



universität
wien

MASTERARBEIT / MASTER'S THESIS

Titel der Masterarbeit / Title of the Master's Thesis

**Die Spaltung als Sanierungsmittel - Gesellschaftsrechtliche
Problematiken insbesondere angesichts § 15 Abs. 5 SpaltG**

verfasst von / submitted by

Sandra Amesberger, BSc (WU)

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Science (MSc)

Wien, 2020/ Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 066 915

Studienrichtung lt. Studienblatt /
degree programme as it appears on
the student record sheet:

Masterstudium Betriebswirtschaft

Betreut von / Supervisor:

o. Univ.-Prof. Dr. Dr. Arthur Weilingner

Mitbetreut von / Co-Supervisor:

Mag. Dr. Alexander Wimmer

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Abkürzungsverzeichnis..... | 3 |
| Abbildungsverzeichnis..... | 6 |
| 1. Einleitung..... | 7 |
| 2. Die Spaltung..... | 10 |
| 2.1 Umgründungen..... | 10 |
| 2.2 Die Spaltung..... | 12 |
| 2.2.1 Rechtsgrundlagen..... | 13 |
| 2.2.1.1 Spaltungsrichtlinie..... | 13 |
| 2.2.1.2 Spaltungsgesetz..... | 15 |
| 2.2.1.3 Umgründungssteuergesetz..... | 15 |
| 2.2.2 Arten der Spaltung..... | 16 |
| 2.2.3 Motive der Spaltung..... | 18 |
| 2.2.4 Der Ablauf der Spaltung..... | 22 |
| 3. Die Gesellschaft in der Krise..... | 25 |
| 3.1 Unternehmenskrise..... | 25 |
| 3.2 Unternehmenssanierung..... | 27 |
| 3.2.1 Sanierung nach der Insolvenzordnung..... | 27 |
| 3.2.2 Sanierung nach dem Unternehmensreorganisationsgesetz (URG)..... | 29 |
| 3.2.3 Außergerichtliche Sanierung..... | 30 |
| 3.2.4 Sanierung nach der EU-Restrukturierungsrichtlinie..... | 31 |
| 4. Die Spaltung als Sanierungsmittel..... | 34 |
| 4.1 wirtschaftliche Motive..... | 34 |
| 4.2 steuerliche Motive..... | 35 |
| 4.2.1 Verlustabzug..... | 36 |
| 4.2.1.1 Mantelkauf..... | 38 |
| 4.2.1.2 Verlustabzug, Verlustvortrag & Verlustausgleich..... | 38 |
| 4.2.2 Verlustabzug im Umgründungssteuergesetz..... | 40 |
| 4.2.3 VwGH Ro 2016/15/0010..... | 45 |

| | |
|---|-----|
| 4.3 Gläubigerschutz bei der Spaltung – zweigeteiltes Gläubigerschutzkonzept.... | 49 |
| 4.3.1 Allgemeiner Gläubigerschutz bei der Spaltung | 49 |
| 4.3.1.1 Spaltungsprüfung..... | 51 |
| 4.3.1.2 § 15 Spaltungsgesetz – Schutz der Gläubiger | 51 |
| 4.3.1.3 Verbot der Einlagenrückgewähr | 52 |
| 4.3.1.4 Summengrundsatz..... | 53 |
| 4.3.1.5 Gründungsprüfung..... | 54 |
| 4.3.1.6 Restvermögensprüfung | 55 |
| 4.3.1.7 Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung..... | 55 |
| 4.4 Schutz von Sonderrechtsinhabern - § 15 Abs. 5 SpaltG | 56 |
| 4.4.1 Schuldverschreibungen und Genussrechte | 58 |
| 4.4.2 europarechtskonforme Umsetzung und Interpretation | 62 |
| 4.4.2.1 Vorabentscheidungsverfahren..... | 68 |
| 4.4.2.2 europarechtliche Vorgaben zu Artikel 13 Spaltungsrichtlinie..... | 68 |
| 4.4.3 Umsetzung in Österreich und Deutschland..... | 70 |
| 4.4.4 OGH 6 Ob 137/13k (Ausgangsfall)..... | 74 |
| 4.4.5 EuGH C-483/14 (Vorabentscheidungsverfahren) | 76 |
| 4.4.6 OGH 6 Ob 80/16g | 78 |
| 4.4.7 OGH 10b 93/16g | 81 |
| 4.4.8 Entwicklung in der Literatur | 85 |
| 5. Fazit..... | 92 |
| Literaturverzeichnis | 94 |
| Rechtsprechungsverzeichnis..... | 100 |
| Abstract | 101 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------|---|
| ABGB | Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch |
| ABI | Amtsblatt der Europäischen Union |
| Abs. | Absatz |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| AktG | Aktiengesetz BGBl 1965/98 |
| BBP | Betriebswirtschaft im Blickpunkt |
| BFG | Bundesfinanzgericht |
| BGBI | Bundesgesetzblatt |
| BlgNR | Beilage, -n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates |
| BWG | Bankwesengesetz BGBl 1993/532 |
| bzw | beziehungsweise |
| ca | circa oder zirka (ungefähr) |
| dUmwG | deutsches Umwandlungsgesetz |
| ecolex | Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| EKEG | Eigenkapitalersatz-Gesetz BGBl I 2003/92 |
| ErläutRV | Erläuterungen zur Regierungsvorlage |
| EStG | Einkommensteuergesetz 1988 BGBl 1988/400 |
| EU | Europäische Union |
| EU-GesRÄG | EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz BGBl 1996/304 |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |

| | |
|------------|--|
| f | und der, die folgende |
| ff | und der, die folgenden |
| FN | Fußnote |
| GES | Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbHG | Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung |
| hA | herrschende Ansicht |
| idgF | in der geltenden Fassung |
| IO | Insolvenzordnung BGBl I 2010/29 |
| iSv | im Sinn von |
| iVm | in Verbindung mit |
| JBl | Juristische Blätter |
| Lfg | Lieferung |
| lit | litera (Buchstabe) |
| RdW | Österreichisches Recht der Wirtschaft |
| RIW | Recht der internationalen Wirtschaft |
| RL | Richtlinie |
| Ro | Verfahren betreffend ordentliche Revisionen und vom Verfassungsgerichtshof abgetretene Bescheidbeschwerden nach alter Rechtslage |
| RS | Rechtsatz |
| RWP | Rechnungswesen für die Praxis |
| RWZ | Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen |
| Rz | Randzahl |
| SpaltG | Spaltungsgesetz BGBl 1996/304 |
| SpaltG1993 | Spaltungsgesetz BGBl 1993/458 |

| | |
|---------|---|
| KSchG | Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140 |
| KStG | Körperschaftsteuergesetz 1988 BGBl 1988/401 |
| Mio | Millionen |
| OGH | Oberster Gerichtshof |
| ÖBA | Österreichisches Bankarchiv-Wissenschaftliche Fachzeitschrift für Bankmanagement, Bank- und Kapitalmarktrecht |
| ÖJT | Österreichischer Juristentag |
| ÖJZ | Österreichische Juristen-Zeitung |
| ÖStZB | Beilage zur Österreichischen Steuerzeitung |
| ua | unter anderem |
| UGB | Unternehmensgesetzbuch BGBl I 2005/120 |
| UmgrStG | Umgründungssteuergesetz BGBl 1991/699 |
| UmwG | Umwandlungsgesetz BGBl 1996/304 |
| URG | Unternehmensreorganisationsgesetz BGBl I 1997/114 |
| Vgl | Vergleiche |
| VO | Unionsrechtliche Verordnung |
| VwGH | Verwaltungsgerichtshof |
| Wbl | Wirtschaftliche Blätter |
| Z | Zahl |
| zB | zum Beispiel |
| ZFR | Zeitschrift für Finanzmarktrecht |

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1 Motive der Spaltung

Abbildung 2 Betriebswirtschaftliche Motive der Spaltung

1. Einleitung

Neben den unterschiedlichen Sanierungsmöglichkeiten die gerichtlich, aber auch außergerichtlich zur Verfügung stehen und an unterschiedlichen Stellen im Gesetz geregelt sind, ist auch die Spaltung eine Möglichkeit ein sich in der Krise befindendes Unternehmen zu sanieren. Es kommt dabei nicht darauf an die endgültigen Voraussetzungen der Insolvenz zu erfüllen, vielmehr kann bereits vor Eintreten der meldepflichtigen Umstände Abhilfe geschafft werden. Eine Legaldefinition für den Begriff der Krise findet sich im Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) und setzt Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung voraus. Eine andere Definition für eine Unternehmenskrise wäre ein Zustand, bei dem ohne die Umsetzung von bestimmten Maßnahmen ein Fortbestand des Unternehmens gefährdet ist.¹

Umgründungen stehen in Österreich jeder Kapitalgesellschaft offen. Die Spaltung ist eine Art der Umgründung bei der eine bestimmte Gesellschaft ganze Unternehmensteile, einzelne Vermögenswerte oder Wirtschaftsgüter auf eine oder mehrere Gesellschaften mittels Gesamtrechtsnachfolge überträgt.² Es werden funktionierende Teile des Betriebes von den weniger erfolgreich funktionierenden, sanierungsbedürftigen Teilen getrennt. Die sanierungsbedürftigen Betriebsteile werden meist aufgrund von Verkaufsentscheidungen von den anderen Betriebsteilen abgespalten.³ In Krisenzeiten kann sich eine Gesellschaft so von den Unternehmensteilen, die Verlust verursachen, trennen, um sich auf die gewinnbringenden Teile zu konzentrieren.

