertigung, da die Rechtsposition der Aktionäre durch das Bezugsrecht eigentlich vor einer Verwässerung geschützt werden sollte. Bei Wandelschuldverschreibungen muss die Rechtfertigung grundsätzlich die gleichen Anforderungen erfüllen wie der Ausschluss des Bezugsrechts auf Aktien, da es bei beiden Eingriffen zu den gleichen Folgen für die Altaktionäre kommt. Bei Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechten gibt es keine einheitliche Rechtsmeinung. So meint etwa *Hirte*, dass es beim Bezugsrechtsausschluss von Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechten, soweit mit diesen kein Umtauschrecht in Aktien verbunden ist, keiner sachlichen Rechtfertigung bedarf, da durch die Ausgabe keine Verwässerungsgefahr für die Aktionärsrechte besteht. Jedoch kann es sehr wohl zu einer Veränderung der Vermögensansprüche der Aktionäre kommen, wenn man zum Beispiel an Gewinnschuldverschreibungen mit vorrangigen oder gleichrangigen Gewinnansprüchen denkt. Es bedarf daher auch bei der Ausgabe von Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechten, begründet im Schutzzweck des § 174 öAktG – der Schutz der Altaktionäre in ihrer Rechtsposition- einer sachlichen Rechtfertigung bei einem Bezugsrechtsausschluss. Der Rechtfertigungsmaßstab richtet sich dabei nach dem Umfang der Aktionärsinteressenbeeinträchtigung. Die Anforderungen an die Rechtfertigung steigen mit der Schwere der Beeinträchtigung. Eine Rolle spielen hier beispielsweise das Rangverhältnis der Ansprüche, die Höhe der Gewinnbeteiligung, sonstige Ansprüche am Vermögen der Gesellschaft und eine etwaige Verlustbeteiligung.<sup>56</sup>

#### **4. Über die Verschmelzung**

Eine Verschmelzung bietet die Möglichkeit, bisher unabhängige Unternehmen miteinander zu vereinen, ohne dass eine der Gesellschaften liquidiert werden muss. Dies kann viele wirtschaftliche Vorteile mit sich bringen, wie die Konzentration von Vermögen und die damit verbundenen Finanzierungsmöglichkeiten.<sup>57</sup>

##### **4.1. Europarechtliche Grundlagen**

Als europarechtliche Grundlage fungiert die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Fusionsrichtlinie 78/855/EG). Grundsätzlich findet die europarechtliche Richtlinie nur auf die Verschmelzung von Aktiengesellschaften Anwendung, jedoch kann auch bei GmbH eine euro-

---

<sup>56</sup> *Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg)*, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup> Band II (2012)2628f

<sup>57</sup> *Kalss*, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)3

parechtliche Auslegung geboten sein. Die Fusionsrichtlinie wurde durch die Richtlinie 2009/109/EG zuletzt geändert.<sup>58</sup>

## 4.2. Die Verschmelzung im deutschen Recht

### 4.2.1. Die Arten der Verschmelzung

Das deutsche Umwandlungsgesetz (dUmwG) kennt gemäß § 2 zwei Arten der Verschmelzung. Nach § 2 Z. 1 dUmwG können Rechtsträger unter Auflösung ohne Abwicklung im Wege der Aufnahme durch Übertragung des Vermögens eines Rechtsträgers oder mehrerer Rechtsträger als Ganzes auf einen anderen bestehenden Rechtsträger oder gemäß Z. 2 im Wege der Neugründung durch Übertragung der Vermögen zweier oder mehrere Rechtsträger jeweils als Ganzes auf einen neuen, von ihnen gegründeten Rechtsträger verschmolzen werden.<sup>59</sup>

Die Verschmelzung durch Aufnahme nach § 2 Z. 1 dUmwG stellt den gesetzlichen Regelfall der Verschmelzung dar. Sie ist für alle Rechtsträger auch durch Aufnahme von mehr als 2 zwei Rechtsträgern möglich (Mehrfachverschmelzung). Es erfolgt eine Übertragung der Aktiva und Passiva eines oder mehrerer Rechtsträger als Ganzes auf einen anderen Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften des übernehmenden Rechtsträgers. Für die Verschmelzung durch Aufnahme bedarf es nicht unbedingt einer Kapitalerhöhung.<sup>60</sup>

Bei der zweiten möglichen Form der Verschmelzung, der Verschmelzung durch Neugründung gemäß § 1 Z. 2 dUmwG, besteht der übernehmende Rechtsträger nicht bereits vor der Verschmelzung, sondern dieser wird während der Verschmelzung gegründet. Hier kann einem Streit darüber, welcher von mehreren gleich starken Rechtsträgern untergehen soll, aus dem Weg gegangen werden. Der Nachteil bei der Verschmelzung durch Neugründung liegt in der Höhe der Kosten der Beurkundung, da sich die Kosten nach dem Gesamtvermögen aller sich verschmelzenden Gesellschaften richten.<sup>61</sup>

### 4.2.2. Verschmelzungsfähige Rechtsträger

Der Begriff des Rechtsträgers wird im dUmwG definiert als „jede im Rechtsverkehr auftretende rechtliche Einheit“. Der Begriff ist weiter als der der juristischen Person. Das Objekt jeder Übertragung ist das Vermögen eines Unternehmens und nicht das Unternehmen selbst. Gemäß § 3 Abs.1 dUmwG können Rechtsträger einer Verschmelzung Personenge-

---

<sup>58</sup> *Kalss*, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)7

<sup>59</sup> *Lutter (Hrsg)*, Kommentar zum Umwandlungsgesetz (1996)53

<sup>60</sup> *Lutter (Hrsg)*, Kommentar zum Umwandlungsgesetz (1996)64f

<sup>61</sup> *Lutter (Hrsg)*, Kommentar zum Umwandlungsgesetz (1996)65



sellschaften, Kapitalgesellschaften, eingetragene Genossenschaften, eingetragene Vereine, genossenschaftliche Prüfungsverbände und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sein. Diese Rechtsträger sind voll verschmelzungsfähig. Nur teilverschmelzungsfähig sind gemäß Abs. 2 wirtschaftliche Vereine, soweit sie übertragender Rechtsträger sind und natürliche Personen, die als Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft deren Vermögen übernehmen. Nicht verschmelzungsfähig sind aufgrund der abschließenden Aufzählung alle anderen Rechtsträger. Hier sind die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, schlichte Rechtsgemeinschaften, nicht rechtsfähige Vereine, stille Gesellschaften, Stiftungen, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Erbgemeinschaften zu nennen. Gemäß § 3 Abs. 3 dUmwG können an der Verschmelzung als übertragender Rechtsträger auch aufgelöste Rechtsträger beteiligt sein, wenn die Fortsetzung dieser Rechtsträger beschlossen werden könnte. Voraussetzung dafür ist, dass mit der Verteilung des Vermögens an die Anteilsinhaber noch nicht begonnen wurde. Nach § 3 Abs. 4 dUmwG können an einer Verschmelzung auch Rechtsträger mit unterschiedlicher Rechtsform beteiligt sein. Diese so genannte Mischverschmelzung bringt eine erweiterte Bewegungsfreiheit ins Umgründungsrecht und gilt prinzipiell für alle Rechtsformkombinationsmöglichkeiten, wobei für manche Rechtsformen gewisse Einschränkungen gelten.<sup>62</sup>

#### 4.2.3. Der Verschmelzungsvertrag

Gemäß § 4 Abs.1 dUmwG muss bei jeder Verschmelzung ein Verschmelzungsvertrag geschlossen werden. Der Vertrag kann nach Abs. 2 auch erst nach einem der nach § 13 dUmwG erforderlichen Beschlüsse geschlossen werden, jedoch bedarf es vor dem Beschluss einen schriftlichen Entwurf des Vertrages als Beschlussgrundlage. Der Verschmelzungsvertrag wird nur zwischen dem übertragenden und übernehmenden Rechtsträger geschlossen, die Anteilsinhaber sind nicht Vertragspartei. Welche Organe die ausreichende Vertretungsmacht zum Abschluss eines Verschmelzungsvertrages haben richtet sich nach der Rechtsform der beteiligten Rechtsträger. Vor der Eintragung der Verschmelzung kann der Vertrag einvernehmlich aufgehoben oder abgeändert werden. Der Verschmelzungsvertrag muss gemäß § 5 Abs. 1 dUmwG folgende Angaben enthalten:

1.den Namen oder die Firma und den Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger;

2.die Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens jedes übertragenden Rechtsträgers als Ganzes gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger;

---

<sup>62</sup> Lutter (Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz (1996)78ff

3. das Umtauschverhältnis der Anteile und gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlung oder Angaben über die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger;
4. die Einzelheiten für die Übertragung der Anteile des übernehmenden Rechtsträgers oder über den Erwerb der Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger;
5. den Zeitpunkt, von dem an diese Anteile oder die Mitgliedschaften einen Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten in Bezug auf diesen Anspruch;
6. den Zeitpunkt, von dem an die Handlungen der übertragenden Rechtsträger als für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers vorgenommen gelten (Verschmelzungstichtag);
7. die Rechte, die der übernehmende Rechtsträger einzelnen Anteilsinhabern sowie den Inhabern besonderer Rechte wie Anteile ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien, Mehrstimmrechtsaktien, Schuldverschreibungen und Genussrechte gewährt, oder die für diese Personen vorgesehenen Maßnahmen;
8. jeden besonderen Vorteil, der einem Mitglied eines Vertretungsorgans oder eines Aufsichtsorgans der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger, einem geschäftsführenden Gesellschafter, einem Partner, einem Abschlussprüfer oder einem Verschmelzungsprüfer gewährt wird;
9. die Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen.

Jeder Verschmelzungsvertrag muss die in § 5 Abs. 1 Ziffer 1-9 dUmwG genannten Mindestangaben beinhalten, um zu gewährleisten, dass den Anteilseignern sowie den Arbeitnehmern und ihren Vertretungen bei der Beschlussfassung genügend Informationen zur Verfügung stehen.<sup>63</sup>

#### 4.2.4. Die Form des Verschmelzungsvertrages

Gemäß § 6 dUmwG muss der Verschmelzungsvertrag notariell beurkundet werden. Diese Regelung fußt in dem Grundsatz des § 311b Abs.3 BGB, nach dem Verträge über die Übertragung des gesamten Vermögens notariell beurkundet werden müssen, damit den Beteiligten die Tragweite des Vertragsabschlusses ausreichend Bewusst gemacht wird. Durch die Form der notariellen Beurkundung wird auch der Schutz der Anteilseigner durch die Gewährung der inhaltlichen Richtigkeit des Vertrages sichergestellt. Der Beurkundungspflicht unterliegt der gesamte Inhalt des Verschmelzungsvertrages inklusive aller Nebenabreden und

---

<sup>63</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)230ff

Vereinbarungen, ohne die zumindest eine Partei den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Verpflichtend muss die Beurkundung erst nach der Beschlussfassung der Anteilsversammlungen erfolgen, eine frühere Beurkundung ist aber möglich. Eine fehlende, unvollständige oder mangelhafte Beurkundung des Verschmelzungsvertrages führt zu dessen Nichtigkeit.<sup>64</sup>

#### 4.2.5. Der Verschmelzungsbericht

Der Verschmelzungsbericht ist bei jeder möglichen Form der Verschmelzung unabdingbar. Gemäß § 8 dUmwG haben die Vertretungsorgane jedes an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgers einen ausführlichen schriftlichen Bericht zu erstatten, in dem die Verschmelzung, der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf im Einzelnen und insbesondere das Umtauschverhältnis der Anteile oder die Angaben über die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger sowie die Höhe einer anzubietenden Barabfindung rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet werden. Der Schutzzweck des § 8 dUmwG ist der Schutz der Anteilsinhaber für die der Verschmelzungsbericht eine Basis für eine sachkundige Entscheidung bilden soll. Die Anteilsinhaber sollen aufgrund des Berichts in der Lage sein, den Verschmelzungsvorgang plausibel nachzuvollziehen. Von größter Bedeutung für die Anteilsinhaber ist wohl, wie sich ihre Beteiligungsverhältnisse aufgrund der Verschmelzung verändern. Der Bericht muss gemäß § 8 Abs.1 Satz 1 dUmwG in schriftlicher Form verfasst werden. Die Bekanntmachung des Berichts kann auf zwei Arten erfolgen: Bei Rechtsträgern mit einer größeren Anzahl von Anteilsinhabern, wird der Bericht in den Räumen der Gesellschaft aufgelegt und jedem Mitglied auf Verlangen zugesendet. Bei eher personalistisch ausgeprägten Gesellschaften wird der Bericht zusammen mit der Einberufung der Gesellschafterversammlung, die über die Verschmelzung beschließen soll, an die Anteilsinhaber versendet. Über den genauen Inhalt des Berichts enthält § 8 Abs. 1 dUmwG keine Angaben, wodurch die Auslegung durch Literatur und Rechtsprechung notwendig wurde. Konsens herrscht mittlerweile darüber, dass bei der Auslegung der Berichtspflichten eine Abwägung zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen vorzunehmen ist. Die Gesellschafter sollen so gut wie möglich über die Eckdaten der Verschmelzung informiert werden, jedoch muss diese Informationspflicht auf der anderen Seite aus systematischen Gründen auch begrenzt werden. Der Zweck des § 8 dUmwG liegt darin, die Anteilsinhaber darüber zu informieren ob der Verschmelzungsvorgang rechtens und vor allem wirtschaftlich sinnvoll ist. Die Kontrolle darüber ob die Verschmelzung inhaltlich richtig und gesetzmäßig ist und ob die Umtauschverhältnisse angemessen sind obliegt jedoch dem Verschmelzungsprüfer. Erforderlich sind also nur solche Informationen die ein „vernünftig denkender Gesellschafter als Entscheidungsgrundlage für *sein* Abstimmungsverhalten hinsichtlich der Umwandlungsmaßnahme für erforderlich halten darf“. Bei den Angaben über die Verschmelzung gemäß § 8

---

<sup>64</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)320ff

Abs.1 Satz 1 sind über die rechtlichen und wirtschaftlichen Gründe der Verschmelzung als geeignete Maßnahme zur zukünftigen Verfolgung des Unternehmenszwecks zu berichten. Dazu sind zuerst Angaben über die unternehmerische Ausgangslage der beteiligten Unternehmen erforderlich. Dazu sollen die Gesellschaften vorgestellt werden und es soll über ihren Umsatz, ihr Tätigkeitsfeld, ihren Marktanteil, wesentliche Beteiligungen, ihre Mitarbeiter und über ihre Kapital- und Gesellschafterstruktur informiert werden. Dann sind Angaben über die wirtschaftlichen Auswirkungen des Verschmelzungsvorgangs, wie etwa die verfolgten Ziele und die durch die Verschmelzung zu erwartenden Vorteile zu machen. Sollten durch den Verschmelzungsvorgang auch Nachteile drohen, sind auch über diese Angaben zu machen. Auch der erwartete Entwicklungsstand in finanzwirtschaftlicher und bilanzieller Hinsicht der Unternehmen nach der Verschmelzung gehört zu den Angaben über die Verschmelzung. Zum Schluss hat noch eine Abwägung der Für- und Gegenargumente der Verschmelzung zu erfolgen. Im Weiteren hat der Verschmelzungsbericht eine Erläuterung des Verschmelzungsvertrages zu enthalten, um die Gesellschafter über möglicherweise unklare Klauseln des Vertrages aufzuklären. Als dritten Punkt des § 8 Abs.1 Satz 1 müssen die Umtauschverhältnisse erläutert werden. Um die Gesellschafter darüber zu informieren, wie sich ihre Beteiligungsverhältnisse in Zukunft darstellen werden, sind folgende Punkte zu behandeln: die Bewertungsmethode, die wesentlichen Zahlen die in die Bewertung eingehen, der Kapitalisierungszinsfuß, der Stichtag und besondere Schwierigkeiten der Unternehmensbewertung. Weiters sind gemäß § 8 Abs.1 Satz 2 Angaben über die Folgen für die Beteiligung zu machen.<sup>65</sup>

#### 4.2.6. Die Prüfung der Verschmelzung

Eine weitere Voraussetzung für eine Verschmelzung ist laut § 9 dUmwG die Prüfung des Verschmelzungsvertrages oder seines Entwurfs durch einen oder mehrere sachverständige Prüfer. Diese Vorschrift richtet sich auf den Schutz der Anteilshaber. Der Verschmelzungsprüfer wird gemäß § 10 Abs.1 dUmwG auf Antrag des Vertretungsorgans vom Gericht (Landesgericht, in dessen Bezirk ein übertragender Rechtsträger seinen Sitz hat) ausgewählt und bestellt. Als Prüfer von prüfungspflichtigen Aktiengesellschaften kann gemäß § 319 Abs.1 Satz 1 HGB nur ein Wirtschaftsprüfer oder eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bestellt werden. Für mittelgroße GmbH können gemäß § 319 Abs. 1 Satz 2 auch vereidigte Buchprüfer oder eine Buchprüfungsgesellschaft bestellt werden. Diese Regelungen gelten auch für die Verschmelzungsprüfung. Für so genannte kleine Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften und Vereine gilt ebenfalls die Regelung des § 319 HGB gemäß § 11 Abs.1 Satz 2 dUmwG, da für sie keine Pflicht zur Prüfung des Jahresabschlusses besteht. Nach § 319 Abs. 2 HGB ist eine Person als Abschlussprüfer ausgeschlossen, wenn Gründe, insbesonde-

---

<sup>65</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)334ff

re Beziehungen geschäftlicher, finanzieller oder persönlicher Art, vorliegen, nach denen die Besorgnis der Befangenheit besteht. Die oder der Verschmelzungsprüfer haben laut § 12 Abs.1 dUmwG über das Ergebnis der Prüfung einen schriftlichen Bericht zu verfassen. In diesem Bericht ist laut Abs. 2 zu erklären, ob das vorgeschlagene Umtauschverhältnis der Anteile, gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlungen oder die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger als Gegenwert angemessen ist.<sup>66</sup>