Für die Spaltung sprechen sowohl wirtschaftliche als auch steuerliche Motive. Häufigstes Motiv in der Praxis liegt in der Umstrukturierung von Unternehmen, z.B. die Abtrennung von Betrieben und Teilbetrieben, welche nicht zum Hauptgeschäft gehören.⁴ Ein Vorteil der Spaltung ist die beliebige Aufteilung von zu übertragenden Vermögen. Die Spaltung hat eine Besonderheit. Sie ermöglicht auch eine partielle Gesamtrechtsnachfolge und so muss nicht das gesamte Vermögen übertragen

¹ Vgl *Jaufer/Payer*, Krisenfrüherkennung und Rechnungswesen, RWZ 2006, 47.

² Vgl *Bysikiewicz*, Unternehmensbewertung bei der Spaltung (2008) 1.

³ Vgl *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung² (2015) 3.

⁴ Vgl *Napokoj*, Hdb. Spaltung 3.

werden.⁵ Ein weiterer Vorteil ist der Fortbestand von bestehenden Gesellschaftern. Bestehende Gesellschafter erhalten Anteile an der übernehmenden Gesellschaft.⁶

Aus steuerlicher Perspektive bietet die Spaltung insbesondere den Vorteil, dass sie bei Erfüllen der notwendigen Voraussetzungen steuerneutral durchgeführt werden kann. Umgründungsvorgänge sind aufgrund des Umgründungssteuergesetzes von den „üblichen“ Besteuerungen beim Unternehmensübergang, wie etwa Liquiditätsbesteuerung oder Besteuerung des Verkaufserlöses, „befreit“. Im Rahmen einer Spaltung kann unter Vorliegen der erforderlichen Bedingungen Steuerneutralität bewirkt werden.

Im Zusammenhang mit den steuerlichen Motiven spielt auch der Verlustvortrag eine wichtige Rolle. Dieser ermöglicht es die Verluste einer Gesellschaft in den Folgejahren vorzutragen – das UmgrStG erlaubt der übernehmenden Gesellschaft „ausnahmsweise“ diese Verlustvorträge zu verwerten. Dies führt dazu, dass insolvente Unternehmen mit relativ hohen Verlustvorträgen oftmals sehr attraktiv für potentielle Käufer sind. Der Verlustvortrag ist an unterschiedlichen Stellen im Steuerrecht geregelt und wird ein zentraler Punkt der vorliegenden Masterarbeit sein.

Ein weiterer essentieller Punkt dieser Masterarbeit beschäftigt sich mit dem Gläubigerschutz im Zuge der Spaltung. Eine Aufgabe der Gesetze, welche das Institut der Spaltung regeln, ist es, einen ausreichenden Schutz für die Gläubiger der übertragenden, aber auch der übernehmenden Gesellschaft zu gewähren. Es ist zu verhindern, dass bestehende Gläubiger im Zuge einer Spaltung benachteiligt werden. Spaltungen können in vielerlei Weise die Interessen der Gläubiger beeinträchtigen, weil das Vermögen der spaltenden Gesellschaft verringert wird und auch bei den neuen und übernehmenden Gesellschaften nicht gewährleistet ist, dass dieselbe Bonität wie zuvor gegeben ist.⁷

Neben dem allgemeinen Gläubigerschutz, welcher alle Gläubiger der übertragenden Gesellschaft schützt, sieht das Spaltungsgesetz 1996 auch einen besonderen Schutz für die Inhaber von Sonderrechten vor. Die Grundlage dieser

⁵ Vgl. *Napokoj*, Hdb. Spaltung 1ff.

⁶ Vgl. *Walter*, Umgründungssteuerrecht¹² (2018) 326ff.

⁷ Vgl. *Napokoj*, Hdb. Spaltung 69.

Gläubigerschutzregelungen bildet die Spaltungsrichtlinie – Sechste Richtlinie 82/891/EWG – dessen Umsetzung im Spaltungsgesetz erfolgte. Die Umsetzung des Artikels betreffend den Schutz von Sonderrechtsinhabern ist in der Literatur häufig umstritten. Das nationale Spaltungsgesetz gewährt einen größeren, als den vom europäischen Gesetzgeber vorgesehenen Anwendungsbereich. Die Frage, ob der Gesetzgeber diese Umsetzung bewusst so gewählt oder die europäischen Vorgaben falsch verstanden hat, gilt es zu klären. Daneben ist zu erörtern, ob die richtlinienkonforme Interpretation bei überschießender Umsetzung Abhilfe schaffen kann und zur Anwendung kommt.

Neben den Fragen zur richtlinienkonformen Umsetzung ist ebenso fraglich, wem der Gesetzgeber als Inhaber eines Sonderrechtes versteht und auch welche Rechte als Sonderrechte zu klassifizieren sind. Dies geht zum Teil nämlich lediglich aus der Judikatur hervor. Bis dato hat sich jedoch auch der Europäische Gerichtshof und der Oberste Gerichtshof mit diesen Fragestellungen befasst.

Im Rahmen dieser Arbeit liegt der Fokus einerseits auf den steuerlichen Motiven für eine Spaltung iVm auf dem Verlustvortrag. Andererseits wird der Gläubigerschutz bzw vielmehr der Schutz von Sonderrechtsinhabern im Zuge einer Spaltung beleuchtet. Die Arbeit will daher aufbauend auf bestehenden Entscheidungen und Lehrmeinungen die Argumente der verschiedenen Ansichten zu einer europarechtskonformen Umsetzung des § 15 Abs. 5 SpaltG darlegen und daraus Lösungsansätze erarbeiten. Außerdem ist es Ziel dieser Arbeit einen Überblick der in Frage kommenden Finanzinstrumente im Zusammenhang mit den in Abs. 5 genannten Schuldverschreibungen und Genussrechten zu geben.

2. Die Spaltung

2.1 Umgründungen

Die Spaltung zählt zu den Umgründungen. Unter dem Begriff „Umgründung“ versteht man Vorgänge, bei denen ein Unternehmer seinen Rechtsträger ändert, das Vermögen jedoch unverändert bleibt. In Hinblick auf die daraus resultierenden steuerlichen Folgen von Umgründungen gilt es zwischen formwechselnden und übertragenden Umgründungen zu unterscheiden.⁸

Ursprünglich kommt der Begriff aus dem Steuerrecht, er wird jedoch vom Unternehmensrecht übernommen. Die betriebswirtschaftliche Definition für Umgründungen im Unternehmensgesetzbuch lautet wie folgt: Umgründungen sind Änderungen bestehender Unternehmensformen im Wege einer Vermögensübertragung auf gesellschaftsrechtlicher oder gesellschaftsrechtsähnlicher Grundlage.⁹

Bei der formwechselnden Umgründung ändert ein Rechtsträger die Rechtsform. Bei der übertragenden Umgründung wird von einem Rechtsträger Vermögen auf einen anderen Rechtsträger übertragen. Die Übertragung des Vermögens erfolgt entweder im Rahmen einer Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession) oder Einzelrechtsnachfolge (Individualsukzession) – dies hängt mit der Art der Umgründung zusammen. Bei der Gesamtrechtsnachfolge geht das gesamte übertragene Vermögen in einem Akt und ohne sonstige Formalitäten auf den Rechtsnachfolger über. Es bedarf keiner zusätzlichen Rechtsakte. Im Unterschied dazu muss bei der Einzelrechtsnachfolge, die Vermögensübertragung durch entsprechende formale Rechtsakte erfolgen.

Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen fallen Umgründungen unter das Umgründungssteuergesetz (UmgrStG), welches dem Zweck dient, steuerrechtliche Nachteile der Umgründung zu verhindern. Eine Übertragung von Vermögen hat grundsätzlich steuerrechtliche Wirkungen. Die Übertragung von Vermögen hat ohne

⁸ Walter, UmgrStR (2018) Rz 1.