#### 4.2.7. Der Verschmelzungsbeschluss

Bis auf eine Ausnahme, ist es bei jedem Verschmelzungsvorgang gemäß § 13 dUmwG unabdingbar, dass die Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger dem Verschmelzungsvertrag durch einen Beschluss zustimmen. Die einzige Ausnahme bildet der Fall, wenn sich mindestens neun Zehntel des Stamm- oder Grundkapitals der übertragenden Kapitalgesellschaft im Besitz einer übernehmenden AG befindet (§ 62 Abs.1 Satz 1 dUmwG). Die Kompetenz zur Entscheidung kann wegen der enormen Wichtigkeit nicht auf Vertretungsorgane übertragen werden. Ein ordnungsgemäß gefasster Beschluss entfaltet sowohl im Innenverhältnis wie auch zwischen den Gesellschaftern Bindungswirkung. Für die Stimmberechtigung gibt es keine gesonderten Regelungen und die Mehrheitserfordernisse richten sich nach den Bestimmungen über die einzelnen Rechtsträger des dUmwG. Es können jedoch im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung höhere Mehrheiten und weitere Erfordernisse festgelegt werden. Gemäß § 13 Abs. 2 dUmwG müssen, soweit die Abtretung der Anteile des übertragenden Rechtsträgers von der Genehmigung bestimmter einzelner Anteilsinhaber abhängig ist, diese Anteilsinhaber dem Verschmelzungsbeschluss zustimmen.<sup>67</sup>

#### 4.2.8. Die Anmeldung der Verschmelzung

In § 16 Abs.1 dUmwG ist eine Anmeldepflicht der Vertretungsorgane der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger normiert. Die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger müssen die Verschmelzung zur Eintragung in das Handels-, Partnerschafts-, Genossenschafts- oder Vereinsregister am Sitz ihres Rechtsträgers anmelden. Das Vertretungsorgan des übernehmenden Rechtsträgers ist berechtigt, die Verschmelzung auch zur Eintragung in das Register des Sitzes jedes der übertragenden Rechtsträger anzumelden. Abs. 2 normiert das so genannten „Negativattest“ als formale Eintragungsvoraussetzung. Beim Negativattest haben die Vertretungsorgane bei der Anmeldung zu erklären, dass eine Klage gegen die Wirksamkeit eines Verschmelzungsbeschlusses nicht oder nicht fristgerecht erhoben oder eine solche Klage rechtskräftig abgewiesen oder zurück genommen worden ist. Durch diese Vorschrift soll sichergestellt werden, dass nur eine auf einer wirksamen Basis gründende

---

<sup>66</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)364ff

<sup>67</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)394ff

Verschmelzung eingetragen wird. Denn die Verschmelzung wird gemäß § 20 Abs. 2 dUmwG auch wirksam, falls diese Mängel aufweist. In § 16 Abs.3 dUmwG ist das „Unbedenklichkeitsverfahren“ geregelt. Der BGH lässt, wenn eine Klage gegen den Verschmelzungsbeschluss ohne Erfolgsaussichten ist, eine Durchbrechung der „Registersperre“ zu. Im Regelfall führt jede Klage gegen den Beschluss zu einer „Registersperre“ und die Verschmelzung kann nicht eingetragen werden. Dies lässt einen großen Spielraum für räuberisch denkende Aktionäre, die so die Gesellschaft erpressen könnten. Die BGH-Rechtsprechung wurde in Abs. 3 normiert und sogar erweitert. Nach dem Gesetz kann das Prozessgericht auf Antrag des beklagten Rechtsträgers durch Beschluss feststellen, dass die Erhebung der Klage der Eintragung der Verschmelzung ins Register nicht entgegensteht. Ein solcher Beschluss darf nur ergehen, wenn die Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist oder wenn das alsbaldige Wirksamwerden der Verschmelzung nach freier Überzeugung des Gerichts unter Berücksichtigung der Schwere der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzung zur Abwendung der vom Antragsteller dargelegten wesentliche Nachteile für die an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger und ihre Anteilshaber vorrangig erscheint. Ein vom Gericht gefasster Unbedenklichkeitsbeschluss ersetzt das Negativattest und die Verschmelzung kann eingetragen werden.<sup>68</sup>

### **4.3. Die Verschmelzung in Österreich**

#### 4.3.1. Die der Verschmelzung der AG

Im österreichischen Recht sind die Regelungen über die Verschmelzungen von Aktiengesellschaften im neunten Teil des österreichischen Aktiengesetzes 1965 (öAktG) enthalten. Im öAktG befinden sich auch Regelungen über die Verschmelzung einer AG mit einer GmbH. Der Begriff der Verschmelzung lässt sich aus § 219 öAktG ableiten. „Eine Verschmelzung ist die Übertragung des Vermögens einer oder mehrerer Gesellschaften im Weg der Gesamtrechtsnachfolge unter Ausschluss der Abwicklung auf eine andere bestehende oder durch die Verschmelzung neue gegründete Gesellschaft gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft“. An der Verschmelzung unmittelbar beteiligt sind die übertragende und übernehmende Gesellschaft. Nur diese Gesellschaften müssen alle Verschmelzungsbestimmungen beachten. An der Verschmelzung können gemäß § 219 öAktG beliebig viele Aktiengesellschaften teilnehmen.

#### 4.3.2. Der Verschmelzungsvertrag

Gemäß § 220 Abs.1 öAktG haben die Vorstände der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften einen Verschmelzungsvertrag abzuschließen oder einen schriftlichen Entwurf zu

---

<sup>68</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)438ff

erstellen. Der Verschmelzungsvertrag bedarf gemäß § 222 öAktG eines Notariatsakts. Der Mindestinhalt des Vertrages ist in § 220 Abs. 2 öAktG normiert. Der Vertrag muss enthalten:

1. die Firma und den Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften;
2. die Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens jeder übertragenden Gesellschaft im Weg der Gesamtrechtsnachfolge;
3. das Umtauschverhältnis der Aktien, gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlungen und weiters die Einzelheiten für die Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft; werden keine Aktien gewährt (§ 224), sind die Gründe hierfür anzugeben;
4. den Zeitpunkt, von dem an diese Aktien einen Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten in Bezug auf diesen Anspruch;
5. den Stichtag, von dem an die Handlungen der übertragenden Gesellschaften als für Rechnung der übernehmenden Gesellschaft vorgenommen gelten (Verschmelzungstichtag);
6. die Rechte, welche die übernehmende Gesellschaft einzelnen Aktionären sowie den Inhabern von Vorzugsaktien, Schuldverschreibungen und Genussrechten gewährt, oder die für diese Personen vorgesehenen Maßnahmen;
7. jeden besonderen Vorteil, der einem Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats, einem Abschlussprüfer der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften oder einem Verschmelzungsprüfer gewährt wird.

Die Regelungen über den Verschmelzungsbericht (§ 220a öAktG) und über die Prüfung der Verschmelzung (§ 220b öAktG) entsprechen sinngemäß denen des deutschen Rechts. Jedoch gibt es in Österreich zusätzlich eine Prüfungspflicht des Aufsichtsrats gemäß § 220c öAktG. Nach dieser Vorschrift hat der Aufsichtsrat der übertragenden Gesellschaft die beabsichtigte Verschmelzung aufgrund des Verschmelzungsberichts und des Prüfungsberichts zu prüfen und darüber wieder einen schriftlichen Bericht zu erstatten. Die Bestimmung soll sicherstellen, dass die Arbeitnehmer ein Mitbestimmungsrecht bei der Entscheidung über die Verschmelzung haben. Im deutschen Recht müssen die Auswirkungen des Verschmelzungsvorgangs auf die Arbeitnehmer der Unternehmen im Verschmelzungsvertrag aufgegriffen werden (§ 5 Abs.1 Ziffer 9 dUmwG). Auch der österreichische Verschmelzungsvertrag bedarf einer notariellen Beurkundung gemäß § 222 öAktG.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> *Jabornegg/Strasser(Hrsg)*, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>5</sup> Band II (2011)892ff

#### 4.3.3 Die rechtsformübergreifende Verschmelzung

Über die rechtsformübergreifende Verschmelzung finden sich Regelungen im öAktG und im öGmbHG. Gemäß § 234 öAktG kann eine GmbH mit einer AG durch Übertragung des Vermögens der Gesellschaft im Weg der Gesamtrechtsnachfolge an die AG gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft verschmolzen werden. Der Abs.2 des § 234 öAktG verweist auf die Bestimmungen der §§ 220- 233 öAktG über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften. Die aktienrechtlichen Vorschriften sind aber nur anwendbar soweit nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt ist. Bei der GmbH treten an die Stelle des Vorstands und der Hauptversammlung der Geschäftsführer und die Generalversammlung. Auch eine AG kann gemäß § 234a öAktG mit einer GmbH durch Übertragung des Vermögens der AG im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf die GmbH gegen Gewährung von Geschäftsanteilen verschmolzen werden. Durch einen Rechtsformwechsel können zusätzliche Regelungen erforderlich werden. Beispielsweise über die Frage der Verbriefung der Aktien oder der Art der Aktien. Eine weitere spezielle Regelung findet sich in § 234b öAktG. Nach dieser Bestimmung muss bei einer rechtsformübergreifenden Verschmelzung im Verschmelzungsvertrag eine Barabfindung enthalten zu sein. § 234 Abs. 3 öAktG bestimmt, dass bei der rechtsformübergreifenden Verschmelzung von GmbH und AG für die GmbH die Vorschriften der §§ 97-100 öGmbHG zur Anwendung kommen, jedoch für die AG die allgemeinen verschmelzungsrechtlichen Regelungen über die Vorbereitung der Beschlussfassung, den Beschluss der Gesellschafter, die Erstellung des Verschmelzungsberichts und die Durchführung der Verschmelzung anwendbar sind.<sup>70</sup>

Betreffend der Vorschriften über vorbereitende Unterlagen gibt es im öGmbHG und öAktG folgende Unterschiede: Gemäß § 100 Abs. 1 öGmbHG ist ein Verzicht auf den Verschmelzungsbericht der Geschäftsführer wirksam, wenn alle Gesellschafter der Gesellschaft auf den Bericht verzichten. Im Gegensatz dazu, verlangt § 232 Abs.2 öAktG, dass sämtliche Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften auf den Verschmelzungsbericht verzichten, also auch die Gesellschafter der übertragenden GmbH. Jedoch wird man durch sinngemäße Anwendung des § 232 Abs.2 öAktG zum Ergebnis kommen, dass sich die Regelung ausschließlich auf die AG bezieht und somit die Altaktionäre alleine auf den Bericht verzichten können. Auf die Verschmelzungsprüfung kann gemäß § 232 Abs.2 öAktG durch Erklärung aller Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften verzichtet werden wobei in der GmbH die Verschmelzung gemäß § 100 Abs.2 öGmbHG nur geprüft werden muss, wenn ein Gesellschafter ausdrücklich danach verlangt.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)413ff

<sup>71</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)418



Bei einer rechtsformübergreifenden Verschmelzung sind deren Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit, das Umtauschverhältnis und die Barabfindungen vom Aufsichtsrat zu prüfen. Ein Verzicht auf die Prüfung des Aufsichtsrats ist nicht möglich. Da gemäß § 220c öAktG die Prüfung des Aufsichtsrats auf der Grundlage des Verschmelzungs- und Prüfungsberichts zu erstellen ist, kann sich die Nichterstellung der Berichte negativ auf die Berichtserstattung des Aufsichtsrats auswirken.<sup>72</sup>

Gemäß § 221a Abs.2 öAktG muss die AG einen Monat vor Beschlussfassung die vorbereitenden Unterlagen am Sitz ihrer Gesellschaft auslegen. Grundsätzlich gilt die Offenlegungspflicht für die Unterlagen von allen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften. Am Sitz der AG müssen somit auch die vorbereitenden Unterlagen beteiligter GmbH zur Verfügung stehen. Für die Unterlagen der GmbH gilt die Einmonatsfrist jedoch nicht. Sie müssen erst 14 Tage vor der Beschlussfassung aufliegen, da diese zu einem früheren Zeitpunkt noch gar nicht fertiggestellt sein müssen. Bei einer Verschmelzung durch Aufnahme von AG kann gemäß § 232 Abs.2 öAktG auf die Offenlegung der Unterlagen verzichtet werden. Auch wenn dies nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, ist davon auszugehen, dass der Verzicht auf die Offenlegung der Unterlagen der übernehmenden AG bei der rechtsformübergreifenden Verschmelzung ausreicht und es keinen Verzicht der GmbH-Gesellschafter mehr braucht.<sup>73</sup>

## **5. Die Anpassung der Vertragsverhältnisse bei Verschmelzungen**

### **5.1. Miteinander unvereinbare Verpflichtungen**

Kommt es durch eine Verschmelzung zum Zusammentreffen von miteinander unvereinbaren Verpflichtungen sind die so genannten „Härtefallregelungen“ der § 225a Abs.3 öAktG und § 21 dUmwG anzuwenden. Die Bestimmungen sind nur anzuwenden, wenn es sich um noch nicht vollständig erfüllte Verträge handelt und sich die Verbindlichkeiten auf gegenseitige Verträge beziehen, die Abnahme-, Lieferungs- oder ähnliche Verpflichtungen betreffen.<sup>74</sup>

Die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften sollen sich durch die Verschmelzung nicht ihren Verpflichtungen entziehen können, da außenstehende Vertragspartner nicht das Risiko einer Verschmelzung tragen sollen. Die Bestimmungen verlangen, dass die Verpflichtungen miteinander unvereinbar sind oder dass die Erfüllung beider Verbindlichkeiten für den übernehmenden Rechtsträger eine schwere Unbilligkeit darstellt. Eine Unvereinbarkeit der

---

<sup>72</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)418f

<sup>73</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)419

<sup>74</sup> Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, ecollex 02/2013,139f

Verpflichtungen liegt dann vor, wenn die Verpflichtungen einander widersprechen. Dies ist zum Beispiel bei Ausschließlichkeitsbindungen der Fall. Lässt sich jedoch durch ergänzende Vertragsauslegung eine Beschränkung der Verpflichtung auf den Betrieb einer Gesellschaft feststellen, liegt keine Unvereinbarkeit vor. Es handelt sich um eine schwere Unbilligkeit, wenn die Aufrechterhaltung der Verpflichtung für eine Gesellschaft einen schweren Nachteil bildet. Für die Anwendbarkeit der Bestimmungen kommt es auch darauf an, dass die Verpflichtungen infolge der Verschmelzung aufeinander treffen. Als Rechtsfolge ordnen § 21 dUmwG und § 225a Abs.3 öAktG an, dass die unvereinbaren bzw. unbilligen Verpflichtungen anzupassen sind.<sup>75</sup>

## **5.2. Der Anspruch auf gleichwertige Rechte**

### 5.2.1. Die Rechtslage in Deutschland

Im deutschen Recht muss schon der Verschmelzungsvertrag gemäß § 5 Abs.1 Ziffer 7 dUmwG Angaben über die Rechte, die der übernehmende Rechtsträger einzelnen Anteilshabern sowie Inhabern besonderer Rechte, wie Anteile ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien, Mehrstimmrechtsaktien, Schuldverschreibungen und Genussrechten gewährt oder die für diese Personen vorgesehenen Maßnahmen enthalten. Es müssen also alle Rechte dieser Art im Verschmelzungsvertrag offen gelegt werden, um den anderen Anteilshabern eine rechtzeitige Prüfung anhand des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu ermöglichen. Diese Vorschrift bezieht sich inhaltlich auf alle gesellschaftsrechtlichen Sonderrechte und schuldrechtlich eingeräumten Sondervorteile wie etwa Optionsanleihen und Wandelschuldverschreibungen.<sup>76</sup>

In § 23 dUmwG ist der Schutz der Inhaber von Sonderrechten geregelt. Danach sind den Inhabern von Sonderrechten in einem übertragenden Rechtsträger, die kein Stimmrecht gewähren, gleichwertige Rechte in dem übernehmenden Rechtsträger zu gewähren. Inhaber von Sonderrechten sind nach § 23 dUmwG insbesondere Inhaber von Anteilen ohne Stimmrecht, von Wandelschuldverschreibungen, von Gewinnschuldverschreibungen und von Genussrechten. Durch den § 23 dUmwG werden die Inhaber von Sonderrechten an der übertragenden Gesellschaft davor geschützt, dass ihre Anteile infolge einer Verschmelzung an Wert verlieren. Vom Gesetzestext lässt sich keine Verpflichtung zur Gewährung von gleichartigen Rechten ableiten, da nur von der Gewährung gleichwertiger Rechte die Rede ist. Jedoch ist es nach dem Normsinn angebracht zuerst an einen Umtausch in gleichartige Rechte zu denken, wie etwa der Umtausch einer Wandelschuldverschreibung wieder in eine neue Wandelschuldverschreibung, da die Anteilshaber nicht beliebig abgefunden werden

---

<sup>75</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)528ff

<sup>76</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)285f

sollen, sondern in ihrer Rechtsposition so gut wie möglich unverändert bleiben sollen. Die Inhaber von Sonderrechten haben einen Anspruch auf die Einräumung eines gleichwertigen Rechts gegen den übernehmenden Rechtsträger, der im Falle des Verzugs schadenersatzpflichtig werden kann. Der Verschmelzungsbeschluss wird bei Fehlen der oben genannten Informationen anfechtbar.<sup>77</sup>

#### 5.2.1.1. Anteile ohne Stimmrecht

Den Inhabern von Anteilen ohne Stimmrecht sollen gemäß § 23 dUmwG so weit wie möglich gleichartige Anteile an der übernehmenden Gesellschaft eingeräumt werden. Die Anzahl der Anteile richtet sich nach dem Verschmelzungsvertrag und nach dem Umtauschverhältnis, das gemäß § 5 Abs. 1 Nummer 3 dUmwG im Verschmelzungsvertrag angegeben ist. Dieses Umtauschverhältnis muss sicherstellen, dass die neuen Anteile mit den Altanteilen gleichwertig sind. Ein Umtausch von Rechten ohne Stimmrecht in Rechte mit Stimmrecht stellt insofern kein Problem dar, da es auf Seiten des Sonderrechtsinhabers nur zu einer weiteren Berechtigung kommt.<sup>78</sup>