⁹ Vgl. *Vormbaum*, Finanzierung der Betriebe (1990) 473.

die Anwendung des UmgrStG die Versteuerung eines Liquidationserlöses oder einen steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn zur Folge. Aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen des UmgrStG sind Umgründungen jedoch steuerneutral. Es kommt beim übernehmenden Unternehmen zu einer Buchwertfortführung. Dies führt zu einem Aufschub der Besteuerung von Stillen Reserven und Firmenwert.¹⁰

Das Unternehmensrecht sieht für einige Arten von Umgründungen eigene Gesetze vor oder regelt diese innerhalb anderer Gesetze.¹¹

Es gibt 6 Arten von Umgründungen:

1. Umwandlung
2. Verschmelzung
3. Einbringung
4. Realteilung
5. Zusammenschluss
6. Spaltung

Bei der Umwandlung unterscheidet man zwischen formwechselnder und übertragender Umwandlung. Während bei der formwechselnden kein Vermögen übertragen wird, sondern lediglich die Rechtsform geändert wird, wird bei der übertragenden Umwandlung Vermögen auf einen Gesellschafter oder auf eine neu errichtete Personengesellschaft im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge übertragen. Geregelt ist die übertragende Umwandlung im Umwandlungsgesetz (UmwG).¹²

Die Verschmelzung ist die Vereinigung rechtlich selbständiger Unternehmen unter Ausschluss der Abwicklung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Dies bedeutet, dass die übertragende Gesellschaft nicht formell liquidiert wird. Regelungen zur Verschmelzung sind in §§ 219 – 233 AktG enthalten.¹³

Es gibt keine einheitliche Definition für die Einbringung. Jedoch ist die herrschende Meinung, dass bei einer Einbringung Sachleistungen, wie die Übertragung von

¹⁰ Vgl *Wolf*, Umgründungen – ein praktischer Leitfaden, RWP 6/2015, 158.

¹¹ Vgl *Leitner*, Praxisleitfaden Umgründungen, Einbringung, Zusammenschluss und Realteilung aus steuer-, gesellschafts- und zivilrechtlicher Sicht (2016) 1.

¹² Vgl *Duursma, Duursma-Kepplinger, Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) 1358.

¹³ Vgl *Duursma, Duursma-Kepplinger, Roth*, Handbuch 1292.

Betrieben, Teilbetrieben oder Anteilen an Personengesellschaften auf eine Körperschaft übertragen werden. Dies erfolgt anhand der Singularsukzession.

Eine Realteilung liegt laut § 27 UmgrStG dann vor, wenn Vermögen von Personengesellschaften auf Grundlage eines schriftlichen Teilungsvertrages und einer Teilungsbilanz zum Ausgleich untergehender Gesellschafterrechte ohne oder ohne wesentliche Ausgleichszahlung tatsächlich auf Nachfolgeunternehmen übertragen wird. Es ist somit die Übertragung von Sachvermögen einer Personengesellschaft auf ihre Gesellschafter gegen Aufgabe von Gesellschafterrechten des Gesellschafters an seiner Personengesellschaft.¹⁴

Das Pendant zur Realteilung ist der Zusammenschluss. Nach der Definition des UmgrStG ist der Zusammenschluss eine tatsächliche Übertragung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteile gegen die Gewährung von Gesellschafterrechten.¹⁵

2.2 Die Spaltung

Die Spaltung fällt unter die übertragenden Umgründungen, weil eine Vermögensübertragung erfolgt. Unter einer Spaltung versteht man allgemein einen Umstrukturierungsvorgang, bei dem ein bestimmtes Unternehmen ganze Unternehmensteile, einzelne Vermögenswerte oder Wirtschaftsgüter auf eine oder mehrere Gesellschaften überträgt.¹⁶ Es handelt sich dabei um die Übertragung von Vermögen im Wege der Universalsukzession. Eine Besonderheit bei der Spaltung jedoch ist die Möglichkeit der partiellen Gesamtrechtsnachfolge.¹⁷ Dies bedeutet, dass aufgrund der Regelungen des SpaltG auch nur einzelne Vermögensteile im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übertragen werden können.¹⁸

Eine Voraussetzung für die Möglichkeit der Spaltung ist, dass sowohl die übertragende als auch die übernehmende Gesellschaft eine Kapitalgesellschaft ist. Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 1 SpaltG, welcher regelt, dass eine Kapitalgesellschaft ihr Vermögen

¹⁴ *Leitner*, Praxisleitfaden 163.

¹⁵ Vgl. *Leitner*, Praxisleitfaden 104.

¹⁶ Vgl. *Bysikiewicz*, Unternehmensbewertung 1.

¹⁷ Vgl. *Hügel*, Aktuelle Probleme des Spaltungsrechts, wbl 2001, 387.

¹⁸ Vgl. *Napokoj*, Hdb. Spaltung 1.

nach diesem Bundesgesetz spalten kann. Abs. 2 definiert außerdem, wann die Spaltung möglich ist:

1. unter Beendigung ohne Abwicklung der übertragenden Gesellschaft durch gleichzeitige Übertragung aller ihrer Vermögensteile (Vermögensgegenstände, Schulden und Rechtsverhältnisse) im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf andere dadurch gegründete neue Kapitalgesellschaften (Aufspaltung zur Neugründung) oder auf übernehmende Kapitalgesellschaften (Aufspaltung zur Aufnahme) oder

2. unter Fortbestand der übertragenden Gesellschaft durch Übertragung eines oder mehrerer Vermögensteile dieser Gesellschaft im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf eine oder mehrere dadurch gegründete neue Kapitalgesellschaften (Abspaltung zur Neugründung) oder auf übernehmende Kapitalgesellschaften (Abspaltung zur Aufnahme) gegen Gewährung von Anteilen (Aktien oder Geschäftsanteilen) der neuen oder übernehmenden Kapitalgesellschaften an die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft.

2.2.1 Rechtsgrundlagen

Im Zusammenhang mit der Spaltung gibt es verschiedene Rechtsgrundlagen, auf europarechtlicher und nationaler Ebene. Die Spaltung als eine Form der Umgründung fällt unter das Umgründungssteuergesetz (UmgrStG) und genießt somit bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen steuerrechtliche Begünstigungen. Zudem gibt es in Österreich ein eigenes Spaltungsgesetz, welches die gesellschaftsrechtlichen Regelungen zum Institut der Spaltung enthält und in welcher unter anderem auch die für die Spaltung wichtige sechste gesellschaftsrechtliche Richtlinie – Spaltungsrichtlinie umgesetzt wurde.¹⁹

2.2.1.1 Spaltungsrichtlinie

Die europarechtliche Grundlage zur Spaltung ist die Spaltungsrichtlinie – Sechste Richtlinie 82/891/EWG – Spaltung von Aktiengesellschaften im selben EU-Land. Diese wurde insbesondere im Anschluss an die Verschmelzungsrichtlinie (78/855/EWG, 1978) erlassen, um zu verhindern, dass die Spaltung Instrument zur Umgehung von

¹⁹ Vgl. *Stockenhuber*, Das österreichische Spaltungsgesetz, RIW 1994/4, 278.

Gläubigerschutzmaßnahmen wird. Derselbe Schutz für Gläubiger soll ebenso in Hinblick auf Spaltungen bestehen.²⁰

*Angesichts der Verwandtschaft zwischen Verschmelzung und Spaltung kann eine etwaige Umgehung der durch die Richtlinie 78/855/EWG bezüglich der Verschmelzung eingeräumten Garantien nur dadurch verhindert werden, dass für den Fall der Spaltung ein gleichwertiger Schutz vorgesehen wird.*²¹

In Kraft getreten ist die Richtlinie am 31. Dezember 1982. Die Umsetzung in nationales Recht der einzelnen Mitgliedstaaten hatte bis 01. Januar 1986 zu erfolgen. Die Richtlinie regelt die Spaltung von Aktiengesellschaften in demselben EU-Staat. Sie umfasst den Schutz von Gläubigern, Arbeitnehmern und Aktionären. Aktiengesellschaft im Sinne der Richtlinie umfasst ein Unternehmen, das der breiten Öffentlichkeit Anteile angeboten hat und dessen Aktionäre beschränkt haften, in der Regel ausschließlich hinsichtlich des für ihre Anteile bezahlten Betrags.²² Eine Besonderheit der Spaltungsrichtlinie ist, dass im Gegensatz zu anderen gesellschaftsrechtlichen Richtlinien der europäischen Union die Umsetzung nicht verpflichtend ist.²³ Dies hängt davon ab, ob ein Mitgliedstaat die Spaltung überhaupt zulässt.²⁴ Die Richtlinie zwingt die Mitgliedstaaten nicht zu Einführung der Spaltung als Rechtsinstitut, sondern richtet sich nur an solche Mitgliedstaaten, welche bereits Regelungen zur Spaltung haben oder umsetzen bzw zulassen möchten.²⁵ Eine weitere wichtige Richtlinie der EU im Zusammenhang mit der Spaltung ist die Richtlinie 2009/109/EG zur Änderung der Richtlinien 77/91/EWG, 78/855/EWG und 82/891/EWG des Rates sowie der Richtlinie 2005/56/EG hinsichtlich der Berichts- und Dokumentationspflicht bei Verschmelzungen und Spaltungen. Umgesetzt wurde die Richtlinie in Österreich mit dem Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2011.