#### 5.2.1.2. Wandelschuldverschreibungen

Bei der Anwendung von § 23 dUmwG auf Wandelschuldverschreibungen ist es nicht notwendig, dass die Rechte in Wertpapieren verbrieft wurden noch, dass es sich um eine größere Anzahl von Schuldverschreibungen handelt. Vom Anwendungsbereich ebenfalls erfasst sind isolierte Bezugs- oder Umtauschrechte, Optionen auf eine Option und jede andere ähnliche Rechtsstellung zu einer GmbH oder einer Personengesellschaft. Die Situation bei einer Verschmelzung von einer AG mit einer anderen AG stellt sich wie folgt dar: Das Umtausch- bzw. Bezugsrecht lautet auf Aktien der übernehmenden Gesellschaft und die Zins- und Rückzahlungsverpflichtungen gehen gemäß § 20 Abs.1 Ziffer 1 dUmwG auf die übernehmende Gesellschaft über. Es soll eine wirtschaftlich gleichwertige Umstellung, wenn möglich in Aktien gleicher Gattung erfolgen. Für gewöhnlich wird das im Verschmelzungsvertrag gemäß § 5 Abs.1 Ziffer 3 dUmwG angegebene Umtauschverhältnis für Anteile als Basis für den Umtausch herangezogen, es kann jedoch auch ein anderes Umtauschverhältnis festgelegt werden. Um diese Verpflichtung zu sichern, muss die AG bedingtes Kapital bilden, wenn dies in der übertragenden AG bereits bestand oder dies zur vergleichbaren Sicherung erforderlich ist. Bei der Verschmelzung von einer AG mit einer GmbH müssen die von der AG ausgegebenen Wandelschuldverschreibungen in GmbH-Anteile umgetauscht werden. Da in der GmbH die Bildung von bedingtem Kapital nicht möglich ist und auch sonst keine vergleichbare Sicherung möglich ist, müssen die Sonderrechtsinhaber die Möglichkeit eines

---

<sup>77</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)544ff

<sup>78</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)549f

sofortigen Umtausches bzw. Bezugs haben. Es besteht in diesem Fall auch ein Recht auf Abfindung gemäß § 29 dUmwG.<sup>79</sup>

#### 5.2.1.3. Gewinnschuldverschreibungen

Auch bei Gewinnschuldverschreibungen ist eine große Anzahl an Berechtigungen oder eine wertpapiermäßige Verbriefung ist für die Anwendung des § 23 dUmwG nicht notwendig. Es werden auch Rechte, die an den Umsatz oder andere Bezugsgrößen anknüpfen, sowie die stille Gesellschaft, sofern eine Gewinnbeteiligung vorliegt, von der Regelung erfasst. Nicht unter den Anwendungsbereich fallen partiarische Rechtsverhältnisse wie etwa Darlehen. Nun kann nach der Verschmelzung der für die Sonderrechtsinhaber ausschlaggebende Gewinn der übertragenden Gesellschaft nicht mehr oder zumindest nicht mehr so leicht festgestellt werden. Die Berechtigungen können nach der Verschmelzung am Gewinn des übernehmenden Rechtsträgers oder am vorangegangenen Durchschnittsgewinn des übertragenden Rechtsträgers bemessen werden. Wird der Gewinn des übernehmenden Rechtsträgers als Bezugsgröße herangezogen, wird normalerweise das im Verschmelzungsvertrag festgelegte Umtauschverhältnis herangezogen um zu ermitteln welcher Gewinn auf einen entsprechend dem Umtauschverhältnis umgetauschten Anteil fallen würde. Da andere Bezugsgrößen als der Gewinn nicht im Verschmelzungsvertrag geregelt sind, wird hier die Berechnung der Relation zwischen Alt- und Neuanteilen schwieriger. Wird keine vergleichbare Lösung gefunden, kommt es zur Anwendung der §§ 323 ff BGB und es kommt zu einer Wandlung der Berechtigung in einen Schadenersatzanspruch.<sup>80</sup>

#### 5.2.1.4. Genussrechte

Bei Genussrechten „geht es um den Schutz von Inhabern von Vermögensrechten, die in einer solchen Art und Weise mit dem übertragenden Rechtsträger verbunden sind, dass nach einer Verschmelzung eine Übernahme der Verpflichtungen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch den übernehmenden Rechtsträger nicht ohne weiteres möglich ist“. Durch die unterschiedlichen Möglichkeiten der Ausgestaltung von Genussrechten lässt sich nicht allgemein sagen, wie die Umwandlung der Rechte in entsprechende Rechte beim übernehmenden Rechtsträger aussieht.<sup>81</sup> Grundsätzlich sind Genussrechte mit Gewinnbeteiligungen wie Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechte mit Umtausch- oder Bezugsrechten wie Wandelschuldverschreibungen zu behandeln. Bei Genussrechten, die wegen Verlusten bei der übertragenden Gesellschaft teilweise oder gänzlich erloschen sind, kommt es nicht dadurch zu einem Wiederaufleben weil bei der übernehmenden Gesellschaft keine Verluste mehr vorhanden sind. Hängt die Erfüllung des Genussrechts vom Betrieb der über-

---

<sup>79</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)550ff

<sup>80</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)552ff

<sup>81</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)554

tragenden Gesellschaft ab und wird dieser aufgrund der Verschmelzung aufgegeben, kommt es zu einer Abfindung nach § 23 dUmwG. Der Genussrechtsbesitzer hat die Möglichkeit die Einräumung eines gleichwertigen Rechts gerichtlich einzuklagen, sollte er mit seiner Rechtsstellung bzw. Abfindung nach der Verschmelzung nicht zufrieden sein.<sup>82</sup>

Abschließend ist zum Anspruch auf gleichwertige Rechte zu sagen, dass bei einer Verschmelzung der wirtschaftliche Gehalt von oben genannten Sonderrechten an die neue Situation gleichwertig angepasst werden muss. Probleme ergeben sich dabei daraus, dass sich bestimmte Kennzahlen der bisherigen ausgehenden Gesellschaft nach einer Verschmelzung nicht mehr so einfach feststellen lassen. Eine Ausnahme besteht darin, dass auch nach der Verschmelzung noch verschiedene Rechnungskreise bestehen bleiben und die Bezugsgrößen der früheren Betriebe noch einzeln festgestellt werden können, was jedoch eher selten vorkommt. Da es bei jeder Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB zu einer Anpassung des Vertrages bei gleichbleibenden wirtschaftlichen Gehalt und durch ergänzende Vertragsauslegung zu einer Situation kommen sollte, die redliche und vernünftige Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie von vorn herein an die gegenständliche Verschmelzungssituation gedacht hätten, wäre es falsch das Vertragsverhältnis einfach auf die Kennzahlen der übernehmenden Gesellschaft anzupassen. Eine solche Anpassung könnte dem Parteienwillen widersprechen und zu einer ungewollten Besser- oder Schlechterstellung einer Partei führen.<sup>83</sup>

#### 5.2.2. Die Rechtslage in Österreich

Auch in Österreich hat der Verschmelzungsvertrag gemäß § 220 Abs. 2 Ziffer 6 öAktG Angaben über die Rechte, welche die übernehmende Gesellschaft einzelnen Aktionären als auch den Inhabern von Vorzugsaktien, Schuldverschreibungen und Genussrechten gewährt, oder die für diese Rechtsinhaber vorgesehenen Maßnahmen zu enthalten. Im Zusammenhang mit dieser Vorschrift sind unter Schuldverschreibungen nur solche zu subsumieren, die den Rechtsinhabern mitgliedschaftsähnliche Rechte verleihen wie etwa Wandelschuldverschreibungen oder Gewinnschuldverschreibungen. Auch die stille Gesellschaft wird von dieser Regelung nicht erfasst. Ähnlich wie die deutsche Regelung ordnet § 226 Abs. 3 öAktG an, dass den Inhabern von Schuldverschreibungen und Genussrechten bei einer Verschmelzung entweder gleichwertige Rechte gewährt werden müssen, oder eine angemessene Abgeltung zu erfolgen hat. Damit Genussrechte unter diese Vorschrift fallen, müssen sie auf einer schuldrechtlichen Grundlage basieren und eigenkapitalartig ausgestaltet sein. Eine wertpapiermäßige Verbriefung des Genussrechts ist nicht notwendig da sonst im Gesetz der Genussschein angeführt wäre. Auch eine Ausgabe des Genussrechts gemäß § 174 öAktG

---

<sup>82</sup> Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolex* 02/2013,141

<sup>83</sup> Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolex* 02/2013,140f

ist für die Anwendung des § 226 Abs.3 öAktG nicht notwendig. Bei Schuldverschreibungen kommt es auch nicht auf eine Ausgabe gemäß § 174 öAktG an, sondern auf die eigenkapitalcharakterliche Ausgestaltung, jedoch sind auch reine Anleihen mit Fixverzinsung ohne Eigenkapitalcharakter erfasst. Bei diesen Anleihen besteht ein Anspruch auf Ausgabe eines neuen Wertpapiers. Die Regelung des § 226 Abs.3 öAktG ist sowohl auf von der übertragenden als auch der übernehmenden Gesellschaft ausgegebenen Schuldverschreibungen und Genussrechte anzuwenden. Laut dem Gesetzeswortlaut besteht auf Seiten des Emittenten ein Gestaltungsrecht, das dreifach ausgeformt sein kann: Er kann entweder gleichwertige Rechte gewähren, das Recht inhaltlich ändern oder das Rechtsverhältnis beenden und den Berechtigten abfinden. Die Sonderrechtinhaber haben also kein Recht auf Fortführung ihres Rechtsverhältnisses und die Gesellschaft hat somit bei einer Verschmelzung einen gesetzlich anerkannten Kündigungsgrund für das Anleihe- oder Genussrechtsverhältnis. Welche der drei Möglichkeiten die Gesellschaft wählt, liegt in ihrem freien Ermessen. Tauscht die Gesellschaft die bestehenden Rechte in neue Rechte um, so sind, wie im deutschen Recht, wirtschaftlich gleichwertige und nicht gleichartige Rechte zu gewähren. Die Gleichwertigkeit der Rechte ist einzelfallbezogen zu ermitteln, wobei eine Wertgleichheit maßgebend ist. Diese kann zum Beispiel beim Bezugsrecht bei Wandelschuldverschreibungen in Aktien der übernehmenden Gesellschaft auf das Umtauschverhältnis abzielen. Bei Gewinnschuldverschreibungen sind die bisherigen Bezugsgrößen auf das Umtauschverhältnis umzustellen und Genussrechte müssen nach ihrem Inhalt angepasst werden. Die Bestimmung des § 226 Abs.3 ist einseitig zwingend, es können also in den Anleihe- oder Genussrechtsbedingungen die Rechte der Gläubiger nicht eingeschränkt werden. Es ist nur eine Erweiterung ihrer Rechte zulässig. Kündigt die Gesellschaft aufgrund der Verschmelzung das Rechtsverhältnis, erhält der gekündigte Gläubiger einen Anspruch auf angemessene Abfindung und das Recht ist zum maßgeblichen Zeitpunkt zu bewerten. Die Gesellschaft kann das Recht aufgrund der Verschmelzung auch abändern, jedoch muss sie die Vertragsänderung dann angemessen abgelden. Aus den allgemeinen Grundsätzen bei der Lösung von Dauerschuldverhältnissen ergibt sich auch auf Seiten der Sonderrechtinhaber bei einer Verschmelzung ein Kündigungsrecht. Der Anspruch auf Gewährung eines gleichwertigen Rechts oder einer angemessenen Abfindung muss im streitigen Verfahren durchgesetzt werden. Es besteht auch kein Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 226 Abs.1 öAktG da § 226 Abs.3 öAktG eine *lex specialis* darstellt und somit Abs.1 nicht zur Anwendung kommt.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> *Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung*<sup>2</sup> (2010)342ff

## **6. Über die Spaltung**

Grundsätzlich versteht man unter einer Spaltung eine Maßnahme bei der Vermögensanteile einer übertragenden Gesellschaft endgültig auf eine oder mehrere andere Gesellschaften übertragen werden und die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft in Folge Anteile an der übernehmenden Gesellschaft erhalten. In einer Spaltung werden also die Instrumente der Liquidation bzw. Kapitalherabsetzung und der getrennten Einbringung vereint. Die Spaltung stellt im Wesentlichen das Pendant zur Verschmelzung dar. Es gibt viele unterschiedliche Beweggründe für eine Spaltung. Typischerweise führt man eine Spaltung dann durch, wenn Unternehmen real geteilt werden sollen, um Unstimmigkeiten innerhalb eines Unternehmens zu bereinigen, im Rahmen einer Erbteilung oder wenn Konzerngefüge umstrukturiert werden sollen. Im Zuge einer Spaltung können nicht nur in einer Gesellschaft befindliche Betriebe oder Teilbetriebe übertragen werden, sondern auch nur einzelne Vermögensteile wie etwa Forderungen, Bargeld oder einzelne Vermögensgegenstände.<sup>85</sup>

### **6.1. Europarechtliche Grundlagen**

Die europarechtliche Grundlage der Spaltung ist die 6. gesellschaftsrechtliche Richtlinie vom 17.12.1986 (6. Spaltungs-Richtlinie). Besonders an der 6. Spaltungs-Richtlinie ist, dass diese nicht zwingend im nationalen Recht umzusetzen ist. Das bedeutet, dass nicht jeder Mitgliedsstaat der EU das Rechtsinstitut der Spaltung in seine Rechtsordnung aufnehmen muss. Nimmt jedoch ein Mitgliedsstaat die Spaltung in seinen Rechtsstand auf, so hat er die Bestimmungen der Richtlinie zu beachten und diese umzusetzen. Die Richtlinie nimmt sich vor allem die französischen Regelungen betreffend der Spaltung zum Vorbild und regelt nur die Spaltung von Aktiengesellschaften.<sup>86</sup>

### **6.2. Die Spaltung in Deutschland**

#### **6.2.1. Die Formen der Spaltung in Deutschland**

Das dUmwG kennt drei verschiedene Formen der Spaltung: die Aufspaltung, die Abspaltung und die Ausgliederung. Einen allgemeinen Teil über die Spaltung enthält das dUmwG nicht, da die Verschmelzung als einer der Vorgänge der Umwandlung am Anfang des Gesetzes ausführlich geregelt wird. Systematisch wird auf einschlägige Regelungen der Verschmelzung verwiesen und es werden im Gesetz nur zusätzliche oder abweichende Regelungen angeführt.

---

<sup>85</sup> *Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung*<sup>2</sup> (2010)767f

<sup>86</sup> *Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung*<sup>2</sup> (2010)772f

#### 6.2.1.1. Die Aufspaltung

Gemäß § 123 Abs.1 dUmwG wird bei der Aufspaltung eines Rechtsträgers, dessen gesamtes Vermögen auf mindestens zwei neue Rechtsträger übertragen. Die übernehmenden Rechtsträger können auch eine andere Rechtsform haben als der übertragende Rechtsträger. Der Rechtsträger, der gespalten wird, wird dabei aufgelöst und erlischt mit der Eintragung der Spaltung im Register. Der übernehmende Rechtsträger kann zum Zeitpunkt der Spaltung bereits bestehen oder durch die Eintragung neu gegründet werden. Besteht der übernehmende Rechtsträger bereits, übernimmt er das Vermögen durch eine Kapital- oder Anteilserhöhung. Dieser Vorgang wird Spaltung zur Aufnahme genannt. Bei einer Spaltung zur Neugründung wird der Rechtsträger durch eine einzubringende Sacheinlage neu gegründet. Im Zeitpunkt der Eintragung der Spaltung werden die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers grundsätzlich Anteilsinhaber der übernehmenden Rechtsträger entsprechend dem Spaltungsplan.<sup>87</sup>

#### 6.2.1.2. Die Abspaltung

Bei einer Abspaltung gemäß § 123 Abs.2 dUmwG überträgt der übertragende Rechtsträger nicht sein sämtliches Vermögen und wird durch den Vorgang nicht aufgelöst. Diese Form der Spaltung hat durch den Umstand, dass die übertragende Gesellschaft weiter besteht eine größere wirtschaftliche Relevanz. Es können entweder nur ein Vermögenskomplex auf einen Rechtsträger oder auch mehrere Vermögenskomplexe auf mehrere Rechtsträger übertragen werden. Auch hier können der übernehmende oder die übernehmenden Rechtsträger schon bestehen oder im Zuge der Spaltung neu gegründet werden. Für den übernehmenden Rechtsträger gelten die Regelungen über die Aufspaltung. Bei dem übertragenden Rechtsträger kann es unter anderem zu einer Kapitalherabsetzung oder einer Zweckänderung kommen.<sup>88</sup>

#### 6.2.1.3. Die Ausgliederung

Gemäß § 123 Abs.3 dUmwG kann der übertragende Rechtsträger aus seinem Vermögen einen oder mehrere Teile ausgliedern. Durch die Möglichkeit der Ausgliederung steht den Unternehmen ein großer Gestaltungsspielraum zur Verfügung. Hinsichtlich der Vermögensübertragung gelten zwar die gleichen Regelungen wie bei der Abspaltung, jedoch gibt es hinsichtlich des übertragenden Rechtsträgers große Unterschiede. Bei der Übertragung des Vermögens bzw. von Teilen des Vermögens werden Sachgüter des übertragenden Rechtsträgers im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den oder die übernehmenden Rechtsträger übertragen. Kommt es zu einer Totalausgliederung des gesamten Vermögens, wird der über-

---

<sup>87</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1635

<sup>88</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1635f



tragende Rechtsträger als Muttergesellschaft zur Holding, wodurch es aber nicht zur Auflösung des übertragenden Rechtsträgers kommt. Dieser hält weiterhin Anteile an der übernehmenden Gesellschaft und besteht daher fort. Der Unterschied zur Abspaltung besteht jedoch darin, dass die Gesellschaftsanteile nicht den Gesellschaftern bzw. Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers zukommen, sondern dem übertragenden Rechtsträger selbst. Es kommt daher zu einer bloßen Vermögensumschichtung und die Beteiligungsverhältnisse der Anteilshaber bleiben unberührt. Eigentlich müsste die Ausgliederung daher keinen Unterfall der Spaltung darstellen sondern neben Verschmelzung und Spaltung als eigenes Rechtsinstitut geregelt sein.<sup>89</sup>

### 6.2.3. Die Kombination von Spaltungsvorgängen

Nach § 123 Abs.4 dUmwG sollen verschiedene Übertragungsformen bei einem übertragenden Rechtsträger möglich sein. Es ist also möglich, Vermögen sowohl auf bestehende als auch auf neu zu gründende Rechtsträger zu übertragen und auch die Spaltungsformen selbst, also Abspaltung und Ausgliederung, miteinander zu kombinieren. Bei der Aufspaltung ist dies naturgemäß nicht möglich, da bei dieser Spaltungsart der übertragende Rechtsträger nicht mehr existiert.<sup>90</sup>

### 6.2.4. Spaltungsfähige Rechtsträger

In § 124 dUmwG wird geregelt, welche Rechtsträger über die in § 3 Abs.1 dUmwG genannten Rechtsträger hinaus noch an einer Spaltung beteiligt sein können. Danach können an einer Auf- oder Abspaltung als übertragenden Rechtsträger zusätzlich wirtschaftliche Vereine beteiligt sein. An einer Ausgliederung können als übertragende Rechtsträger wirtschaftliche Vereine, Einzelkaufleute, Stiftungen, Gebietskörperschaften und Zusammenschlüsse von Gebietskörperschaften, die aber keine Gebietskörperschaften sind, beteiligt sein. Weiters kommt auch die Beteiligung einer Europäischen Gesellschaft an einer Spaltung in Frage.<sup>91</sup>

### 6.2.5. Auf die Spaltung anzuwendende Vorschriften

Durch das Fehlen eines eigenen allgemeinen Teils für die Spaltung verweist der § 125 dUmwG auf die Regelungen der Verschmelzung, die für die Spaltung anwendbar sind. Dies führt zu einer komplizierten Konzeption und zu einer mühsamen Suche nach der im Einzelfall passenden Norm. Schwierigkeiten ergeben sich vor allem daraus, dass es bei der Ver-

---

<sup>89</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1636ff

<sup>90</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1641f

<sup>91</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1645ff

schmelzung nur zwei mögliche Varianten gibt, bei der Spaltung jedoch drei Varianten möglich sind und aus den rechtsformspezifischen spaltungsrechtlichen Besonderheiten.<sup>92</sup>

#### 6.2.6. Der Spaltungsvertrag

Der Spaltungsvertrag, der in § 126 dUmwG geregelt wird, bildet das Kernstück jeder Spaltung und bildet das Gegenstück zum Verschmelzungsvertrag. Im Spaltungsvertrag wird die Vermögensübertragung eines Rechtsträgers auf einen oder mehrere andere Rechtsträger geregelt, der Spaltungsvorrang rechtlich verankert und er dient auch als Informationsquelle für die Anteilshaber. Der Spaltungsvertrag wird von den Vertretungsorganen der Rechtsträger abgeschlossen, jedoch bedarf es für seine Wirksamkeit der Zustimmung der Anteilshaber. Das dUmwG erlaubt nur die Fassung eines einheitlichen Spaltungsvertrages, auch wenn mehrere Gesellschaften an der Spaltung beteiligt sind. Zum Mindestinhalt des Spaltungsvertrages gehören gemäß § 126 Abs.1:

1. die Namen oder die Firma und der Sitz der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger;
2. die Vereinbarung über die Übertragung der Teile des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers jeweils als Gesamtheit gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an den übernehmenden Rechtsträgern;
3. bei Aufspaltung und Abspaltung das Umtauschverhältnis der Anteile und gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlung oder Angaben über die Mitgliedschaft bei den übernehmenden Rechtsträgern;
4. bei Aufspaltung und Abspaltung die Einzelheiten für die Übertragung der Anteile der übernehmenden Rechtsträger oder über den Erwerb der Mitgliedschaft bei den übernehmenden Rechtsträgern;
5. der Zeitpunkt, von dem an diese Anteile oder die Mitgliedschaft einen Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten in Bezug auf diesen Anspruch;
6. der Zeitpunkt, von dem an die Handlungen des übertragenden Rechtsträgers als für Rechnung jedes der übernehmenden Rechtsträger vorgenommen gelten (Spaltungsstichtag);
7. die Rechte, welche die übernehmenden Rechtsträger einzelnen Anteilshabern sowie den Inhabern besonderer Rechte wie Anteile ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien, Mehrstimmrechtsaktien, Schuldverschreibungen und Genussrechte gewähren, oder die für diese Personen vorgesehenen Maßnahmen;

---

<sup>92</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1651ff

8. jeder besondere Vorteil, der einem Mitglied eines Vertretungsorgans oder eines Aufsichtsorgans der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger, einem geschäftsführenden Gesellschafter, einem Partner, einem Abschlussprüfer oder einem Spaltungsprüfer gewährt wird;

9. die genaue Bezeichnung und Aufteilung der Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens, die an jeden der übernehmenden Rechtsträger übertragen werden, sowie der übergehenden Betriebe und Betriebsteile unter Zuordnung zu den übernehmenden Rechtsträgern;

10. bei Aufspaltung und Abspaltung die Aufteilung der Anteile oder Mitgliedschaften jedes der beteiligten Rechtsträger auf die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers sowie den Maßstab für die Aufteilung;

11. die Folgen der Spaltung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen.

Es steht den Parteien jedoch frei, weitere Regelungen in den Spaltungsvertrag aufzunehmen. Dies könnten beispielsweise Regelungen über Satzungsänderungen, die Organbestellung, Genehmigungen, Gewährleistungen, Haftungsfreistellungen, Veräußerungsbeschränkungen, Auffangregelungen sowie Bedingungen oder Befristungen oder Regelungen über die Kostentragung sein.<sup>93</sup>

#### 6.2.7. Der Spaltungsbericht

Wie bei einer Verschmelzung, muss auch bei jeder Art der Spaltung ein schriftlicher Spaltungsbericht gemäß § 127 dUmwG ergehen. Obwohl das deutsche Recht weit über die europarechtlichen Anforderungen hinausgeht, liegt die europarechtliche Grundlage im Art. 7 der 6. EG- Spaltungs-Richtlinie, die jedoch nur für Aktiengesellschaften gilt. Wie auch der Verschmelzungsbericht dient der Spaltungsbericht der vorherigen Information der Anteilsinhaber um über „die Spaltung verantwortlich in Kenntnis aller relevanten Umstände zu beschließen“. Vor allem ist darüber zu informieren, welche Beweggründe zu der geplanten Spaltung geführt haben. Der Berichtspflicht müssen die Vertretungsorgane jedes beteiligten Rechtsträgers nachkommen. Da der Bericht der Information der Anteilsinhaber dient, sollte dessen Inhalt vor allem an deren Interesse ausgerichtet sein. Betreffend das Spaltungsvorhaben sollte sich zuerst ein Gesamtüberblick im Bericht befinden, anschließend Informationen über die Ausgangs- und Ziellage und über die Einstands- und Haftungsrisiken. Dann sollten sich auch ein Kommentar der Geschäftsleitung bezüglich des Spaltungsvorhabens und eine Vertragserläuterung im Bericht vorfinden. Verpflichtend sind auch Angaben zum Umtauschverhältnis und über die Folgen für die Beteiligung der Anteilsinhaber. Die Berichtspflicht wird jedoch dahingehend beschränkt, dass der Bericht keine Informationen enthalten

---

<sup>93</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1658ff

muss, die für einen an der Spaltung beteiligten Rechtsträger einen nicht unerheblichen Nachteil darstellen. Im Bericht müssen jedoch, so weit wie möglich die Gründe für das Geheimhaltungsinteresse dargelegt werden. Gemäß § 127 Satz 2 dUmwG kann auf den Spaltungsbericht verzichtet werden, falls alle Anteilsinhaber in allen spaltungsbeteiligten Rechtsträgern durch eine notariell beurkundete Verzichtserklärung auf die Erstellung des Berichts verzichten.<sup>94</sup>

#### 6.2.8. Anmeldung und Eintragung der Spaltung

Grundsätzlich gelten für die Eintragung einer Spaltung die verschmelzungsrechtlichen Regelungen der §§ 16 und 17 dUmwG, jedoch kann gemäß § 129 dUmwG neben dem Vertretungsorgan des übertragenden Rechtsträgers auch das Vertretungsorgan jedes übernehmenden die Anmeldung beim übertragenden Rechtsträger durchführen. Die Anmeldung hat beim entsprechenden Register am jeweiligen Sitz der Gesellschaften zu erfolgen. Beim übertragenden Rechtsträger ist die 8-Monatsfrist des § 17 Abs.2 Satz 4 dUmwG zu wahren. Der Anmeldegegenstand ist allein die Spaltung und die Anmeldung muss darüber Auskunft geben, ob es sich um eine Aufspaltung, Abspaltung oder um eine Ausgliederung handelt. Kraft § 125 dUmwG gilt die Pflicht zur Abgabe einer Negativerklärung gemäß § 16 Abs.2 dUmwG auch für die Spaltung. Der Spaltungsanmeldung sind gemäß § 17 in Verbindung mit § 125 dUmwG der Spaltungsvertrag, Protokolle und Spaltungsbeschlüsse, etwaige Zustimmungserklärungen, der Spaltungsbericht oder die Verzichtserklärungen, ein etwaiger Prüfungsbericht, der Nachweis über die Zuleitung des Spaltungsvertrages an den Betriebsrat und die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft beizufügen. Wurde bei einer beteiligten Kapitalgesellschaft eine Satzungsänderung durchgeführt sind zusätzlich das Beschlussprotokoll in notarieller Form, der vollständige Wortlaut der Satzung und Wertnachweisunterlagen bzw. der Bericht über die Sacheinlageprüfung beizulegen.<sup>95</sup>

Die Eintragung der Spaltung ist in § 130 dUmwG geregelt. Danach ergibt sich eine Eintragsreihenfolge: Die Spaltung darf erst in das Register des übertragenden Rechtsträgers eingetragen werden, wenn sie im Register des Sitzes jedes übernehmenden Rechtsträgers eingetragen worden ist. Diese Reihenfolge ist zwingend und kann nicht von den Parteien abgeändert werden. Die Eintragung hat die Art der Spaltung, den übertragenen Vermögensteil, die beteiligten Rechtsträger, das Datum des Spaltungs- und Übernahmevertrages und die Daten der Spaltungsbeschlüsse zu enthalten. Die Wirkungen der Spaltung treten gemäß

---

<sup>94</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1697ff

<sup>95</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1723ff

§ 131 dUmwG mit der Eintragung der Spaltung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers ein.<sup>96</sup>

### 6.3. Die Spaltung in Österreich

#### 6.3.1. Zur Rechtsentwicklung

Zum ersten Mal wurde die Spaltung durch das GesRÄG 1993 in Österreich geregelt. Damals bestanden jedoch noch große Regelungsunterschiede zwischen Verschmelzung und Spaltung. Davor wurden nur spaltungsähnliche Vorgänge aufgrund des StruktVG vorgenommen. Die verschmelzungs- und spaltungsrechtlichen Unterschiede wurden Großteils durch das EU-GesRÄG 1996 beseitigt, jedoch kam es auch gleichzeitig zu neuen Regelungsunterschieden. Durch das EU-GesRÄG 1996 kam es zu einer durchgreifenden Neuerung des österreichischen Spaltungsrechts, denn davor wurden nicht alle Gestaltungsvarianten der Richtlinie vom österreichischen Gesetzgeber umgesetzt. Neu eingeführt wurden die Spaltung zur Aufnahme, die Spaltungsprüfung und die nachträgliche gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses im Zuge eines außerstreitigen Verfahrens und die Möglichkeit des Austritts der Gesellschafter bei nicht angemessener Abfindung oder nicht passendem Umtauschverhältnis. Abgeschafft wurde das Einstimmigkeitsprinzip. Die Spaltung von Kapitalgesellschaften wurde dann durch das SpaltG 1996 geregelt, das bis heute viele Novellierungen erfahren hat, zuletzt durch das AktRÄG 2009.<sup>97</sup>

#### 6.3.2. Die Formen der Spaltung in Österreich

Das österreichische Spaltungsrecht kennt nur die Spaltung von Kapitalgesellschaften und enthält keine Regelungen über die Spaltung von Personengesellschaften, Genossenschaften, Gebietskörperschaften oder anderer Rechtsträger. Gemäß § 1 Abs.1 öSpaltG gibt es zwei Arten der Spaltung: die Aufspaltung gemäß Ziffer 1 und die Abspaltung nach Ziffer 2. Bei der Aufspaltung wird die übertragende Gesellschaft aufgelöst und ihr gesamtes Vermögen auf mehrere übernehmende Gesellschaften übertragen. Die übertragende Gesellschaft erlischt bei Wirksamwerden der Spaltung. Bei der Abspaltung werden ein oder mehrere Vermögensteile auf eine oder mehrere übernehmende Gesellschaften übertragen, die übertragende Gesellschaft bleibt jedoch weiterhin bestehen. Für die Aufspaltung sowie für die Abspaltung besteht die Möglichkeit Vermögensteile auf eine bereits bestehende oder auf eine neu zu errichtende Gesellschaft zu übertragen. Der erste Fall bezeichnet die Spaltung zur Aufnahme. Die aufnehmende Gesellschaft kann die gleiche oder eine andere Rechtsform wie die übertragende Gesellschaft besitzen und muss nicht an dieser beteiligt sein. Beim

---

<sup>96</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1726ff

<sup>97</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)769f

zweiten Fall, der Spaltung zur Neugründung, muss im Zuge der Spaltung eine neue Gesellschaft errichtet werden und das Vermögen oder Vermögensteile der übertragenden Gesellschaft auf diese übertragen werden. Die neu gegründete Gesellschaft muss auch hier nicht die gleiche Rechtsform haben. Bei der Spaltung zur Neugründung, wie auch bei der Spaltung zur Aufnahme gibt es jeweils die Möglichkeit die Spaltung in verhältnismäßiger oder nichtverhältnismäßiger Form durchzuführen. Bei einer verhältnismäßigen Spaltung erhalten die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft an der übernehmenden Gesellschaft oder an den übernehmenden Gesellschaften verhältnismäßig gleich große Beteiligungen wie bisher. Obwohl der Wert der Beteiligung insgesamt gleich bleibt, kann der Wert der Anteile an den einzelnen Gesellschaften verdünnt werden. Bei einer nicht verhältnismäßigen Spaltung werden die Gesellschafter nicht im gleichen Verhältnis an der oder den übertragenden Gesellschaften beteiligt, wie sie es bei dem übertragenden Unternehmen waren. Es kann also dazu kommen dass Gesellschafter nur an manchen der Beteiligten Gesellschaften beteiligt sind, an anderen jedoch gar keine Beteiligung mehr halten. Bei der nicht verhältnismäßigen Spaltung muss eine Zustimmung von 90% des Nennkapitals vorliegen, in manchen Fällen sogar Einstimmigkeit, um diese durchführen zu können. Zusätzlich gibt es für jene Gesellschafter, die dieser Spaltung nicht zugestimmt haben ein Austrittsrecht.<sup>98</sup>

### 6.3.3. Der Spaltungsplan

Gemäß § 2 öSpaltG ist bei einer Spaltung zur Neugründung ein Spaltungsplan zu errichten. Dieser ist eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung und kein Vertrag. Der Spaltungsplan bildet die rechtliche Grundlage für eine Spaltung zur Neugründung und es ist nicht möglich auf den Spaltungsplan zu verzichten. Der Spaltungsplan ist von den Vertretungsorganen der übertragenden Gesellschaft aufzustellen. Dieses Organ ist bei der AG der Vorstand und bei der GmbH der Geschäftsführer. Der Spaltungsplan hat gemäß § 2 Abs.1 folgende Mindestinhalte zu enthalten:

1. die Firma und den Sitz der übertragenden Gesellschaft und die vorgesehenen Satzungen (Gesellschaftsverträge) der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften;
2. die Erklärung über die Übertragung der Vermögensteile der übertragenden Gesellschaft jeweils im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gegen Gewährung von Anteilen an den neuen Gesellschaften;
3. das Umtauschverhältnis der Anteile und deren Aufteilung auf die Anteilsinhaber sowie gegebenenfalls die Höhe einer baren Zuzahlung der beteiligten Gesellschaften, die zehn von

---

<sup>98</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)780ff

Hundert des auf die gewährten Anteile entfallenden anteiligen Betrages des Grundkapitals nicht übersteigen darf, sowie von Zuzahlungen Dritter, die unbeschränkt zulässig sind;

4. die Einzelheiten der Herabsetzung des Nennbetrages bei Nennbetragsaktien oder der Zusammenlegung von Anteilen an der übertragenden Gesellschaft, wenn diese ihr Nennkapital gemäß § 3 herabsetzt;

5. die Einzelheiten für die Gewährung von Anteilen an den neuen Gesellschaften;

6. den Zeitpunkt, von dem an die Anteile einen Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten in Bezug auf diesen Anspruch;

7. den Stichtag, von dem an die Handlungen der übertragenden Gesellschaft als für Rechnung der neuen Gesellschaften vorgenommen gelten (Spaltungsstichtag);

8. die Rechte, die die neuen Gesellschaften einzelnen Anteilsinhabern sowie den Inhabern besonderer Rechte, wie Anteilen ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien, Mehrstimmrechtsanteilen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechten, gewähren, und gegebenenfalls die für diese Personen vorgesehenen Maßnahmen;

9. jeden besonderen Vorteil, der einem Mitglied des Vorstands oder eines Aufsichtsorgans der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften oder einem Abschluss-, Gründungs- oder Spaltungsprüfer gewährt wird;

10. die genaue Beschreibung und Zuordnung der Vermögensteile, die an jede der übernehmenden Gesellschaften übertragen werden; dabei kann auf Urkunden, wie Bilanzen, insbesondere gemäß Z 12, und Inventare, Bezug genommen werden, soweit deren Inhalt eine Zuordnung des einzelnen Vermögensteiles ermöglicht;

11. eine Regelung über die Zuordnung von Vermögensteilen, die sonst auf Grund des Spaltungsplans keiner der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften zugeordnet werden können;

12. die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft, weiters Eröffnungsbilanzen der neuen Gesellschaften und bei der Abspaltung eine Spaltungsbilanz, die das der übertragenden Gesellschaft verbleibende Vermögen ausweist;

13. bei einer nicht verhältnismäßigen Spaltung (§ 8 Abs. 3) und einer rechtsformübergreifenden Spaltung (§ 11) die Bedingungen der von einer beteiligten Gesellschaft oder einem Dritten angebotenen Barabfindung; diese Regelung kann entfallen, wenn alle Gesellschafter

der übertragenden Gesellschaft schriftlich in einer gesonderten Erklärung darauf verzichten.<sup>99</sup>