²⁰ Vgl *Told*, Sonderrechtsinhaber und sonstige Gläubiger in Verschmelzung und Spaltung (nach C-483/14) GES 2017, 65.

²¹ Abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex:31982L0891> (zuletzt abgerufen am 16.08.2019).

²² Abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126008> (zuletzt abgerufen am 16.08.2019).

²³ Vgl *Napokoj*, Hdb. Spaltung 6.

²⁴ Abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex:31982L0891> (zuletzt abgerufen am 16.08.2019).

²⁵ Vgl *Stockenhuber*, RIW 1994/4, 278.

2.2.1.2 Spaltungsgesetz

In Österreich ist das Rechtsinstitut der Spaltung zulässig und im Spaltungsgesetz (SpaltG) geregelt. Es wurde durch das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1993 in Österreich eingeführt – SpaltG 1993. Die Sechste Richtlinie 82/891/EWG wurde auch im SpaltG umgesetzt und dieses danach angepasst.²⁶ Dies erfolgte mit dem EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1996 (EU-GesRÄG), welches am 01.07 1996 in Kraft getreten ist und zum SpaltG 1996 führte. Das EU-GesRÄG brachte viele Änderungen und Neuerungen, vor allem zur Einführung der Spaltung zur Aufnahme in § 17 SpaltG, mit sich.²⁷

Vor der Einführung des SpaltG jedoch bestanden schon Regelungen zur Spaltung im Artikel VI des Umgründungssteuergesetzes (UmgrStG). Die Nutzung der steuerrechtlichen Vorteile war jedoch ohne dazugehörige Regelungen im gesellschaftsrechtlichen Bereich nicht möglich.²⁸

2.2.1.3 Umgründungssteuergesetz

Wie bereits oben erwähnt, war die Verabschiedung des Umgründungssteuergesetz der Vorreiter zur Einführung des Rechtsinstituts der Spaltung. Im Artikel VI enthält es steuerrechtliche Regelungen über die Spaltung.²⁹ Grundsätzlich gilt im UmgrStG das Prinzip der Steuerneutralität. Es dient der Erleichterung für die Übertragung von Vermögen im Rahmen einer Umgründung. Unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen ist eine Umgründung steuerneutral und verhindert somit steuerrechtliche Nachteile.³⁰

§ 32 Abs. 1 UmgrStG enthält zwei Voraussetzungen für die Geltung des Art VI UmgrStG, nämlich, dass eine der in § 32 Abs. 1 Z1 bis 2 geregelten Arten der Spaltung vorliegt.

²⁶ Vgl *Napokoj*, Hdb. Spaltung 6.

²⁷ Vgl *Hügel*, Das neue Spaltungsgesetz und die Reform des Umgründungsrechts, *ecolex* 1996, 527.

²⁸ Vgl *Stockenhuber*, RIW 1994/4, 278.

²⁹ Vgl *Stockenhuber*, RIW 1994/4, 278.

³⁰ Vgl *Wolf*, RWP 6/2015, 158.

Diese sind Auf- und Abspaltungen zur Neugründung oder zur Aufnahme oder Spaltungen ausländischer Körperschaften im Ausland auf Grund vergleichbarer Vorschriften.

2.2.2 Arten der Spaltung

Grundsätzlich wird zwischen folgenden Arten der Spaltung unterscheiden:

- Aufspaltung zur Neugründung,
- Abspaltung zur Neugründung,
- Aufspaltung zur Aufnahme,
- Abspaltung zur Aufnahme,
- Verhältniswahrende Spaltung,
- nicht-verhältniswahrende Spaltung,
- Konzentrationsspaltung,
- Konzernspaltung.

Bei einer Aufspaltung geht die übertragende Gesellschaft im Zuge der Spaltung unter – es handelt sich um die Beendigung der übertragenden Gesellschaft ohne Abwicklung. Bei der Abspaltung bleibt hingegen die übertragende Gesellschaft weiterhin bestehen.³¹

In dem Fall, dass die Gesellschaft auf die Vermögen übertragen werden soll, bereits besteht, liegt eine Spaltung zur Aufnahme vor. Wird die Gesellschaft jedoch im Rahmen der Spaltung erst neu gegründet, handelt es sich um eine Spaltung zur Neugründung.³²

Sowohl bei der Auf- als auch bei der Abspaltung kann es sich um eine verhältniswahrende oder nicht-verhältniswahrende Spaltung handeln. Verhältniswahrend ist eine Spaltung dann, wenn die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft an der übernehmenden Gesellschaft im gleichen Verhältnis beteiligt werden und die Beteiligungsverhältnisse somit auch nach Durchführung der Spaltung

³¹ Vgl. *Napokoj*, Hdb. Spaltung 7.

³² Vgl. *Sonnberger*, Spaltung, (Stand 19.10.2018, Lexis Briefing in lexis360.at).

ident sind. Ist eine Spaltung nicht verhältnismäßig, so bedarf der Beschluss einer Mehrheit von 90% des Nennkapitals. Im Falle einer verhältnismäßigen Spaltung bedarf der Beschluss von drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals.³³

Bei der Konzentrationsspaltung sind beide an der Spaltung beteiligten Gesellschaften noch nicht durch Beteiligungen miteinander verbunden. Durch die Spaltung hat dies zu erfolgen. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft werden aufgrund der Spaltung, durch Anteilsgewährung, Anteilsinhaber der übernehmenden Gesellschaft. Dies kann durch Kapitalerhöhung, Ausgabe von eigenen Anteilen oder auch durch die Übertragung bestehender Anteile von Gesellschaftern geschehen.³⁴

Im Gegensatz dazu sind bei der Konzernspaltung die Unternehmen schon miteinander verbunden. Je nachdem in welche Richtung gespalten wird, ist dann weiteres in eine up-stream, down-stream oder side-stream Spaltung zu unterscheiden. Im Falle der Übertragung von Vermögen einer Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft liegt eine up-stream Spaltung vor. Umgekehrt dazu – wird Vermögen von der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft übertragen – liegt eine down-stream Spaltung vor und wird das Vermögen von Schwester- auf Schwestergesellschaft übertragen, handelt es sich um eine side-stream Spaltung.³⁵ Explizite Regelungen zu up-, down- und side-stream Spaltungen gibt es im SpaltG nicht. Die up-stream Spaltung kann sowohl als Auf- oder als Abspaltung erfolgen – jeweils zur Aufnahme. Die Auf- oder Abspaltung zur Neugründung ist bei dieser Form der Spaltung nicht möglich, dies ist auch der Fall bei einer down-stream Spaltung, weil jede neu gegründete Gesellschaft eine Schwestergesellschaft darstellen würde. Bei der Vermögensübertragung „auf die Seite“ ist eine Neugründung jedenfalls möglich, sowie eine Spaltung zur Aufnahme.³⁶ Sowohl die up-, als auch die down-stream Abspaltung sind einer Verschmelzung gleichzusetzen.³⁷ Ein wichtiges Schutzkonzept bei der Konzernspaltung ist das Verbot der Einlagenrückgewähr, welches im Kapitel zum Gläubigerschutz noch genauer behandelt wird.

³³ Vgl. *Napokoj* in *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft² (2016), Begriffe im Spaltungsrecht, 1012.

³⁴ Vgl. *Zirngast/Kraßnig*, Grundlagen der Bilanzierung von Umgründungen⁸ (2018) 246.

³⁵ Vgl. *Zirngast/Kraßnig*, Grundlagen 244.

³⁶ Vgl. *Napokoj*, Hdb. Spaltung 19ff.

³⁷ *Napokoj* in *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, Hdb. AG 1046.

2.2.3 Motive der Spaltung

Die Beweggründe für eine Spaltung sind zahlreich und vielfältig. Man kann die unterschiedlichen Beweggründe in verschiedene Kategorien aufteilen. Häufig werden jedoch betriebswirtschaftliche und steuerliche Motive unterschieden. Dazu kommen aber auch gesetzliche Motive, sowie persönliche Motive. In der Praxis ist es aber häufig so, dass eine Kombination aus den verschiedenen Motiven den Beweggrund für eine Spaltung darstellt.³⁸

Die nachstehende Abbildung 1 zeigt einen Überblick über die häufigsten Motive der Spaltung.

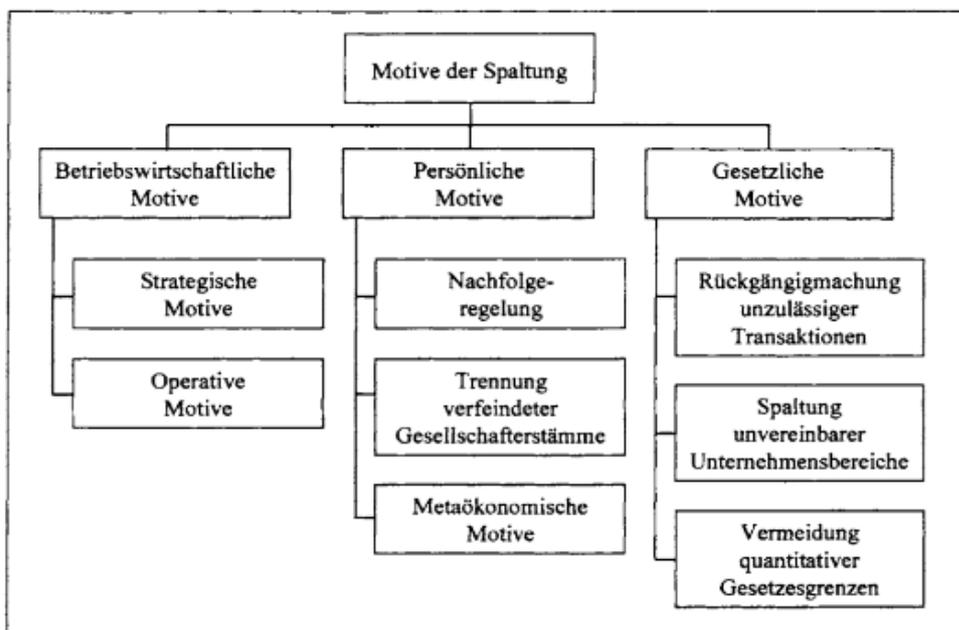


Abbildung 1: Motive der Spaltung³⁹

Unter die persönlichen Motive fallen jene Gründe, die in der Sphäre der Gesellschafter liegen. Klassische Beispiele dafür wären eine Erbfolgeregelung oder die Teilung bzw die Aufteilung eines Unternehmens.⁴⁰ Dies kann zum einen auf Wunsch der

³⁸ Vgl Keuper/ Häfner/ von Glahn, Der M&A-Prozess, Konzepte, Ansätze und Strategien für die Pre- und Post-Phase 322.

³⁹ Bysikiewicz, Unternehmensbewertung 35.

⁴⁰ Vgl Bysikiewicz, Unternehmensbewertung 46.

Gesellschafter oder zum anderen zur Vermeidung von Konflikten dienen. Häufig kann dies aber auch geschehen, um Erbstreitigkeiten zu verhindern.⁴¹

Gesetzliche Auslöser für eine Spaltung stellen Sachverhalte dar, bei denen etwa unvereinbare Unternehmensbereiche abgespalten werden oder unzulässige Transaktionen rückgängig gemacht werden, wie zB eine unzulässige Verschmelzung.⁴² Es handelt sich dabei um staatliche Zwangsmaßnahmen. Darüber hinaus kann die Spaltung auch zur Vermeidung von quantitativen Gesetzesgrenzen dienen. So kann eine Veränderung der Größenklasse eines Unternehmens gesetzliche Publizitätsgrenzen einschränken.⁴³

Betriebswirtschaftliche Motive können strategischer oder operativer Herkunft sein. Abbildung 2 stellt die häufigsten betriebswirtschaftlichen Beweggründe für Unternehmensspaltungen dar.

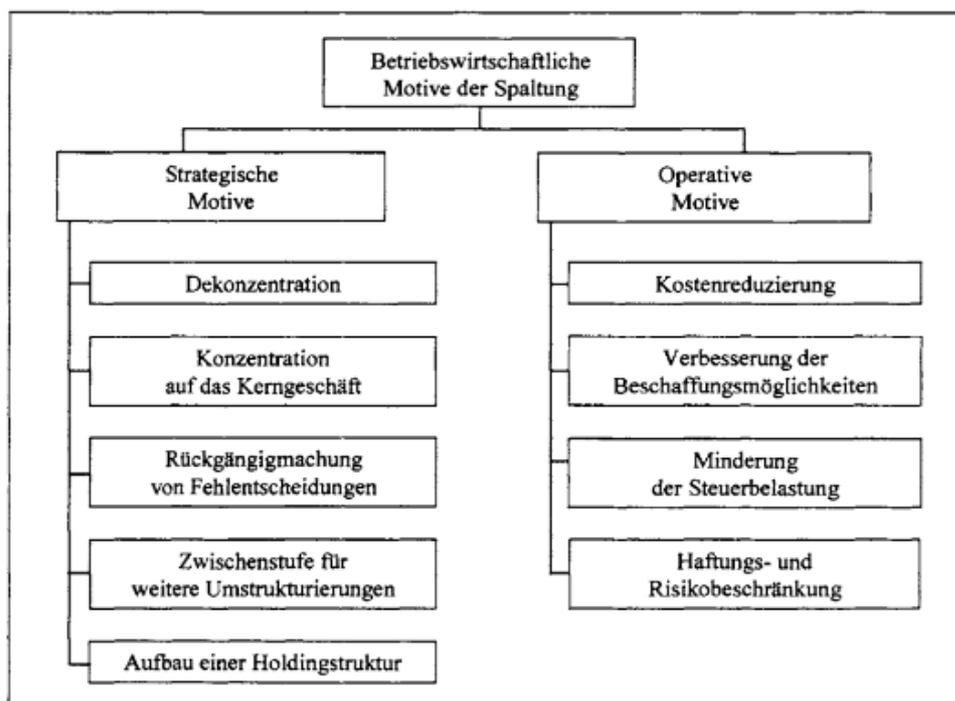


Abbildung 2: Betriebswirtschaftliche Motive der Spaltung⁴⁴

⁴¹ Vgl. Teichman in Lutter, Umwandlungsgesetz: Kommentar mit systematischer Darstellung des Umwandlungssteuerrechts und Kommentierung des SpruchG⁵ (2013) Rz 1708.

⁴² Vgl. Bysikiewicz, Unternehmensbewertung 49.

⁴³ Vgl. Keuper/Häfner/von Glahn, M&A 323.

⁴⁴ Bysikiewicz, Unternehmensbewertung 36.

Häufigstes Motiv in der Praxis liegt in der Umstrukturierung von Unternehmen, zB die Abtrennung von Betrieben und Teilbetrieben, welche nicht zum Hauptgeschäft gehören.⁴⁵ Die Neuausrichtung eines Unternehmens mit der Strategie auf das Kerngeschäft oder der Dekonzentration zielt auf kleinere Unternehmenseinheiten ab und ermöglicht so Vorteile durch Spezialisierung und höhere Flexibilität.⁴⁶

Ein weiteres Hauptanwendungsmotiv stellt die klassische Betriebsaufspaltung dar, bei der etwa das Anlage- vom Umlaufvermögen oder die Bereiche Produktion und Betrieb getrennt werden. Dabei kann das Unternehmen ihr Anlagevermögen, also ihren Besitz in eine Besitzgesellschaft ausgliedern, während der operative Geschäftsbetrieb mit dem Umlaufvermögen in einer Betriebsgesellschaft verbleibt.⁴⁷ Oftmals hat die Besitzgesellschaft die Rechtsform einer Personengesellschaft, während die Betriebsgesellschaft häufig die Rechtsform einer GmbH hat – dies hat somit den Vorteil der nicht unmittelbaren Haftung aus den Geschäftsschulden.⁴⁸

Eine Rückgängigmachung von Fehlentscheidung ähnelt dem Motiv der Rückgängigmachung unzulässiger Transaktionen – nur dass in diesem Fall keine gesetzliche Notwendigkeit besteht. Stellt sich nach einer Unternehmensverschmelzung heraus, dass dies eine Fehlentscheidung war, kann eine Spaltung rasch eine solche Fusion rückgängig machen.⁴⁹

Operative Motive beinhalten vor allem finanzwirtschaftliche Motive im Zusammenhang mit der Spaltung. Der Wunsch nach Kostenreduzierung steckt indirekt wohl hinter jeder Spaltungsentscheidung und stellt somit immer ein Motiv dar. Erreicht werden kann dieses Ziel etwa dadurch, dass bestimmte Tätigkeiten kostengünstiger oder effizienter von anderen Unternehmen, neugegründeten oder aufnehmenden Unternehmen, durchgeführt werden können.⁵⁰

⁴⁵ Vgl *Napokoj*, Hdb. Spaltung 3.

⁴⁶ *Keuper/Häfner/von Glahn*, M&A 312.

⁴⁷ Vgl *Teichman* in *Lutter*, UmwG Rz 1709.

⁴⁸ Vgl *Pfleger*, Chancen und Risiken der Spaltung von Unternehmen aus betriebswirtschaftlicher Sicht, *BBP* (2008) 241.

⁴⁹ Vgl *Bysikiewicz*, Unternehmensbewertung 39.