#### 6.3.4. Spaltungs- und Übernahmevertrag

Gemäß § 17 Abs.1 Ziffer 1 öSpaltG haben die Vorstände der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften bei einer Spaltung zur Aufnahme anstatt eines Spaltungsplans einen Spaltungs- und Übernahmevertrag abzuschließen. Auf den Spaltungs- und Übernahmevertrag sind sowohl die Regelungen über die Spaltung als auch die Regelungen der Verschmelzung anzuwenden, da dieser die Funktionen des Spaltungsplans und des Verschmelzungsvertrages in sich vereint. Der Spaltungs- und Übernahmevertrag bedarf eines Notariatsakts. Da bereits bestehende Unternehmen an der Spaltung beteiligt sind und damit ein gewisser „Verschmelzungseffekt“ entsteht liegt bei diesem Fall der Spaltung ein höherer Informations- und Regelungsbedarf vor. Vor allem ist im Spaltungs- und Übernahmevertrag das Umtauschverhältnis von den Vermögensteilen im Verhältnis zur übernehmenden Gesellschaft zu regeln. Wirksamkeit erlangt der Vertrag erst mit der Zustimmung der Gesellschafterversammlungen aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften. Der Mindestinhalt des Vertrages ergibt sich auf den §§ 17 und 2 öSpaltG und aus § 220 öAktG.<sup>100</sup>

#### 6.3.5. Der Spaltungsbericht

Auch nach österreichischem Recht ist gemäß § 4 öSpaltG vom Vorstand der übertragenden Gesellschaft ein schriftlicher Spaltungsbericht zu erstatten. Der Spaltungsbericht hat die gleiche Funktion wie der Verschmelzungsbericht, nämlich die vorzeitige Information der Gesellschafter und wird weitgehend gleich geregelt wie der Verschmelzungsbericht. Teilweise gesetzliche Abweichungen lassen sich auf die europarechtliche Richtlinie zurückführen. Wird eine Spaltung zur Neugründung durchgeführt, muss der Vorstand der übertragenden Gesellschaft den Spaltungsbericht erstatten. Die geschäftsführenden Organe der neu zu gründeten Gesellschaften müssen dagegen nur einen Gründungsbericht gemäß § 3 Abs.3 öSpaltG erstatten. Der Gründungsbericht widmet sich der Rechtmäßigkeit der Gründung und gibt Auskunft darüber, ob der Wert der übernommenen Sachwerte den Wert der dafür ausgegebenen Anteile erreicht. Bei einer Spaltung zur Aufnahme hat der Vorstand der übertragenden Gesellschaft einen Spaltungsbericht zu erstatten und der Vorstand des bereits bestehenden übernehmenden Unternehmens hat gemäß § 17 Ziffer 5 öSpaltG ebenfalls einen Spaltungsbericht erstellen. Inhaltlich hat der Spaltungsbericht den gesamten Spaltungsvorgang darzustellen und er hat über die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der Spaltung zu informieren. Auf jeden Fall sind im Spaltungsbericht die beteiligten Gesellschaften, die Spaltung an

---

<sup>99</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)796ff

<sup>100</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)835f



sich, der Spaltungsplan, die Folgen der Spaltung und die Umtauschverhältnisse darzustellen. Auch wenn sich naturgemäß ein paar Unterschiede ergeben, ist der Spaltungsbericht als Pendant zum Verschmelzungsbericht zu betrachten.<sup>101</sup>

#### 6.3.6. Die Prüfung der Spaltung

Gemäß § 5 öSpaltG ist der Spaltungsplan durch einen Spaltungsprüfer zu prüfen. Durch die Bestellung eines außenstehenden Spaltungsprüfers, sollen vor allem die Gesellschafter geschützt werden. Gemäß § 5 Abs.2 öSpaltG wird der Prüfer vom Aufsichtsrat, oder wenn dieser nicht vorhanden ist, vom Vorstand der übertragenden Gesellschaft bestellt. Hinsichtlich der Bestellung, Auswahl, dem Auskunftsrecht und der Verantwortlichkeit des Spaltungsprüfers gelten die gleichen Regelungen wie für den Verschmelzungsprüfer. Der Prüfungsgegenstand ist der Spaltungsplan, nicht der Spaltungsbericht. Der Spaltungsprüfer hat gemäß § 5 Abs.4 öSpaltG einen schriftlichen Bericht über die Prüfung zu erstatten und somit über das Ergebnis der Prüfung zu berichten. Bei einer nicht verhältnismäßigen Spaltung hat der Prüfer zu erklären, ob das vorgeschlagene Umtauschverhältnis der Anteile und gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlungen und deren Aufteilung auf die Anteilhaber und das Barabfindungsangebot angemessen sind. Der Prüfer hat dabei auf jeden Fall die Methoden nach welcher die Umtauschverhältnisse, die Aufteilung und die Barabfindungsangebote ermittelt worden sind anzugeben, darzulegen warum die Anwendung dieser Methoden angemessen ist und welche Zahlen sich bei Anwendung verschiedener Methoden ergeben würden und er muss dazu Stellung nehmen welche Gewichtung diese Methoden haben und ob und wenn, welche Schwierigkeiten es bei der Bewertung gab. Die Prüfung kann entfallen, wenn das Vermögen von einer 100%igen Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft übertragen wird oder wenn die Gesellschafter einstimmig in einer schriftlichen Erklärung oder durch Erklärung der übertragenden Gesellschafter zur Niederschrift über die Haupt- oder Generalversammlung auf die Prüfung verzichten. Weiters kann die Prüfung entfallen, wenn bei einer Spaltung zur Aufnahme bei der übernehmenden AG alle Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften auf die Prüfung verzichten. Bei der GmbH müssen nur alle Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft verzichten. Gemäß § 6 öSpaltG hat der Aufsichtsrat der übertragenden Gesellschaft die Spaltung auf Grundlage des Spaltungsberichts und des Prüfungsberichts des Spaltungsprüfers zu prüfen und darüber einen schriftlichen Bericht zu erstellen.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)868ff

<sup>102</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)878ff

### 6.3.7. Die Vorbereitung der Beschlussfassung

Laut § 7 Abs.1 öSpaltG hat der Vorstand der übertragenden Gesellschaft den Spaltungsplan nach Prüfung durch den Aufsichtsrat mindestens einen Monat vor dem Tag der Beschlussfassung durch die Anteilsinhaber beim Gericht, in dessen Sprengel die übertragende Gesellschaft ihren Sitz hat einzureichen und einen Hinweis auf diese Einreichung zu veröffentlichen. Gleiches gilt auch für die GmbH. Der Hinweis auf die Einreichung hat gemäß § 18 öAktG im Amtsblatt der Wiener Zeitung oder bei abweichender Regelung in der Satzung auch in anderen Medien zu erfolgen. Inhaltlich soll die Veröffentlichung neben der Einreichung des Spaltungsplans auch den Hinweis auf die Rechte der der Anteilsinhaber, Gläubiger und des Betriebsrats enthalten. Die Regelungen des § 7 Abs.1 öSpaltG sollen sicherstellen, dass die Anteilsinhaber, Gläubiger und auch der Betriebsrat vor der Beschlussfassung ausreichende Informationen erhalten und somit auch die Vorbereitung durch die Verwaltungsorgane und Sachverständigen kontrollieren können. Bei der AG hat der Vorstand nach § 7Abs.2 öSpaltG mindestens einen Monat vor der Beschlussfassung durch die Hauptversammlung folgendes gemäß § 108 Abs. 3-5 öAktG bereit zu stellen:

1. den Spaltungsplan;
2. die Jahresabschlüsse und die Lageberichte der übertragenden Gesellschaft für die letzten drei Geschäftsjahre, weiters die Schlussbilanz, wenn der Spaltungsstichtag vom Stichtag des letzten Jahresabschlusses abweicht und die Schlussbilanz - gegebenenfalls in geprüfter Form - bereits vorliegt;
3. falls sich der letzte Jahresabschluss auf ein Geschäftsjahr bezieht, das mehr als sechs Monate vor der Aufstellung des Spaltungsplans abgelaufen ist, eine Bilanz auf einen Stichtag, der nicht vor dem ersten Tag des dritten Monats liegt, welcher dem Monat der Aufstellung vorausgeht (Zwischenbilanz);
4. den Spaltungsbericht;
5. den Prüfungsbericht;
6. den Bericht des Aufsichtsrats.

Die §§ 108 Abs. 3-5 ö AktG ordnen an, dass die übertragende Gesellschaft und bei der Spaltung zur Aufnahme auch die übernehmende Gesellschaft, während eines Monats vor dem Tag der Beschlussfassung die oben genannten Unterlagen an ihrem Sitz aufzulegen haben. Bei börsennotierten Gesellschaften müssen die Unterlagen darüber hinaus auch noch auf deren Internetseite veröffentlicht werden. Die Veröffentlichung in diesem Sinne bedeutet, dass die Unterlagen auf der Internetseite online gelesen werden und auch gespeichert und

ausgedruckt werden können. Die Unterlagen müssen auch nach der Hauptversammlung noch einen Monat zur Verfügung stehen. Bei nicht börsennotierten Gesellschaften können die Aktionäre die Zusendung einer Kopie der Unterlagen auf Kosten der Gesellschaft verlangen.<sup>103</sup>

Bei GmbH-Spaltungen sind den Gesellschaftern gemäß § 7 Abs.4 öSpaltG die in Abs.2 genannten Unterlagen zuzusenden und die Unterlagen sind nicht am Sitz der Gesellschaft aufzulegen. Die Aufgabe der Unterlagen bei der Post muss spätestens 14 Tage vor der Beschlussfassung stattfinden. Es können mit der Zustimmung der Gesellschafter oder durch Regelung im Gesellschaftsvertrag kommen auch anderen Medien zur Übersendung der Unterlagen, wie etwa die Übersendung per E-Mail in Frage.<sup>104</sup>

Die Unterlagen sind zusätzlich gemäß § 7 Abs.6 öSpaltG auch in der Hauptversammlung, die über die Spaltung entscheidet aufzulegen. Den Vorstand der übertragenden Gesellschaft trifft gemäß Abs.6 auch eine Erläuterungspflicht. Er muss den Spaltungsplan in der Hauptversammlung bzw. Generalversammlung noch einmal ausführlich darlegen und über jede wesentliche Vermögensveränderung oder Änderung der Ertragslage der Gesellschaft berichten, die zwischen der Aufstellung des Spaltungsplans und dem Zeitpunkt der Beschlussfassung eingetreten ist, insbesondere dann, wenn die Vermögensveränderung ein anderes Umtauschverhältnis oder eine andere Aufteilung der Anteile rechtfertigen würden. Betreffend der Arbeitnehmer hat der Betriebsinhaber gemäß § 109 Abs.1 öArbVG, wenn ein Zusammenschluss mit einem anderen Betrieb oder bei Änderung der Rechtsform oder der Eigentumsverhältnisse an dem Betrieb, den Betriebsrat schnellstmöglich zu informieren.<sup>105</sup>

#### 6.3.8. Der Spaltungsbeschluss

Für jede Spaltung bedarf es gemäß § 8 öSpaltG zwingend eines Beschlusses der Anteilshaber der übertragenden Gesellschaft. Zweck dieser Bestimmung ist der Gesellschafterschutz. Gegenstand des Beschlusses ist der Spaltungsplan bzw. der Spaltungs- und Übernahmevertrag. Die Anteilshaber haben die Möglichkeit, dem Spaltungsplan bzw. dem Spaltungs- und Übernahmevertrag zuzustimmen, diesen abzulehnen aber auch Veränderungen vorzunehmen. Gemäß § 8 Abs. 1 öSpaltG muss der Beschluss in der Aktiengesellschaft mit einer qualifizierten Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals und mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst werden. Die gesetzlich geregelten Beschlussmehrheiten können in der Satzung nicht herabgesetzt werden, es können nur zusätzliche Erfordernisse vereinbart werden. Gibt es in einer Aktiengesellschaft mehrere Gattungen von Aktien, so müssen alle stimmberechtigten Aktiegattungen gemäß § 8 Abs. 2

---

<sup>103</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)893ff

<sup>104</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)910

<sup>105</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)910f

öSpaltG einen Sonderbeschluss fassen. In der GmbH ist der Spaltungsbeschluss mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen zu fassen. Bei einer nicht verhältnismäßigen Spaltung müssen gemäß § 8 Abs. 3 öSpaltG 90% des Nennkapitals dem Spaltungsbeschluss zustimmen. Für die Berechnung der 90% des Nennkapitals ist das gesamte Grund- bzw. Stammkapital als Berechnungsgrundlage heranzuziehen. Es kann aber auch die Zustimmung von allen Gesellschaftern notwendig sein, wenn laut § 8 Abs. 3 Ziffer 1 öSpaltG die Anteile an einer oder mehreren beteiligten Gesellschaften ausschließlich oder überwiegend Minderheitsgesellschaftern zugewiesen werden, die insgesamt über Anteile von nicht mehr als 10% des Nennkapitals der übertragenden Gesellschaft verfügen (Dislozierung) oder wenn gemäß Ziffer 2, an eine oder mehrere an der Spaltung beteiligten Gesellschaften, an denen die in Ziffer 1 genannten Gesellschafter beteiligt sind, überwiegend Wertpapiere, flüssige Mittel oder andere nicht betrieblich genutzte Vermögensgegenstände zugeordnet werden (Cash-Box). Unter Wertpapiere im Zusammenhang mit dieser Bestimmung sind alle nicht betrieblich genutzten Wertpapiere zu verstehen. Auf die Art des Wertpapiers kommt es nicht an. Flüssige Mittel sind laut § 224 Abs. 2 B IV öUGB der Kassenbestand, Guthaben bei Kreditinstituten und Schecks, wobei auch betrieblich genutzte flüssige Mittel unter die Vorschrift fallen. Unter nicht betrieblich genutzte Vermögensgegenstände fallen etwa unbebaute oder unvermietete Grundstücke, soweit die Vermietung nicht zum Hauptgeschäft des Unternehmens gehört. Der Spaltungsbeschluss muss gemäß § 8 Abs. 4 öSpaltG notariell beurkundet werden und die Zustimmungserklärungen müssen gerichtlich oder notariell beglaubigt unterfertigt sein. Weiters ist der Spaltungsplan in die Niederschrift über den Beschluss und in die Zustimmungserklärungen aufzunehmen oder beizufügen.<sup>106</sup>

## 7. Die Gesamtrechtsnachfolge bei Spaltungen

Gemäß § 131 Abs.1 Ziffer 1 dUmwG und § 14 Abs.2 Ziffer 1 öSpaltG ist die Spaltung in Deutschland wie in Österreich mit einer Gesamtrechtsnachfolge verbunden. Bei Vorgängen, bei denen das gesamte Vermögen eines Unternehmens inklusive aller Vertragsverhältnisse und Verbindlichkeiten erfasst wird, wie etwa bei Verschmelzungen oder bei der verschmelzenden oder errichtenden Umwandlungen, kommt es zu keinen Problemen im Zusammenhang mit der Gesamtrechtsnachfolge. Derartige Verschmelzungs- und Umwandlungsarten werden von *Grünwald als* „Generalsukzession“ betitelt. Bei diesen Konstruktionen kommt es zu einer Übertragung von Vertragsverhältnissen und dem gesamten Vermögen einer Gesellschaft auf nur einen Rechtsträger und es kommt grundsätzlich zu keiner Benachteiligung des anderen Vertragsteils. Bei der Spaltung hingegen kommt es zu einer „partiellen Gesamtrechtsnachfolge“. Dies kann zu unerwünschten Eingriffen in die Rechtspositionen von au-

---

<sup>106</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)919ff

Benstehenden Vertragspartner führen. Die Spaltung liegt in der alleinigen Entscheidung der Anteilshaber der zu spaltenden Gesellschaften und deshalb müsste ein Vertragspartner, dem durch die Spaltung ein neuer Vertragspartner „zugeteilt“ wird, diesem Zustand eigentlich erst zustimmen. Diese Unstimmigkeit könnte dadurch gerechtfertigt werden, dass die Gesamtrechtsnachfolge bei Spaltungen an die Bedingung der Unternehmens-, Betriebs- oder Teilbetriebskontinuität gekoppelt wäre. Jedoch hat sich weder der deutsche noch der österreichische Gesetzgeber für diese Regelungsweise entschieden und es kann in beiden Rechtsordnungen eine Spaltung auch durch die Übertragung nur eines einzelnen Vermögenssteils oder einer einzelnen Verbindlichkeit durchgeführt werden. Es ist auch möglich durch den Spaltungsplan eine Aufteilung von teilbaren Forderungen an verschieden an der Spaltung beteiligte Gesellschaften zu veranlassen.<sup>107</sup>

## 7.1 Die Rechtslage in Deutschland

### 7.1.1. Die partielle Gesamtrechtsnachfolge

Das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge des § 20 Abs.1 Nummer 1 dUmwG, das die Gesamtrechtsnachfolge für die Verschmelzung anordnet, gilt aufgrund des konzeptionellen Aufbaus und der Bezugnahme von den Spaltungsregelungen auf die Regelungen der Verschmelzung auch für die Spaltung. Jedoch kommt es bei der Spaltung zu keiner Gesamtrechtsnachfolge sondern zu einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge. Es kommt daher nicht zu einer Übertragung des ganzen Vermögens auf einen übernehmenden Rechtsträger, sondern es kommt nur zur partiellen Übertragung bestimmter Vermögensgüter laut Spaltungsplan. Gleich wie bei der Verschmelzung kommt es durch die Eintragung der Spaltung zu einem Übergang des im Spaltungsplan genannten Vermögens auf den im Spaltungsplan genannten Rechtsträger. Vermögensteile können gemäß § 126 Abs.1 Nummer 9 dUmwG Sachen und Rechte auf der Aktivseite und Verbindlichkeiten auf der Passivseite sein.<sup>108</sup>

### 7.1.2. Die Schranken der partiellen Gesamtrechtsnachfolge

Vor dem Gesetz zur zweiten Änderung des dUmwG vom 19.04.2007 hatte der deutsche Gesetzgeber die Bestimmungen §131 Abs.1 Nummer 1 Satz 1 und § 132 dUmwG eingeführt um zu verhindern, dass durch die partielle Gesamtrechtsnachfolge Gegenstände übertragen werden, die nicht im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen werden durften. Es hagelte jedoch Kritik von Seiten der Literatur zu diesen Bestimmungen, wodurch sie dann durch das zweite Änderungsgesetz wieder aufgehoben wurden. Aus der dazugehörigen Begründung lässt sich entnehmen, dass § 132 dUmwG deshalb aufgehoben werden sollte, weil für die

---

<sup>107</sup> Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung II, *ecolex* 03/2013,244f

<sup>108</sup> Lutter(Hrsg), *Kommentar zum Umwandlungsgesetz*<sup>4</sup> Band I (2009)1735f

Gesamtrechtsnachfolge bei der Spaltung in Zukunft die gleichen Grundsätze gelten sollen, wie sie für die Verschmelzung gelten. Es sollen nur höchstpersönliche Rechte und Pflichten von der Gesamtrechtsnachfolge nicht erfasst sein. Die Rechte eines Dritten, der durch die Spaltung einen neuen Vertragspartner „vorgesehen“ bekommt, sollen sich nach den allgemeinen Vorschriften richten. Jedoch ist es derzeit so, dass nicht nur höchstpersönliche Rechtspositionen nicht übertragbar sind, sondern möglicherweise auch Gegenstände, die einem absoluten Veräußerungsverbot, einer absolut wirkenden Verfügungsbeschränkung unterliegen oder Rechte, die nur mit Zustimmung eines Dritten oder einer Behördengenehmigung übertragen werden können. Ob bei derartigen Rechtspositionen ein Übertragungshindernis bei der Gesamtrechtsnachfolge besteht, kann man seit dem Wegfall des § 132 dem dUmwG nicht mehr entnehmen. Es muss vielmehr eine Auslegung der Bestimmungen erfolgen, die die Übertragung ausschließen oder begrenzen, wobei jedoch die Zwecke des UmwG und der Gesamtzusammenhang der verschiedenen Regelungen berücksichtigt werden müssen. Strukturelle Trennungshindernisse ergeben sich zusätzlich dahingehend, dass sich bei einer Spaltung Fragen über Trennung von Rechtspositionen stellen. Auch über derartige Fragen gibt das dUmwG keine Auskunft, sondern die jeweiligen Trennungsverbotsnormen.<sup>109</sup>

Weiters können sich bei der partiellen Gesamtrechtsnachfolge immanente Schranken ergeben, die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben entstehen. Dies kann zu einer Wertungsfrage führen ob die im Spaltungsplan vereinbarten Maßnahmen in unvereinbarer Weise mit den Rechten eines Dritten kollidieren. Diese Interessensabwägung kann jedoch aus Rechtssicherheitsgründen nicht auf den Einzelfall bezogen sein, sondern ob bestimmte Regelungen des Spaltungsplans Gegenstände des übertragenden Rechtsträgers interessenwidrig trennt. Bei dieser Interessensabwägung sind die Interessen der beteiligten Rechtsträger, die Gläubigerinteressen, Schuldnerinteressen, die Rechte Dritter und Allgemeine Interessen zu beachten. Vordergründig stehen die Interessen der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger, da eine Spaltung quasi unmöglich wäre, wenn zu jedem Übertragungsvorgang die Zustimmung eines Dritten eingeholt werden müsste. Wie bei jeder vertraglichen Regelung ist auch beim Spaltungsplan das allgemeine Missbrauchsverbot zu beachten. Es darf also kein Verhalten gesetzt werden, durch die individuellen Interessen eines Anderen in unhinnehmbarer Art und Weise verletzt werden.<sup>110</sup>

Die Überschreitung der Grenzen der partiellen Gesamtrechtsnachfolge führt zu einem Eintragungsverbot. Das bedeutet, dass die Spaltung nicht ins Handelsregister eingetragen wird. In einem solchen Fall trifft das Registergericht eine Überprüfungspflicht, ob zum Beispiel untrennbare Rechtspositionen als Ganzes beim übertragenden Rechtsträger bleiben sollen

---

<sup>109</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1736ff

<sup>110</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1739ff

oder ob sie verschiedenen übernehmenden Rechtsträger zugeteilt werden. Kommen Übertragungshindernisse erst nach der Eintragung der Spaltung zum Vorschein, ändert dies nichts mehr an der Wirksamkeit der Spaltung. Die Rechtsfolgen für einzelne Rechtsgüter sind dann unterschiedlich. Bei einer Abspaltung und Ausgliederung bleiben unübertragbare Gegenstände beim übertragenden Rechtsträger. Muss der Übertragung ein Dritter oder eine Behörde zustimmen, ist die Übertragung bis zu einer erfolgten Zustimmung gehemmt. Kommt es jedoch endgültig zu keiner Zustimmung verbleibt der Gegenstand beim übertragenden Unternehmen. Handelt es sich um einen nur gemeinsam übertragbaren Gegenstand, kann dieser nur auf einen übernehmenden Rechtsträger übertragen werden. Auf welchen Rechtsträger der nicht zu trennende Gegenstand übergeht, wird im Wege der Auslegung des Spaltungsplans ermittelt. Dabei ist die Frage zu beantworten, an welchen Rechtsträger der Gegenstand nach dem Zweck des Spaltungsplans übergegangen wäre, wenn man von vornherein die Untrennbarkeit beachtet hätte. Bei einer Aufspaltung ist die Situation strittig, da der übertragende Rechtsträger erlischt und somit eigentlich keine Gegenstände bei diesem verbleiben können, falls ein Übertragungshindernis vorliegt. Hier wird teilweise die Meinung vertreten, dass Übertragungshindernisse bei einer Aufspaltung keine Wirkung entfalten. Eine weitere mögliche Lösung ist die Annahme einer Analogie zu § 25 Abs.2 dUmwG. Danach wird das Fortbestehen des übertragenden Rechtsträgers fingiert. Ein dritter Lösungsvorschlag fußt in der Annahme, dass ein Rechtsträger, solange er noch Vermögenswerte besitzt fortbesteht und dann bezüglich der verbleibenden Vermögenswerte eine Liquidation durchgeführt werden muss.<sup>111</sup>

### 7.1.3. Die Vermögensübertragung durch partielle Gesamtrechtsnachfolge

#### 7.1.3.1. Die Übertragung von Grundstücken, Erbbaurechten und Wohnungseigentum

Mit der Eintragung der Spaltung kommt es bei Grundstücken, Erbbaurechten und Wohnungseigentum zu einer Vermögensübertragung außerhalb des Grundbuchs. Damit wird eine Unrichtigkeit des Grundbuchs bewirkt welche gemäß § 22dGBO zu berichtigen ist. Durch eine Spaltung können auch Teilflächen, die eindeutig bestimmt werden können, jedoch noch nicht vermessen sind, übergehen. Auch Buchpositionen gehen durch die Spaltung über, ohne dass es zu einem gutgläubigen Erwerb kommt. Miteigentumsanteile und gesamthändige Berechtigungen können auf mehrere Rechtsträger übergehen. Grundstücke, die mit Grundpfandrechten oder sonstigen Nutzrechten Dritter, wie etwa Nießbrauchrechten, Grunddienstbarkeiten oder Reallasten gehen zusammen mit dem Grundstück auf den übernehmenden Rechtsträger über. Auch die auf dem Grundstück eingetragenen Vormerkungen bleiben bestehen oder sind einzutragen. Gilt für ein Grundstück ein absolutes

---

<sup>111</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1743ff

Verfügungsverbot, so führt dies zu einem Eintragungshindernis. Eine entgegen dieser Regelung durchgeführte Eintragung bewirkt nicht den Übergang der Rechte auf den übertragenden Rechtsträger. Sind für die Übertragung staatliche Genehmigungen notwendig, sind diese vor der Eintragung einzuholen, denn auch hier bewirkt die vorherige Eintragung nicht den Rechtsübergang auf den übernehmenden Rechtsträger. Bei Scheinbestandteilen, Zubehör, Anwartschaften für Grundstücke, Erbbaurechten, die wie Eigentum behandelt werden und beim Wohnungseigentum geht der Besitz über, wenn die Kriterien des § 854 BGB erfüllt sind. Dasselbe gilt für bewegliche Gegenstände und Anwartschaften.<sup>112</sup>

#### 7.1.3.2. Die Übertragung von Rechten an Grundstücken

Grundpfandrechte gehen mit der Eintragung der Spaltung auf den Rechtsträger über, der im Spaltungsplan genannt wird. Die Einhaltung der Formvorschriften des § 28 dGBO stellt dabei keine Wirksamkeitsvoraussetzung dar. Eine Hypothek kann nur auf den Rechtsträger übergehen, an den die gesicherte Forderung übergeht. Dies ergibt sich aus dem Prinzip der Untrennbarkeit. Im Gegensatz dazu können jedoch Grundschulden ohne die durch sie gesicherten Forderungen übertragen werden. Gemäß § 1059a Abs.1 Ziffer 1 BGB geht ein Nießbrauch der einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft zugehört auf einen anderen über, wenn das Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übertragen wird. Dieser Fall bezieht sich jedoch auf die Übertragung des ganzen Vermögens, so wie es bei einer Verschmelzung der Fall ist. Die partielle Gesamtrechtsnachfolge ist von dieser Regelung nicht umfasst. Für den Fall der Spaltung ist daher § 1059 Abs.1 Nummer 2 BGB anzuwenden. Nach dieser Bestimmung ist die Übertragung eines Nießbrauchs möglich, wenn dieser den Zwecken des Unternehmens oder eines Unternehmensteils zu dienen geeignet ist und der Nießbrauch zusammen mit dem betreffenden Unternehmen bzw. Unternehmensteil auf einen anderen Rechtsträger übertragen wird. Dazu bedarf es einer Feststellungserklärung der zuständigen Landesbehörde. Liegen jedoch diese Voraussetzungen nicht vor, verbleibt der Nießbrauch bei einer Abspaltung und Ausgliederung beim übertragenden Rechtsträger.<sup>113</sup>

#### 7.1.3.3. Die Übertragung von Immaterialgüterrechten

Für die Übertragung von Immaterialgüterrechten im Wege einer Spaltung werden die Regelungen über Verschmelzung angewandt. Bei untrennbaren Rechtsgütern muss der spezielle, im öffentlichen Interesse fixierte Schutzzweck vorrangig beachtet werden. Immaterialgüter, die nicht übertragen werden können, da die Voraussetzungen für eine Übertragung nicht

---

<sup>112</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1747f

<sup>113</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1748ff



vorliegen, erlöschen bei einer Abspaltung so wie bei einer Ausgliederung beim übertragenden Rechtsträger.<sup>114</sup>

#### 7.1.3.4. Die Übertragung von Forderungen

Bei frei zu übertragenden Forderungen ist der Spaltungsplan maßgebend. Sie können auch, soweit sie vom Inhalt her geteilt werden können, an verschiedene Rechtsträger übertragen werden. Die Bestimmungen der §§ 404 ff BGB sind auf die partielle Gesamtrechtsfolge anwendbar und schützen den Schuldner. Liegt ein Abtretungsverbot der Forderung nach § 399 BGB vor, stellt sich die Rechtslage wie folgt dar: Zuerst ist zu überprüfen, ob das Abtretungsverbot überhaupt den Fall einer Spaltung umfasst. Hier gilt jedoch, dass nach § 354a HGB ein Abtretungsverbot nicht wirksam ist, wenn ein Vertrag für beide Vertragspartner ein Handelsgeschäft ist oder wenn der Schuldner eine juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist. Kommt man nach der Prüfung zum Schluss, dass ein Abtretungsverbot vorliegt, kann trotzdem noch eine Übertragung stattfinden. Es ist eine Rechtsgüterabwägung zwischen dem Interesse des übertragenden Rechtsträgers und dem Schuldnerinteresse durchzuführen. Im Ergebnis kann die Übertragung einer mit einem Abtretungsverbot belasteten Forderung stattfinden, wenn es sich um eine Forderung handelt, die in einem Betrieb oder Betriebsteil entstanden ist und mit diesem übertragen wird. Es dürfen jedoch im Einzelfall keine besonderen Schuldnerschutz Zwecke durch die Spaltung gefährdet werden. Bei inhaltlich unübertragbaren Forderungen kommt es darauf an, ob es durch die Übertragung überhaupt zu einer inhaltlichen Veränderung kommt. Ist dies der Fall, ist es ausschlaggebend, ob die Übertragung für den Schuldner zumutbar ist und ob dem Zweck der Vereinbarung weiterhin entsprochen wird.<sup>115</sup>

#### 7.1.3.5. Die Übertragung von Verbindlichkeiten und Verpflichtungen

Grundsätzlich sind Verbindlichkeiten und Altverbindlichkeiten frei übertragbar. Für Sicherheiten, die für Verbindlichkeiten bestellt wurden gilt der Grundsatz des § 418 BGB, wonach ein Sicherungsgeber der Spaltung zustimmen muss, falls die Sicherheit beim übernehmenden Rechtsträger weiterhin bestehen soll. Verpflichtungen können nicht ohne die Zustimmung des Berechtigten übertragen werden, wenn ihr Schutzzweck dem entgegensteht, was zum Beispiel bei einer Unterlassungsverpflichtung der Fall ist. Der übertragende Rechtsträger kann sich durch die Spaltung nicht von seiner Verpflichtung loslösen.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1751

<sup>115</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1751f

<sup>116</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1752ff

#### 7.1.3.6. Die Übertragung von Verträgen

Grundsätzlich gehen Verträge mit allen Rechten und Pflichten auf einen übernehmenden Rechtsträger über. Auf welchen der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger ein Vertrag übergeht, richtet sich nach dem Spaltungsplan. Dies gilt auch für Dauerschuldverhältnisse und Kreditverhältnisse. Probleme bei der Übertragung von Verträgen, insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen, treten des Öfteren dann auf, wenn man seinem Vertragspartner ein gewisses Maß an Vertrauen entgegenbringt. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass hier außerordentliche Lösungsrechte hinreichenden Schutz für den Vertragspartner bieten, da der neue Vertragspartner auch trotz einer Kündigung schon vorzeitig mit vertraulichen Daten konfrontiert werden könnte. Eine solche Situation wird mit der Durchführung einer Interessensabwägung gelöst, die möglicherweise zu einer Unübertragbarkeit führen kann.<sup>117</sup>

Ob die Teilung von Verträgen durch den Spaltungsplan möglich ist, wird gesetzlich nicht geregelt. *Teichmann* vertritt die Meinung, dass es zulässig ist, Vertragsverhältnisse im Rahmen einer Spaltung zu teilen, wenn sich dadurch die Vertragsverpflichtungen für den Vertragspartner nicht ändern. Nach *Reich-Rohrwig* können sich dadurch jedoch Verstöße gegen die Privatautonomie ergeben. Seiner Meinung nach, ist die Aufspaltung von Vertragsverhältnissen nur bei „Massengeschäften“ wie etwa Versicherungsverträgen, Strom-, Gas-, und Wasserlieferungsverträgen wirksam, bei denen der Vertragspartner auch schon von Anfang an einzelne Verträge geschlossen hätte. In allen anderen Fällen verlangt er die Zustimmung des Vertragspartners bei sonstiger Unwirksamkeit der Vertragsaufteilung. Eine Vertragsaufspaltung soll jedoch zulässig sein, wenn die übertragende Gesellschaft den Vertrag im Spaltungsplan allen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften überträgt, weil die übernehmenden Gesellschaften somit Mitberechtigte und Solidarschuldner wären, was einer Erbgemeinschaft gleichkommt. Dies ist für den Vertragspartner zumutbar, wie auch andere Verkomplizierungen die eine Spaltung mit sich bringt. Nach *Reich-Rohrwig* sollte dem Vertragspartner diesbezüglich ein Kostenersatzanspruch zukommen.<sup>118</sup>

#### 7.1.3.7. Die Übertragung von Optionen und schuldrechtlichen Vorkaufsrechten

Auch diese Rechtspositionen gehen grundsätzlich gemäß dem Spaltungsplan auf den übernehmenden Rechtsträger über, sind also wie Verträge übertragbar. Es kann jedoch in Folge einer Spaltung dazu kommen, dass dem Vertragspartner ein Rücktrittsrecht aus wichtigem

---

<sup>117</sup> *Lutter(Hrsg)*, Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1756ff

<sup>118</sup> *Reich-Rohrwig*, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung II, *ecolex* 03/2013,246f

Grund zukommt, wenn der Abschluss und die Erfüllung des Vertrages aufgrund der Übertragung nicht mehr zumutbar sind.<sup>119</sup>

#### 7.1.3.8. Die Übertragung von Vollmachten

Gemäß § 168 BGB ist eine Vollmacht an das ihr zugrunde liegende Rechtsverhältnis gebunden. Eine Vollmacht kann grundsätzlich wie ein Vertrag übertragen werden. Sie folgt dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, welches auch ihren Umfang bestimmt. Eine Prokura erlischt jedoch mit der Übertragung des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und kann nicht durch partielle Gesamtrechtsnachfolge übertragen werden, da sie nicht begrenztbar ist und die Übertragung somit zu einer ungewollten Kompetenzerweiterung im übernehmenden Unternehmen führen würde.<sup>120</sup>

#### 7.1.3.9. Die Übertragung der Firma bzw. des Namens

Bei einer Aufspaltung kommt § 18 dUmwG zur Anwendung. Gemäß § 18 dUmwG darf der übernehmende Rechtsträger die Firma eines übertragenden Rechtsträgers, dessen Handelsgeschäft er erwirbt mit oder ohne Beifügung eines des Nachfolgeverhältnisses andeutenden Zusatzes fortführen. Dies bedeutet, dass der übernehmende Rechtsträger seinen Unternehmensnamen grundsätzlich nicht zu ändern braucht, auch wenn er das Handelsgeschäft eines übertragenden Rechtsträgers fortführt. Er kann die Firma jedoch auch ändern oder das Unternehmen neu benennen. Will der übernehmende Rechtsträger jedoch den Namen eines übertragenden Rechtsträgers fortführen, kommt es darauf an, dass er das bestehende übertragene Handelsgeschäft fortführt. Nach § 18 Abs.2 dUmwG gibt es eine Besonderheit, wenn am übertragenden Rechtsträger eine natürliche Person beteiligt ist. Ist diese Person in Folge der Spaltung nicht mehr am übernehmenden Unternehmen beteiligt, so kann der Name dieser Person nur dann in der Firma beinhaltet sein, wenn der Betroffene selbst oder seine Erben dem ausdrücklich zustimmen.<sup>121</sup>