⁵⁰ Vgl *Bysikiewicz*, Unternehmensbewertung 43.

Verbesserte Beschaffungsmöglichkeiten hingegen können erzielt werden, indem die Rohstoffbeschaffung ausgegliedert wird. Gleiches gilt für die Haftungs- und Risikobeschränkung. Durch eine Ausgliederung von Unternehmensteilen mit hoher Risikoanfälligkeit kann die Haftung der übertragenden Gesellschaft verringert werden.⁵¹

Ein ganz häufiges Motiv für Spaltungen und auch ein essentieller Teil dieser Arbeit sind steuerliche Motive. Hierbei gilt es allerdings zwischen zwei Sachverhalten zu unterscheiden – zum einen kann es Ziel einer Spaltung sein, die Steuerbelastung zu reduzieren, zum anderen kann das Ziel sein, eine steuerneutrale Spaltung durchzuführen.⁵²

Eine steuerneutrale Spaltung verhindert die Besteuerung von Stillen Reserven und kann, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, durch das Umgründungssteuergesetz bewirkt werden. Um die Steuerbelastung jedoch zu minimieren, kann die Spaltung eine Alternative zum Verkauf darstellen oder zur Verlegung der Leistungserstellung in Länder mit niedriger Besteuerung dienen.⁵³

Zu den steuerlichen Motiven der Spaltung zählt auch der steuerliche Verlustabzug. Ganz allgemein bietet der Verlustabzug die Möglichkeit steuerliche Verluste aus vorangegangenen Geschäftsjahren in Folgejahren zu verrechnen, um so die Steuerbelastung zu minimieren. An den Verlustabzug sind aber bestimmte Bedingungen gekoppelt – beispielsweise steht der Verlustabzug grundsätzlich nur dem Steuerpflichtigen zu, der den Verlust auch erwirtschaftet hat. Hier jedoch bietet das Umgründungssteuergesetz eine Ausnahme dieser Regelung und ermöglicht es, dass die Verluste der übertragenden Gesellschaft auch bei der übernehmenden Gesellschaft verwertbar sind.⁵⁴

Oft aber wird die Spaltung auch als Sanierungsinstrument für ein Unternehmen eingesetzt. Es werden funktionierende Teile des Betriebes von den weniger erfolgreich funktionierenden, sanierungsbedürftigen Teilen getrennt. Die sanierungsbedürftigen

⁵¹ Vgl. *Bysikiewicz*, Unternehmensbewertung 45.

⁵² Vgl. *Keuper/Häfner/von Glahn*, M&A 318.

⁵³ Vgl. *Keuper/Häfner/von Glahn*, M&A 318.

⁵⁴ *Walter*, Umgründungssteuerrecht⁶ (2006) Rz 521 ff.

Betriebsteile werden meist aufgrund von Verkaufsentscheidungen von den anderen Betriebsteilen abgespalten.⁵⁵

Es ist an dieser Stelle wichtig anzuführen, dass all diese und auch weitere mögliche Motive der Spaltung immer auch zum Zwecke des Missbrauches eingesetzt werden können, um Gläubiger, Schuldner, Arbeitnehmern, Gesellschafter oder anderen Dritten zu schaden bzw um diese zu benachteiligen.⁵⁶ Auf dieses gesellschaftsrechtliche Problem wird insbesondere angesichts des Gläubigerschutzes in einem späteren Kapitel noch genauer eingegangen.

2.2.4 Der Ablauf der Spaltung

Beim Ablauf der Spaltung kommt es darauf an, ob eine Spaltung zur Aufnahme oder eine Spaltung zur Neugründung vorliegt.

Die Regelungen zur Spaltung zur Neugründung finden sich in §§ 2 ff SpaltG.

1. Spaltungsplan

In einem ersten Schritt ist ein Spaltungsplan vom Vorstand bzw von den Geschäftsführern aufzustellen. Dieser hat bestimmte Mindestinhalte zu enthalten, wie etwa die Firma und den Sitz der übertragenden Gesellschaft oder das Umtauschverhältnis der Anteile – alle Mindestinhalte sind im Gesetz aufgelistet.

2. Schlußbilanz

Die übertragende Gesellschaft hat eine Schlussbilanz zum Spaltungsstichtag aufzustellen. Dieser Stichtag muss höchstens 9 Monate vor der Anmeldung der Spaltung liegen. Es gelten die Rechnungslegungsvorschriften des UGB sinngemäß. Die Schlußbilanz muss nicht veröffentlicht werden.

⁵⁵ Vgl *Napokoj*, Hdb. Spaltung 4.

⁵⁶ Vgl *Teichman* in *Lutter*, UmwG Rz 1710.

3. Kapitalerhaltung, Gründungsprüfung & Haftung

Die Regeln über die Kapitalerhaltung müssen eingehalten werden, demnach muss die Summe der Nennkapitalien der beteiligten Gesellschaften mindestens die Höhe des Nennkapitals der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung erzielen. Für die Summe der gebundenen Rücklagen gilt dasselbe. Für die neu gegründete Gesellschaft oder Gesellschaften sind zudem die für deren Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften zu beachten. Allen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften gegenüber sind die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates haftbar – in sinngemäßer Anwendung des § 41 Aktiengesetz.

4. Spaltungsbericht

Der Vorstand der übertragenden Gesellschaft hat dann in weiterer Folge in einem Spaltungsbericht die Spaltung und deren Plan, das Umtauschverhältnis und die Aufteilung im Detail zu erläutern. Außerdem sind auch Maßnahmen gemäß § 15 Abs 5 (Schutz von Sonderrechtsinhabern) rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und auch zu begründen. Von diesem Spaltungsbericht kann nur abgesehen werden, wenn alle Anteilsinhaber schriftlich zustimmen, dass darauf verzichtet werden kann.

5. Prüfung der Spaltung

Dieser eben genannte Spaltungsplan ist dann von einem Spaltungsprüfer zu untersuchen, welcher vom Aufsichtsrat oder dem Vorstand der übertragenden Gesellschaft bestellt wird. Dieser Spaltungsprüfer hat einen schriftlichen Bericht über das Ergebnis der Prüfung abzugeben und diesen den Mitgliedern des Aufsichtsrates bzw dem Vorstand/Geschäftsführer vorzulegen. Auch hier ist nur aus denselben Gründen wie beim Spaltungsbericht selbst davon abzusehen.

6. Prüfung durch den Aufsichtsrat

Im Anschluss daran hat der Aufsichtsrat der übertragenden Gesellschaft dann sowohl den Spaltungsplan als auch den Bericht des Spaltungsprüfers zu prüfen und ebenfalls einen schriftlichen Bericht zu erstatten, es sei denn alle Anteilsinhaber verzichten in

einer schriftlichen Erklärung darauf. Der Vorstand hat den Spaltungsplan nach Prüfung durch den Aufsichtsrat mindestens einen Monat vor dem Tag der Beschlussfassung bei Gericht einzureichen und einen Hinweis auf Einreichung nach § 18 AktG zu veröffentlichen, es sei denn es wurde nicht bereits in elektronischer Form in der Ediktsdatei veröffentlicht. Bestimmte Unterlagen wie etwa der Spaltungsplan, Jahresabschlüsse und Lageberichte der letzten 3 Jahre etc. sind ebenso bereit zu stellen.

7. Beschlussfassung

Der Beschluss über die Spaltung hat bei einer Aktiengesellschaft mit einer Mehrheit von drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals und bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch eine drei Viertel Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu erfolgen. Bei der nicht verhältnismäßigen Spaltung bedarf der Beschluss überdies eine Mehrheit von 90 % des gesamten Nennkapitals. In einigen weiteren Fällen bedarf der Beschluss der Zustimmung aller Gesellschafter. Bei der verhältnismäßigen Spaltung hingegen sind der Spaltungsbericht des Vorstandes, die Prüfung der Spaltung durch den Spaltungsprüfer und die Prüfung sowie Berichterstattung durch den Aufsichtsrat nicht erforderlich.

8. Anmeldung

Die Mitglieder des Vorstandes der übertragenden Gesellschaft sowie die Vorstandsmitglieder der übernehmenden Gesellschaft/en haben die Spaltung und auch die Errichtung der neu gegründeten Gesellschaften schließlich bei Gericht mit diversen Beilagen anzumelden.

9. Eintragung im Firmenbuch

In einem letzten Schritt sind die Spaltung und die neuen Gesellschaften im Firmenbuch einzutragen – mit Eintragung treten dann auch ihre Rechtswirkungen ein. Bei den neu gegründeten Gesellschaften hat ein Hinweis zu erfolgen, dass diese Gesellschaften aus einer Spaltung hervorgehen.

Bei der Spaltung zur Aufnahme sind diese Vorschriften sinngemäß anzuwenden, jedoch gibt es ein paar abweichende Bestimmungen. So handelt es sich bei der Spaltung zur Aufnahme nicht um einen Spaltungsplan, sondern um einen Spaltungs- und Übernahmevertrag. In beiden Fällen stellt dieser jedoch das Herzstück der Spaltung dar und bietet die Grundlage für die Beschlussfassung. Eine bestimmte Form ist vom Gesetz her nicht vorgegeben, es ergibt sich jedoch Schriftlichkeit, weil eine Vorlage bei Gericht erforderlich ist.⁵⁷ Die übertragende Gesellschaft hat eine Schlussbilanz auf den Spaltungstichtag aufzustellen, der Stichtag ist grundsätzlich frei wählbar, er hat jedoch höchstens neun Monate vor der Anmeldung der Spaltung zu liegen.⁵⁸

3. Die Gesellschaft in der Krise

3.1 Unternehmenskrise

Um die Spaltung als Sanierungsinstrument einzusetzen und um auf die damit verbundenen gesellschaftsrechtlichen Problematiken eingehen zu können, muss in einem ersten Schritt definiert werden, ab wann eine Gesellschaft sich überhaupt in einer Krise befindet.

In der Literatur gibt es mehrere Definitionen für eine Unternehmenskrise. Eine mögliche Definition ist: Eine Unternehmenskrise ist ein Zustand, bei dem ohne die Umsetzung von bestimmten Maßnahmen ein Fortbestand des Unternehmens gefährdet ist.⁵⁹ Eine weitere Definition wäre: Eine Unternehmenskrise ist eine ungewollte Situation, welche die Existenz des Unternehmens bedroht.⁶⁰

Im Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) findet sich eine Legaldefinition für den Begriff der Krise. Zudem spielt sowohl die Insolvenzordnung (IO) als auch das Unternehmensreorganisationsgesetz (URG) eine große Rolle.⁶¹

⁵⁷ Vgl. *Napokoj* in *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, Hdb. AG 1018.

⁵⁸ *Napokoj* in *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, Hdb. AG1021.

⁵⁹ Vgl. *Jaufer/Payer*, RWZ 2006, 47.

⁶⁰ Vgl. *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise, Verantwortung und Haftung der Gesellschaftsorgane² (2010) 65.

⁶¹ Vgl. *Jaufer*, Unternehmenskrise 59.

Laut § 2 EKEG befindet sich eine Gesellschaft in der Krise, wenn sie zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Zahlungsunfähig bzw überschuldet ist sie im Sinne von § 66 IO bzw § 67 IO. Ein weiterer Indikator sind bestimmte Kennzahlen des URG – liegt die Eigenmittelquote der Gesellschaft unter 8 % und beträgt die fiktive Schuldentilgungsdauer länger als 15 Jahre, befindet sich die Gesellschaft auch in der Krise, es sei denn die Gesellschaft bedarf keiner Reorganisation.

Die beiden ersten Gründe – Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung – stellen auch Insolvenzeröffnungsgründe nach § 1 Insolvenzordnung (IO) dar:

Bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (§§ 66 und 67 IO) ist auf Antrag ein Insolvenzverfahren zu eröffnen. Laut IO liegt Zahlungsunfähigkeit dann vor, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist – dies ist anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt. Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen die Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. In beiden Fällen hat der Schuldner laut § 69 IO innerhalb von 60 Tagen ohne schuldhaftes Zögern einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen.

Obwohl Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung bei einem Unternehmen in der Krise meist vorliegen, ist es aber nicht zwingend Voraussetzung für das Vorliegen einer Krise. Die Kennzahlen des URG sind den beiden Insolvenzeröffnungsgründen vorgelagert.⁶² Bedarf zur Reorganisation besteht, wenn die Eigenmittelquote einer Gesellschaft unter 8 % liegt und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre beträgt. Für den Schuldner besteht zwar keine Pflicht zum Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, es besteht jedoch die Möglichkeit zur Eröffnung eines Reorganisationsverfahrens nach dem Unternehmensreorganisationsgesetz. Bei der Sanierung nach dem URG handelt es sich um ein gerichtliches Sanierungsverfahren ohne Veröffentlichung. Die beiden Kennzahlen stellen somit ein Warnsignal dar, welches auf Anzeichen einer Krise hindeuten und Bedarf einer Reorganisation anzeigen.⁶³

⁶² Vgl *Jaufer*, Unternehmenskrise 66.

⁶³ Vgl *Jaufer*, Unternehmenskrise 75.

3.2 Unternehmenssanierung

In einem betriebswirtschaftlichen Zusammenhang bedeutet die Sanierung die Heilung bzw. Rettung eines in eine Krise geratenen Unternehmens. Es wird zwischen der Sanierung im engeren und im weiteren Sinne unterschieden:

- Engeren Sinne: der Fokus bei der Sanierung im engeren Sinne liegt auf lediglich finanzwirtschaftlichen Maßnahmen.
- Weiteren Sinne: hierbei werden neben den finanzwirtschaftlichen Maßnahmen auch Maßnahmen in anderen Teilbereichen des Unternehmens berücksichtigt.⁶⁴

Einem Unternehmen in der Krise stehen unterschiedliche Sanierungsmöglichkeiten zur Verfügung, sowohl gerichtlich als auch außergerichtlich. Zwingend, bei Vorliegen der Insolvenztatbestände der IO, sind das Sanierungs- oder Konkursverfahren nach den Regelungen der Insolvenzordnung. Zudem steht das Reorganisationsverfahren nach dem URG zur Verfügung.⁶⁵

3.2.1 Sanierung nach der Insolvenzordnung

Ursprünglich gab es im Insolvenzrecht zwei Verfahren: das Ausgleichs- und das Konkursverfahren. Das Konkursverfahren hatte die Liquidierung zum Ziel, während das Ausgleichsverfahren auf die Sanierung des Schuldners abzielte.⁶⁶ Seit dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 (IRÄG 2010) wurde dieser Dualismus durch ein einheitliches Insolvenzverfahren ersetzt. Dieses wiederum unterscheidet sich in ein Sanierungsverfahren und ein Konkursverfahren. Wie auch zuvor wird beim Sanierungsverfahren der Weiterbestand des Unternehmens angestrebt, während beim Konkursverfahren das schuldnerische Vermögen zugunsten der Gläubiger verwertet wird.⁶⁷ Bei der Bekanntmachung ist das Verfahren ausdrücklich als Konkurs- oder Sanierungsverfahren zu bezeichnen (§ 74 IO).

⁶⁴ Vgl. *Behringer*, Unternehmenssanierung: Ursachen - Krisenfrüherkennung – Management (2017), 37.

⁶⁵ Vgl. *Barfuß*, Wiener Juristische Gesellschaft, JBI 2010, 777.

⁶⁶ Vgl. *Fink*, Insolvenzrecht⁷ (2010) 3.

⁶⁷ Vgl. *Jaufer*, Unternehmenskrise 78.

Der Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kann vom Schuldner selbst, aber auch von jedem Insolvenzgläubiger eingebracht werden, dies führt dann zu einer unterschiedlichen Ausgestaltung des Verfahrens. Wichtig jedoch ist, dass ein Gläubiger einen Antrag stellen kann, während der Schuldner bei Vorliegen der Insolvenztatbestände eine Pflicht trifft.⁶⁸

Die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens sind einerseits, dass der Antrag vom Schuldner gestellt wird und weiteres, dass dieser bei Antrag auf das Sanierungsverfahren bereits über einen Sanierungsplan verfügt bzw dessen Annahme beantragt wird.⁶⁹ Bei Scheitern des Sanierungsplanes wird die Bezeichnung Sanierungsverfahren in Konkursverfahren abgeändert.⁷⁰ Nach § 167 Abs. 3 IO ist die Bezeichnung dann auf Konkursverfahren zu ändern, wenn die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um die Masseforderungen zu erfüllen, der Schuldner den Sanierungsplanantrag zurückzieht, das Gericht diesen zurückweist, oder der Sanierungsplan in der Sanierungsplantagsatzung oder vom Gericht abgelehnt wird.

Das Sanierungsverfahren kann mit oder ohne Eigenverwaltung erfolgen. Beim Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung, also mit Insolvenzverwalter, hat das Gericht zeitgleich zur Eröffnung die Sanierungsplantagsatzung anzuordnen – in der Regel auf 60 bis 90 Tage (§168 Abs. 1. IO). Wenn der Sanierungsplan nicht innerhalb von 90 Tagen nach Eröffnung des Verfahrens angenommen wird, ist das Unternehmen zu verwerten (§ 168 Abs. 2 IO).

Bei einem Verfahren mit Eigenverwaltung unterliegt dem Schuldner die Verwaltung der Insolvenzmasse, mit bestimmten Ausnahmen, er steht aber unter der Aufsicht eines Verwalters. Der Ablauf des Verfahrens ist sehr ähnlich, mit dem Unterschied einer früheren ersten Gläubigerversammlung.⁷¹

Der Schuldner ist aber auch dazu berechtigt, während eines Konkursverfahrens einen Sanierungsplan zu beantragen. Dies verhindert vorerst die Verwertung der

⁶⁸ Vgl *Fink*, Insolvenzrecht 29.