Für die Abspaltung und Ausgliederung kommt § 18 dUmwG nicht zur Anwendung. Jedoch kann der übernehmende Rechtsträger gemäß §§ 22ff. HGB bei Unternehmenskontinuität den Namen des übertragenden Rechtsträgers mit dessen Einwilligung fortführen.<sup>122</sup>

#### 7.1.3.10. Die Übertragung von Mitgliedschaftsrechten

Bei einem Verein ist die Mitgliedschaft gemäß § 38 BGB grundsätzlich nicht übertragbar, sie erlischt also bei einer Abspaltung und verbleibt bei einer Ausgliederung beim übertragenden

---

<sup>119</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1759

<sup>120</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1759

<sup>121</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)473ff

<sup>122</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1760

Rechtsträger. Da eine Neugründung der Rechte mit hohen Kosten und viel Zeit verbunden sein kann, sollte eine Interessensabwägung stattfinden und eine Übertragung möglich sein, wenn der übernehmende Rechtsträger die Kriterien der Abwägung erfüllt. Bei Personengesellschaften können Anteile nur übertragen werden, wenn die übrigen Gesellschafter der Übertragung zustimmen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn im Gesellschaftsvertrag etwas anderes zur Übertragung vereinbart wurde. Dies gilt ähnlich auch für an eine Genehmigung gebundene GmbH-Anteile und vinkulierte Aktien. Für einen Genossenschaftsanteil gilt hinsichtlich einer Spaltung die Rechtsfolge des § 77a dGenG. Danach wird die Mitgliedschaft bis zum Schluss des Geschäftsjahres vom Rechtsnachfolger fortgeführt. Eine stille Gesellschaft erlischt bei einer Aufspaltung mit der Eintragung der Spaltung. Bei einer Abspaltung und Ausgliederung bleibt die stille Gesellschaft mit dem übertragenden Rechtsträger weiterhin bestehen.<sup>123</sup>

#### 7.1.3.11. Die Übertragung von Rechtspositionen aus Unternehmensverträgen

Bei einer Spaltung zur Aufnahme und bei einer Spaltung zur Neugründung bedarf es der Zustimmung der abhängigen Dritten oder einen neuen Vertrag, falls das übertragende Unternehmen herrschendes Unternehmen ist, da sonst der übertragende Rechtsträger auch weiterhin herrschendes Unternehmen bleibt. Bei einer Aufspaltung kommt es jedoch zum Erlöschen des Beherrschungsvertrages. Ist das übertragende Unternehmen jedoch als abhängiges Unternehmen zu qualifizieren, treten je nach Spaltungsart verschiedenen Rechtsfolgen ein. Bei einer Abspaltung und bei einer Ausgliederung zur Aufnahme kommt es zu keiner Änderung und der übertragende Rechtsträger bleibt abhängig. Bei einer Spaltung zur Aufnahme kommt es zum Erlöschen der Abhängigkeit und bei einer Spaltung zur Neugründung kommt es zu einem Übergang des Beherrschungsvertrages auf die übernehmenden Rechtsträger laut Spaltungsplan.<sup>124</sup>

#### 7.1.3.12. Die Übertragung von Verfahrensstellungen

Grundsätzlich gibt das dUmwG keine Auskunft darüber, wie sich die verfahrensrechtlichen Stellungen des übertragenden Rechtsträgers in Folge einer Spaltung auf den übernehmenden Rechtsträger auswirken. Es muss auf die Grundsätze der prozessualen Bestimmungen bei der Übertragung von Einzelgegenständen zurückgegriffen werden. Bei einem Aktivprozess wird ein Verfahren betreffend einer streitbefangenen Sache bei einer Übertragung dieser Sache bei einer Abspaltung oder Ausgliederung vom übertragenden Rechtsträger fortgeführt. Bei einer Aufspaltung kommt es durch die Anwendung des § 239 dZPO zu einem Eintritt des übernehmenden Rechtsträgers in die verfahrensrechtliche Rechtsstellung des über-

---

<sup>123</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1760ff

<sup>124</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1763f

tragenden Rechtsträgers. Bei einem Passivprozess hingegen, kommt es durch die Anwendung des § 265 dZPO zu keinem Parteienwechsel, jedoch kann der übernehmende Rechtsträger im Prozess als Nebenintervenient hinzutreten. Bei einer Aufspaltung kommt es bei einem Passivprozess ex lege zu einem Parteienwechsel. Es sollte jedoch im Aktiv- sowie im Passivprozess ein Parteienwechsel möglich sein, wenn sich damit beide Parteien einverstanden erklären und dies zweckdienlich scheint.<sup>125</sup>

#### 7.1.3.13. Die Übertragung von öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen

Bei öffentlich-rechtlichen Positionen ist zu unterscheiden ob die Rechtsposition sachlich an einen Gegenstand gebunden ist oder ob sie personenbezogen ist. Im ersten Fall geht die Rechtsposition mit der Übertragung des betreffenden Gegenstands auf das übernehmende Unternehmen über. Beim zweiten Fall kann es dazu kommen, dass die Position aufgrund des ihr zugrundeliegenden Zwecks nicht übertragen werden kann und verbleibt somit bei einer Abspaltung und Ausgliederung beim übertragenden Rechtsträger. Bei einer Aufspaltung kommt es zum Erlöschen personenbezogener öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen. Gleiches gilt für öffentlich-rechtliche Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers.<sup>126</sup>

## 7.2. Die Rechtslage in Österreich

Gemäß § 14 Abs.2 öSpaltG kommt es auch im österreichischem Recht durch eine Spaltung zur Übertragung von Vermögenteilen durch partielle Gesamtrechtsnachfolge. Durch die Eintragung der Spaltung gehen die im Spaltungsplan bezeichneten Vermögensteile auf einen oder mehrere übernehmende Gesellschaften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über und es bedarf keinen sachenrechtlichen Modus, so wie es bei der Einzelnachfolge erforderlich wäre. Die Zustimmung von Vertragspartnern ist für die Übertragung nicht notwendig. Wie auch im deutschen Recht, können nicht nur ganze Betriebe oder Teilbetriebe im Rahmen einer Spaltung übertragen werden, sondern auch nur einzelne Rechte und Pflichten. Aber es sind auch im österreichischen Recht einige Grenzen der freien Zuordnung zu beachten. Diese können sich aus dem allgemeinen Zivilrecht oder aus einigen gesetzlichen Vorschriften ergeben. Ist etwa ein Vermögensgegenstand nach dem Parteienwillen nicht teilbar, so ist eine Aufteilung dieses Vermögensgegenstands auf mehrere Unternehmen nicht zulässig. Die Aufteilung eines Vertragsverhältnisses auf mehrere Unternehmen ist grundsätzlich zulässig, dies kann aber in manchen Fällen ein Recht auf Kündigung nach sich ziehen. Zu beachten ist weiters der Grundsatz der Kapitalerhaltung in der übertragenden Gesellschaft und der Kapitalaufbringung in dem übernehmenden Unternehmen. Die zu übertragenden Vermö-

---

<sup>125</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1765ff

<sup>126</sup> Lutter(Hrsg), Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1767

gensgegenstände müssen so gewählt werden, dass jedes Unternehmen mit Eigenkapital in der Höhe des ihr zugehörigen Nennkapitals zuzüglich gebundener Rücklagen ausgestattet wird. Gesetzliche Vorschriften die bei der Auswahl der zu übertragenden Vermögensgegenstände zu beachten sind, sind § 2 öMRG und § 3 öAVRAG. Gemäß § 2 öMRG bleibt ein dem öMRG unterliegender Mietvertrag bei der Gesellschaft, die das Eigentum am betreffenden Mietobjekt innehat. Gemäß § 3 öAVRAG folgt ein Arbeitsvertrag dem zugehörigen Betrieb.<sup>127</sup>

Allgemeine Grenzen der partiellen Gesamtrechtsnachfolge ergeben sich dann, wenn die Übertragung einer Rechtsposition rechtlich unmöglich ist. Dies ist zum Beispiel der Fall wenn, für die Übertragung eines Grundstückes eine behördliche Zustimmung nötig ist und diese noch nicht erteilt wurde. Auch die Eintragung der Spaltung kann in diesem Fall den Mangel der Übertragung nicht heilen. Für schuldrechtliche Rechtspositionen gilt, dass diese übertragen werden können, soweit sie nicht höchstpersönlich sind. Die Übertragung einer Forderung wird auch durch ein vertragliches Zessionsverbot nicht behindert. Bei Vertragsverhältnissen ist keine Zustimmung eines Dritten erforderlich und es besteht auch kein Widerspruchsrecht auf Seiten des Dritten. Es kann sich jedoch durch die Übertragung ein Kündigungsrecht des Dritten ergeben, wenn dies vertraglich vereinbart wurde. Bei Dauerschuldverhältnissen kann die Übertragung im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Kündigung darstellen. Verbindlichkeiten, Bürgschaftsverpflichtungen sowie Verpflichtungen aus Drittpfandbestellungen gehen ebenso wie Vertragsverhältnisse ohne die Zustimmung des Gläubigers über und auch hier besteht kein Widerspruchsrecht. Es ist aber möglich, vertragliche Vereinbarungen darüber zu schließen, dass schuldrechtliche Rechtspositionen nicht im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge übertragen werden können. Werden derartige Vereinbarungen nicht eingehalten, müssen die Rechtsfolgen durch Auslegung der Vereinbarung ermittelt werden. Dies kann dazu führen, dass die Rechtspositionen der übertragenden Gesellschaft zugehörig bleiben, dass diese Erlöschen oder es kann zu einem Kündigungsrecht des Vertragspartners kommen.<sup>128</sup>

Für die Übertragung von höchstpersönlichen Rechten gelten grundsätzlich die Regelungen die in § 225a öAktG für die Verschmelzung angeordnet sind. Laut § 1074 AGBG kann ein Vorkaufsrecht, da es eine höchstpersönliche Berechtigung darstellt, nicht an einen Dritten abgetreten werden noch im Wege der Erbschaft übertragen werden. Diese Regelung ist jedoch nicht derartig strikt auf die Übertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge im Rahmen einer Spaltung zu übertragen. Da gemäß § 38 öUGB unternehmensbezogene Rechte, soweit sie nicht höchstpersönlich sind bei der Übertragung eines Unternehmens übergehen, ist auch bei einer Spaltung der Übergang unternehmensbezogener Rechte anzunehmen.

---

<sup>127</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)1042ff

<sup>128</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)1045f

Wird bei einer Spaltung also ein Unternehmen übertragen, gehen auch Rechte über, die sonst höchstpersönlicher Natur sind wie etwa Vorkaufsrechte, Wiederkaufsrechte oder Rückkaufsrechte und zwar dann, wenn sie unternehmensbezogen sind. Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass derartige Rechte isoliert von dem dazugehörigen Vermögen übertragen werden können. Gemäß § 1023 ABGB gehen ein Auftrag und eine Vollmacht im Falle des Erlöschens der juristischen Person grundsätzlich unter. Jedoch ist vor allem ein Auftrag bei Unternehmensbezogenheit nur sehr selten höchstpersönlicher Natur und so im Rahmen der Spaltung übertragbar. Eine Vollmacht oder ein Auftrag der im Zuge einer Abspaltung zum Vermögen der übertragenden Gesellschaft gehört, bleibt bestehen. Zum Erlöschen einer Prokura oder Handlungsvollmacht kommt es dann, wenn die Gesellschaft die sie erteilt hat untergeht oder übertragen wird. Sie bleiben jedoch weiterhin bestehen wenn sie der abspaltenden übertragenden Gesellschaft zugehörig sind. Die Übertragung von persönlichen Dienstbarkeiten ist im Zuge einer Spaltung grundsätzlich möglich.<sup>129</sup>

Gemäß § 364c ABGB können Veräußerungs- und Belastungsverbote ausdrücklich nicht im Wege der Spaltung übertragen werden. Hingegen können Versicherungsverträge frei übertragen werden und gehen durch die Eintragung über. Gesellschaftsrechtliche Rechtsverhältnisse, wie etwa vinkulierte Anteile an Kapitalgesellschaften, gehen auch ohne die Zustimmung des Berechtigten über. Ebenso gehen OG-, KG- und GesBR- Anteile durch die Spaltung auf den übernehmenden Rechtsträger über. Bei einer stillen Gesellschaft ist für den Übergang die Zustimmung des Gesellschafters keine Wirksamkeitsvoraussetzung, jedoch sollte diese zumindest im Innenverhältnis erfolgen. Die Übertragung von gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen führt zwar nicht zu einem allgemeinen Kündigungsrecht der Vertragspartner, dieses kann jedoch in einzelnen Fällen aus dem Spaltungsvorgang erwachsen.<sup>130</sup>

Bei Bestandsrechten die dem ABGB unterliegen kommt es zu einem Übergang laut Spaltungsplan. Es kann sich jedoch für den Vertragspartner ein Kündigungsrecht ergeben, wenn die Spaltung als Kündigungsgrund vereinbart wurde oder die Spaltung einen wichtigen Kündigungsgrund verwirklicht. Vermietet die übertragende Gesellschaft eine Liegenschaft, die dem öMRG unterliegt, kann die Liegenschaft gemäß § 2 öMRG nur mit dem dazugehörigen Mietvertrag übertragen werden. Will die übertragende Gesellschaft jedoch einen dem öMRG unterliegenden Mietvertrag, in welchem sie Bestandnehmer ist übertragen, kann die Übertragung möglicherweise einen Kündigungsgrund darstellen. Dafür muss die Übertragung durch Gesamtrechtsnachfolge schriftlich im Vertrag als Kündigungsgrund vereinbart werden und für den Bestandgeber muss die Rechtsnachfolge wichtig und bedeutend sein.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)1046f

<sup>130</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)1049f

<sup>131</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)1051ff

Verfahrensstellungen in einem Zivilprozess werden gemäß dem Spaltungsplan übertragen, wodurch es zu einem Parteiwechsel kommt. Prozessrechtsverhältnisse unterliegen also bei der Zuordnung durch den Spaltungsplan keinen Beschränkungen und es können auch materielle Sachlegitimationen und Prozessrechtsverhältnisse verschieden zuordnen. Gemäß § 234 öZPO kann das Verfahren in diesem Fall mit jener Gesellschaft weitergeführt werden, die gemäß dem Spaltungsplan Partei ist. Wer nun nach einer Spaltung Partei ist, ist vom Gericht von Amts wegen festzustellen. In der Regel folgt aber das Prozessrechtsverhältnis der streitverfangenen Sache. Dies gilt sowohl für Aktiv- sowie für Passivprozesse. Im Exekutionsverfahren bedarf es gemäß § 9 öEO einen Nachweis mittels öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde, wenn gegen eine andere Person als die im Exekutionstitel genannte, das Verfahren fortgeführt werden soll. Diesen Nachweis kann insbesondere der Spaltungsplan erbringen.<sup>132</sup>

Gemäß § 1445 ABGB erlöschen Forderung des übertragenden Unternehmens gegen die übernehmende Gesellschaften und Schulden der übertragenden Gesellschaft die sie gegenüber der übernehmenden Gesellschaft hat durch Konfusion, wenn eine entsprechende Zuordnung im Spaltungsvertrag vorliegt. Auch hypothekarisch besicherte Forderung gehen im Zuge der Spaltung durch Konfusion unter. Grundsätzlich kommt es im Rahmen einer Spaltung zum Übergang von Wettbewerbsverboten auf die übernehmende oder neu gegründete Gesellschaft, die von der übertragenden Gesellschaft eingegangen wurden. Es kann sich jedoch durch Vertragsauslegung eine Beschränkung auf nur einen oder mehrere übernommene Betriebe ergeben.<sup>133</sup>

Zu beachten ist, dass durch eine Spaltung der Eintragungsgrundsatz durchbrochen wird. Wird eine unbewegliche Sache durch den Spaltungsvertrag einem übernehmenden Rechtsträger zugeordnet, kommt es allein durch die Eintragung der Spaltung im Firmenbuch zum Eigentumsübergang. Die Eintragung ins Grundbuch muss zwar nachträglich vorgenommen werden, hat jedoch nur deklarative Wirkung. Jedoch hindert das Fehlen grundverkehrsbehördlicher Genehmigungen trotz Eintragung den Übergang einer Liegenschaft.<sup>134</sup>

Bei öffentlichen Rechtsverhältnissen ist zu unterscheiden, ob diese dinglicher oder persönlicher Natur sind. Dingliche öffentliche Rechte, wie etwa Betriebsanlagengenehmigungen gehen gemäß dem Spaltungsplan auf die übernehmende Gesellschaft über. Bei persönlichen öffentlichen Rechtsverhältnissen bedarf es der Auslegung des entsprechenden Materiengesetzes. Enthalten die entsprechenden Gesetze keine Regelung für den Fall der Gesamt-

---

<sup>132</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)1057f

<sup>133</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)1058f

<sup>134</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)1059



rechtsnachfolge kommt es darauf an, ob das Recht höchstpersönlich oder unternehmensbezogen ist.<sup>135</sup>

## **8. Der Übergang von Genussrechten, Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen im Falle der Spaltung**

### **8.1. Die Rechtslage in Deutschland**

Gemäß § 125 dUmwG gelten die Vorschriften des § 23 dUmwG betreffend den Schutz von Inhabern von Sonderrechten grundsätzlich auch für den Fall der Spaltung. Den Inhabern von Genussrechten, Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen müssen im Zuge der Unternehmensumwandlung gleichwertige Rechte im Sinne des § 23 dUmwG gewährt werden. Diese Regelung gilt nicht für „normale“ Gläubiger oder für Inhaberschuldverschreibungen. Eine Frage die sich dabei ergibt ist, ob dem Inhaber ein gleichwertiges Recht an allen an der Spaltung beteiligten Rechtsträgern zugestanden werden muss oder ob die Beteiligung an einem Unternehmen ausreicht. Gemäß § 133 Abs.2 Satz 2 dUmwG können die gleichwertigen Rechte bei einer Abspaltung und Ausgliederung auch in dem übertragenden Rechtsträger gewährt werden. Gegen welches Unternehmen der Anspruch auf gleichwertige Rechte besteht, richtet sich nach dem Spaltungsplan bzw. dem Spaltungsvertrag. Allerdings haften gemäß § 133 Abs. 2 alle an der Spaltung beteiligten Rechtsträger als Gesamtschuldner. Es gilt für alle Rechtsträger gemäß § 133 Abs. 6 eine Verjährungsfrist von fünf Jahren. Das dUmwG enthält keine explizite Regelung welcher Rechtsträger der Hauptschuldner bezüglich der Gewährung der gleichwertigen Rechte ist. Es steht den an der Spaltung beteiligten Rechtsträgern frei, welcher Rechtsträger als Hauptschuldner fungiert. Es kann also im Spaltungsplan bzw. im Spaltungsvertrag festgelegt werden, dass die Schuld zur Gewährung der gleichwertigen Rechte einem übernehmenden Rechtsträger bzw. einem neuen Rechtsträger zugeteilt wird oder die Schuld beliebig auf mehrere Rechtsträger aufgeteilt wird. Die Rechtsträger, denen die Schuld nicht zugeteilt wird, haben sodann die Stellung eines Mithafters. Wie bereits erwähnt, ist es gemäß § 133 Abs.2 Satz 2 auch möglich dem übertragenden Rechtsträger bei einer Abspaltung oder Ausgliederung die Hauptschuldnerstellung zuzuweisen. Damit soll ein obligatorischer Schuldneraustausch vermieden werden und den beteiligten Rechtsträgern größtmögliche Entscheidungsfreiheit zugestanden werden. Dadurch werden die Entscheidungsträger dazu ermächtigt, bestehende Sonderrechte inhaltlich umzugestalten. Unter die Mithaft der übrigen Gesellschaften, denen die Hauptschuld nicht zugeteilt wurde, ist wohl eine akzessorische Haftung zu verstehen über deren Inhalt jedoch keine Einigkeit besteht. Nach *Schwab* trifft die Mithafter keine primäre Verpflichtung zur Befriedung der Sonderrechtsinhaber sondern lediglich eine Einstandspflicht. Die Mithafter sollen den

---

<sup>135</sup> *Kalss*, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)1063

Hauptschuldner nur dazu anhalten seine Pflicht zu Erfüllen. Eine Nichterfüllung durch den Hauptschuldner führt aber seiner Meinung nach nur zu einem Schadenersatzanspruch gegen den Hauptschuldner, nicht zu einer Erfüllungspflicht der übrigen Mithaftenden. Die Gegenansicht, vertreten durch *Hörtnagl* vertritt die Meinung, dass die Mithaftenden sehr wohl primär zur Erfüllung der Sonderschuld herangezogen werden können und den Sonderrechtsinhabern ein Wahlrecht zusteht, welchen Rechtsträger sie für die Erfüllung ihrer Forderung in Anspruch nehmen wollen.<sup>136</sup>

Die Sonderrechtsinhaber müssen ihre Ansprüche gegen den im Spaltungsvertrag bzw. im Spaltungsplan genannten Hauptschuldner mit Hilfe einer Leistungsklage durchsetzen. Die Klage kann eingereicht werden, wenn ein im Spaltungsvertrag bzw. Spaltungsplan niedergelegtes Ersatzrecht gar nicht gewährt wurde oder wenn dieses nicht gleichwertig ist. Der Spaltung selbst kann jedoch ein Sonderrechtsinhaber nicht widersprechen. Dem Sonderrechtsinhaber steht auch kein Widerspruchsrecht gegen die Spaltung zu, wenn ein Ersatzrecht im Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan gar nicht vorgesehen ist. Dies berechtigt den Sonderrechtsinhaber jedoch eine Leistungsklage gegen alle an der Spaltung beteiligten Rechtsträger auf Gewährung des Ersatzrechts zu erheben. Weiters kann der Sonderrechtsinhaber in diesem Fall beim zuständigen Registergericht anregen, dass der Spaltungsvertrag bzw. der Spaltungsplan betreffend der fehlenden Ersatzrechte ergänzt werden sollte. Dies könnte zu einer Hemmung der Eintragung führen, falls das Registergericht diesbezüglich eine Zwischenverfügung erlässt. Gemäß § 133 Abs.6 dUmwG verjährt der Anspruch auf Gewährung der Ersatzrechte und die Ansprüche gegen die Mithafter einheitlich in fünf Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt mit der letzten Bekanntmachung der in den Registern des übertragenden Unternehmens eingetragenen Spaltung.

Wie die gleichwertigen Rechte bei einer Spaltung ausgestaltet werden müssen, ist höchstgerichtlich noch nicht geklärt. Wie oben erwähnt, sind die Entscheidungsträger im Rahmen einer Spaltung dazu ermächtigt bestehende Sonderrechte inhaltlich umzugestalten. Im Ergebnis muss es sich jedoch trotzdem um ein gleichwertiges Recht handeln. Es wäre also nicht zulässig eine Gewinnschuldverschreibung so umzugestalten, dass diese den anderen Gläubigern gegenüber nachrangig wird. Die Problematik der Gleichwertigkeit kann am besten mit einem Beispiel veranschaulicht werden: Ausgangspunkt ist eine Spaltung einer Kapitalgesellschaft, die die Hälfte ihres Vermögens an einer andere Gesellschaft abspaltet. Zu diesem Zeitpunkt besteht an der abspaltenden Kapitalgesellschaft ein Genussrecht mit 10%igen Gewinnanteil. Eine Lösung könnte sein, dem Genussrechtsinhaber nach der Spaltung am übertragenden Unternehmen einen doppelt so hohen Gewinnanteil zu gewähren, dafür an der übernehmenden Gesellschaft gar keinen Anteil. Dies macht im ersten Moment den An-

---

<sup>136</sup> *Lutter(Hrsg)*, Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)1828ff

schein eines wirtschaftlich gleichwertigen Rechts. Bei dieser Vorgehensweise können jedoch für den Sonderrechtsinhaber gravierende Nachteile entstehen. Der Sonderrechtsinhaber steht einem ganz anderen Risikoausgleich gegenüber, als dies beim zuvor doppelt so großen Unternehmen der Fall war. Der Risikoausgleich kann nach der Spaltung nur mehr in einer kleineren Einheit stattfinden, was sich für den Sonderrechtsinhaber nachteilig auswirken kann. Weiters ist bei der Bewertung, ob ein Recht gleichwertig ist, von großen Bewertungsunsicherheiten auszugehen. Die Bewertung eines Unternehmens hängt maßgeblich von dessen Ertragsaussichten ab und diese wiederum wird von unzähligen weiteren Faktoren beeinflusst die sich auf mögliche zukünftige Entwicklungen beziehen wie etwa Konjunktur, Arbeitslosigkeit oder der Entwicklung von Preisen und Rohstoffen. Es ist also quasi unmöglich die Entwicklung eines Unternehmens präzise vorauszusagen. Anteilsinhaber können sich so durch Wissensvorsprünge die sich auf interne Unternehmensfakten beziehen Vorteile verschaffen, indem sie eine Spaltung durchführen. Da die Anteilsinhaber die bestehenden Sonderrechte im Zuge einer Spaltung frei zuordnen können, werden sie sie oft an diejenigen Rechtsträger übertragen, bei denen die Übertragung für die Anteilsinhaber vorteilhaft wirkt und sich somit selbst bevorzugen. Man kann also behaupten, dass es de facto des Öfteren nicht zur Gewährung von gleichwertigen Rechten für Sonderrechtsinhaber kommt, obwohl dies vom Gesetz angeordnet wird. Ein Lösungsweg zum Erreichen dieses Ziel wäre es, bestehende Sonderrechte auf alle spaltungsbeteiligten Rechtsträger gleichmäßig aufzuteilen, um etwa bei Gewinnanteilen zumindest die gleiche Bemessungsgrundlage zu erhalten. Jedoch wird dies vom Gesetz nicht gefordert und die Gewährung von gleichwertigen Rechten im Zuge einer Spaltung bleibt wohl mit einem bitteren Nachgeschmack behaftet.<sup>137</sup>

## **8.2. Die Rechtslage in Österreich**

Auch laut österreichischem Recht sind gemäß § 15 Abs.5 öSpaltG den Inhabern von Schuldverschreibungen und Genussrechten im Zuge einer Spaltung zur Aufnahme gleichwertige Rechte zu gewähren oder die Änderung dieser Rechte oder das Recht an sich angemessen abzugelten. Die Anteilsinhaber können wie bei der Verschmelzung entweder ein gleichwertiges Sonderrecht gewähren, das Sonderrecht abändern und diese Änderung dann entsprechend abgelden oder das Sonderrecht selbst angemessen abgelden. Grundsätzlich ist aber von der Fortführung des Sonderrechts auszugehen. Ob das Sonderrecht an der übertragenden Gesellschaft oder an einer neuen oder übernehmenden Gesellschaft weiterbesteht liegt im Ermessen der beteiligten Gesellschaften. Der Gesetzeswortlaut würde es zulassen, dass den beteiligten Gesellschaften bei jeder Spaltungsmaßnahme ein Wahlrecht in Bezug auf die Fortführung oder Abgeltung eines Sonderrechts zukommt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass den Gesellschaften dieses Gestaltungsrecht nur zusteht, wenn es durch

---

<sup>137</sup> Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung II, *ecolex* 03/2013,247f

die Spaltung zu Vermögensübertragungen kommt, die sich auf die Rechte der Sonderrechtsinhaber auswirken. Anderenfalls würde es zu einem unvertretbaren Eingriff in die Vertragsautonomie kommen.<sup>138</sup>

Wirft man einen Blick auf das österreichische Schadenersatzrecht, wo das Prinzip des Primaten der Naturalrestitution eine Wiederherstellung eines gleichartigen und gleichwertigen Zustandes verlangt, ist auch bei der Gewährung eines gleichwertigen Rechts im österreichischem Spaltungsrecht von der Gewährung eines gleichartigen Rechts auszugehen. Nur im Falle, dass die Herstellung eines gleichartigen und gleichwertigen Zustandes untunlich oder unmöglich ist, ist ein Geldersatz zu leisten. Ein Sonderrechtsinhaber, dem keine gleichartigen Rechte gewährt werden, kann diese zurückweisen und auf die Gewährung von grundsätzlich gleichartigen Rechten bestehen oder sofort Geldrestitution verlangen. Dieser Anspruch besteht vorrangig gegen den Rechtsträger dem das Sonderrecht im Spaltungsplan oder im Spaltungs- und Übernahmevertrag zugeteilt worden ist. Diese Gesellschaft oder diese Gesellschaften sind gegenüber dem Sonderrechtsinhaber als Hauptschuldner zu qualifizieren. Die Sonderrechte sind den Altverbindlichkeiten zuzuordnen, bei denen die übrigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften als Solidarschuldner haften. Jedoch haften die übrigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften gemäß § 15 Abs.1 öSpaltG nur bis zur Höhe des ihnen zugeordneten Nettoaktivvermögens. Eigene Verjährungsregelungen enthält das österreichische Spaltungsgesetz nicht. Es werden aber durch die Rechtsprechung für Ansprüche, die innerhalb von fünf Jahren nach der Spaltungseintragung verjähren, die personengesellschaftlichrechtlichen Regelungen über die Verjährung angewendet.<sup>139</sup>

## **9. Die rechtsmissbräuchliche Spaltung**

Wie schon erwähnt, kann eine Spaltung zu einem außerordentlichen Kündigungsrecht des Vertragspartners führen. Unter Umständen kann die Spaltung den Vertragspartner auch zur Aufhebung des Vertrags wegen Wegfall der Geschäftsgrundlage ermächtigen. Jedenfalls darf eine Spaltung niemals zu einem Rechtsmissbrauch führen. Ein Rechtsmissbrauch kann sich durch die Überschreitung von immanenten Schranken oder durch ungerechtfertigte Eingriffe in die Privatautonomie verwirklichen. Auch schon erwähnt wurde der Fall des institutionellen Missbrauchs. Liegt möglicherweise ein institutioneller Missbrauch vor, muss eine Interessensabwägung durchgeführt werden. Geht aus der Interessensabwägung hervor, dass Vertragspartner- oder Gläubigerinteressen durch die Spaltung grob beeinträchtigt werden, liegt ein institutioneller Missbrauch vor. Dem übernehmenden Rechtsträger kann in diesem Fall die Einrede der missbräuchlich erworbenen Ansprüche entgegengehalten werden. Mit

---

<sup>138</sup> Kalss, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)1111ff

<sup>139</sup> Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung II, *ecolex* 03/2013,248f

einer Spaltung können aber noch weitere rechtsmissbräuchliche Sachverhalte verwirklicht werden. Beispielsweise könnte die Spaltung dafür eingesetzt werden um unliebe Gläubiger loszuwerden, ungewollte Vertragsverhältnisse abzuspalten oder um sich einer Exekution zu entziehen. Laut *Bydklinski* reicht schon „irgendein mitspielender offener Schädigungszweck“ aus, um einen Rechtsmissbrauch anzunehmen. Der vom Gesetzgeber den Gesellschaften zugestandene Gestaltungsspielraum darf nicht dazu führen, dass es zu einem groben Missverhältnis zwischen den geförderten und den benachteiligten Interessen kommt, wenn diese nicht ausreichend durch die gesetzlichen Schutzregelungen geschützt werden können. Wann immer ein Rechtsmissbrauch vorliegt, kann dieser gegen die beteiligten Unternehmen eingewendet werden. Zusätzlich können sich Gläubiger und Vertragspartner auch auf die Haftung der Organe der gespaltenen Gesellschaft berufen.<sup>140</sup>

## 10. Zusammenfassung

Ein Genussrecht ist ein Vermögensrecht, das einem Genussrechtsinhaber von einem Unternehmen gegen Gewährung von Einlagen durch Vertrag gewährt wird. Obwohl das Genussrecht dem Inhaber typische gesellschaftsrechtliche Vermögensrechte einräumt, verschafft es dem Inhaber gerade keine gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechte. Genussrechte können äußerst unterschiedlich ausgestaltet werden. Der Genussrechtsinhaber kann am Gewinn der Gesellschaft, am Liquidationsgewinn, aber auch am Verlust der Gesellschaft beteiligt sein. Durch die Vereinbarungen der Parteien kann es zu vielen möglichen Formen des Genussrechts kommen, daher gibt es keine Definition wie das „typische“ Genussrecht auszusehen hat. Im Falle der Verschmelzung zweier oder mehrerer Gesellschaften können die Rechte der Genussrechtsinhaber aber auch die Interessen von Schuldverschreibungsinhabern beeinträchtigt werden. Kommt es zu einer Verschmelzung, hat der Emittent der Genussrechte oder Schuldverschreibungen die Wahl, ob er den Inhabern dieser Rechte gleichwertige Rechte verschaffen will, ob er die bestehenden Rechte abändern will oder ob er diese angemessen abfinden will. Der Grundgedanke der hinter diesem Anpassungsrecht steht, ist der Grundsatz der in § 216 Abs. 3 dAktG und § 5 Abs. 2 und 3 öKapBG verankert ist, dass es durch derartige Maßnahmen nicht zur Änderung des wirtschaftlichen Gehalts der Vertragsverhältnisse kommen soll. Auch bei einer Spaltung werden die Rechte von Inhabern von Genussrechten oder Schuldverschreibungen beeinträchtigt. Die deutschen und österreichischen Gesetze ordnen ebenfalls für den Fall der Spaltung an, dass den Sonderrechtsinhabern gleichwertige Rechte im Zuge der Unternehmensumwandlung gewährt werden müssen. Wie genau diese gleichwertigen Rechte beschaffen sein müssen, lässt sich den Gesetzen jedoch nicht entnehmen. Es wäre zulässig die gleichwertigen Rechte nur an einer der an

---

<sup>140</sup> *Reich-Rohrwig*, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung II, *ecolex* 03/2013,249

der Spaltung beteiligten Gesellschaften zu gewähren. Dies kann in manchen Fällen eine Benachteiligung der Genuss- und Schuldverschreibungsinhaber bedeuten. Sachgerecht wäre es, den Sonderrechtsinhaber die gleichwertigen Rechte an allen beteiligten Gesellschaften zu gewähren, jedoch wird gerade dies nicht gesetzlich gefordert. Bei der Gewährung von gleichwertigen Rechten ist immer davon auszugehen, dass diese Rechte in Folge der Unternehmenswandlung wirtschaftlich gleich bleiben müssen. Es geht also nicht darum, gleichartige Rechte zu gewähren, sondern ein Recht zu begeben, das denselben wirtschaftlichen Gehalt wie das vor der Umwandlung bestehende Recht aufweist.

## **Literaturverzeichnis**

*Bauer*, Genussrechte- ein zivilrechtlicher Überblick, in Handbuch Genussrechte, Steuerliches Planungselement, rechtliche und bilanzielle Rahmenbedingungen (2010) 17

*Bürger*, Genußrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten (1987)

*Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg)*, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup> Band II (2012)

*Jabornegg/Strasser(Hrsg)*, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>5</sup> Band II (2011)

*Kalss*, Verschmelzung- Spaltung- Umwandlung<sup>2</sup> (2010)

*Lühn*, Genussrechte, Grundlagen, Einsatzmöglichkeiten, Bilanzierung und Besteuerung (2013)

*Lutter(Hrsg)*, Kommentar zum Umwandlungsgesetz<sup>4</sup> Band I (2009)

*Mantler*, Genussrecht als Instrument der Unternehmensfinanzierung, in Handbuch Genussrechte, Steuerliches Planungselement, rechtliche und bilanzielle Rahmenbedingungen (2010) 59

*Oettermeier*, Ausgestaltung von Genußrechten und Genußscheinen (1989)

*Pougin*, Genußrechte (1987)

*Reich-Rohrwig*, Genussrechte und Schulverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolex* 02/2013, 133

*Reich-Rohrwig*, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung II, *ecolex* 03/2013, 243

*Wünsch*, Der Genußschein iSd § 174 AktG als Instrument der Verbriefung privatrechtlicher Ansprüche, in FS Strasser, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung (1983) 871