⁶⁹ Vgl *Fink*, Insolvenzrecht 4.

⁷⁰ Vgl *Fink*, Insolvenzrecht 33.

⁷¹ Vgl *Fink*, Insolvenzrecht 34.

Insolvenzmasse und gibt dem Schuldner 14 Tage Zeit diesen Sanierungsplan aufzustellen.⁷²

Zu den wichtigsten Aufgaben des Insolvenzrechts gehören die bestmögliche und gleichmäßige Aufteilung und Befriedigung der Gläubiger durch die Verteilung des schuldnerischen Vermögens.⁷³ Durch gesetzliche Normen soll dieser Schutz geschaffen werden. Einerseits soll die Publizität dazu beitragen Informationsasymmetrien abzubauen, andererseits soll einem möglichen opportunistischen Verhalten des Schuldners entgegengewirkt werden.⁷⁴

3.2.2 Sanierung nach dem Unternehmensreorganisationsgesetz (URG)

Reorganisation im Sinne des Reorganisationsgesetzes ist eine nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durchgeführte Maßnahme zur Verbesserung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines im Bestand gefährdeten Unternehmens, die dessen nachhaltige Weiterführung ermöglicht. Das seit 1997 in Kraft getretene Unternehmensreorganisationsgesetz wurde eingeführt um Unternehmen in der Krise, bereits vor Eintritt der Insolvenzeröffnungsgründe gerichtlich eine Möglichkeit zur Sanierung zu bieten. In der Praxis wurde die Unternehmensreorganisation nach URG jedoch bis heute wenig in Anspruch genommen.⁷⁵ Laut § 1 URG kann ein Unternehmen einen Antrag auf ein Reorganisationsverfahren stellen, wenn es dieser bedarf, jedoch nicht insolvent ist, eine Verpflichtung dazu besteht nicht. Der Bedarf zur Reorganisation ist laut § 1 Abs. 3 anzunehmen, wenn die Eigenmittelquote vorausschauend und feststellbar wesentlichen nachhaltigen Verschlechterungen unterliegt. Die Zuständigkeit beim Reorganisationsverfahren trifft den Gerichtshof erster Instanz und mit ein paar Ausnahmen sind auf das Verfahren die Vorschriften der IO anzuwenden. Eingeleitet wird das Verfahren auf Antrag des Unternehmers, er hat dabei zu erklären, dass er nicht insolvent ist und dass Bedarf zur Reorganisation besteht. Das Gericht hat daraufhin bei Glaubwürdigkeit das Verfahren einzuleiten und der Antragsteller innerhalb von 60 Tagen einen Reorganisationsplan vorzulegen. Die Einleitung des Verfahrens ist anders als beim Insolvenzverfahren nicht öffentlich bekannt zu machen. Die Inhalte des Planes haben unter anderem die Ursachen für

⁷² Vgl *Fink*, Insolvenzrecht 76.

⁷³ Vgl *Fink*, Insolvenzrecht 2.

⁷⁴ Vgl *Bachner*, Die Limited in der Insolvenz (2007).

⁷⁵ Vgl *Buchegger, Markowetz*, Insolvenzrecht (2010) 202.

den Bedarf, sowie die geplanten Maßnahmen zur Verbesserung der Lage zu enthalten. Der Zeitraum der Reorganisation soll 2 Jahre nicht übersteigen. Ein bestellter Reorganisationsprüfer prüft in einem weiteren Schritt die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmers. Er prüft zudem, ob das Unternehmen insolvent ist und hat dem Gericht innerhalb von 30 Tagen davon zu berichten. Er hat dies auch in weiteren Stadien des Verfahrens zu beobachten und gegebenenfalls zu melden. Ein Gutachten des Prüfers entscheidet dann darüber, ob der Reorganisationsplan zweckmäßig ist und Erfolg in Aussicht stellt.⁷⁶

3.2.3 Außergerichtliche Sanierung

Es bestehen neben den gerichtlichen Sanierungsverfahren noch weitere strategische, operative und finanzielle außergerichtliche Maßnahmen zur Restrukturierung eines Unternehmens.⁷⁷ Außerdem besteht zur Restrukturierung ein Vorschlag über eine Richtlinie der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2016 mit dem Ziel ein europaweit harmonisiertes vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren bzw einen präventiven Restrukturierungsrahmen für Unternehmen in der Krise zu schaffen, welches in einem späteren Kapitel noch genauer erläutert wird.

Bei Verfahren zur Sanierung ohne gerichtliche Hilfe und ohne gesetzliche Vorgaben besteht die Möglichkeit mit Gläubigern Vereinbarungen zu treffen, wie etwa eine Ratenzahlung, die Gewährung eines Kredites oder die Rückzahlung nur eines Teiles der Forderung. Wichtig dabei ist, dass alle Gläubiger über die wirtschaftliche Situation des Schuldners informiert werden. Die jeweiligen Vereinbarungen sind jedoch einzeln zwischen Schuldner und Gläubiger abzuschließen.⁷⁸ In der Praxis ist es häufig nicht der Fall, dass Vereinbarungen mit allen Gläubigern abgeschlossen werden bzw dass alle Gläubiger einbezogen werden. Dies liegt auch daran, dass oftmals ein gerichtliches Verfahren bevorzugt wird, weil mehr Vertrauen in einen Insolvenzverwalter und somit in ein gerichtliches Verfahren gesetzt wird.⁷⁹

⁷⁶ Vgl *Buchegger, Markowetz*, Insolvenzrecht 203-205.

⁷⁷ Vgl *Brunkel/Klein in Bamberger/Wrona*, Turnaround/Restrukturierung von Unternehmen in Krisensituationen, Strategische Unternehmensberatung (2012) 47.

⁷⁸ Vgl *Jaufer*, Unternehmenskrise 72.

⁷⁹ Vgl *Jaufer*, Unternehmenskrise 74.

3.2.4 Sanierung nach der EU-Restrukturierungsrichtlinie

Am 22. November 2016 veröffentlichte die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU. Die Richtlinie 2012/30/EU gleicht die Regelungen aller EU-Mitgliedstaaten über die Gründung und den Betrieb von Aktiengesellschaften an.⁸⁰ Der Vorschlag zur Richtlinie enthielt Vorgaben für ein europaweit vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren. Das Hauptziel der geplanten Richtlinie war es, die Hindernisse für den freien Kapitalverkehr einzudämmen, welche sich aus den unterschiedlichen Restrukturierungs- und Insolvenzrahmen der einzelnen Mitgliedstaaten ergeben. Passende Restrukturierungsrahmen sollen dazu beitragen, dass mehr Investitionen getätigt werden, mehr Beschäftigung geschaffen wird, der Verlust von Arbeitsplätzen verhindert wird, sowie die Reduktion der Zahl an Liquidationen gesenkt wird.⁸¹

Die Richtlinie wurde am 22.06.2019 vom Europäischen Parlament und dem Rat der Europäischen Union verabschiedet und lautet wie folgt:

Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132.

Die Restrukturierungsrichtlinie ist mit 16. Juli 2019, am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft getreten.⁸² Die Umsetzung der Richtlinie hat von den Mitgliedstaaten bis zum 17. Juli 2021 zu

⁸⁰ Vgl Vorschlag der Kommission vom 22.11.2016 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU, COM (2016) 723 final, 1.

⁸¹ Vgl Vorschlag der Kommission vom 22.11.2016 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU, COM (2016) 723 final, 6.

⁸² Vgl Restrukturierungsrichtlinie 2019/1023 ABI L 2019/172, 55.

geschehen, mit Ausnahme von bestimmten Vorschriften, welche bis 2024 und 2026 erlassen und veröffentlicht werden müssen. Diese Vorschriften beinhalten den Artikel 28, den Einsatz von elektronischer Kommunikation und die Vornahme von bestimmten Handlungen auf elektronischem Weg.⁸³

Das Ziel der Richtlinie ist gleichgeblieben, es sollen Hindernisse, welche durch unterschiedliche Vorschriften und Verfahren der Mitgliedstaaten entstehen, beseitigt werden. Es wird eine Fortsetzung der Geschäftstätigkeit des Schuldners angestrebt, mit dem Ziel der Entschuldung und der zweiten Chance für Unternehmer. Die kann durch geänderte Bedingungen bei Verbindlichkeiten oder einer Änderung der Struktur des Kapitals erreicht werden.⁸⁴

Insgesamt enthält die Richtlinie Vorschriften über präventive Restrukturierungsrahmen, Verfahren zur Entschuldung von insolventen Unternehmen und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren. Bestimmte Unternehmen, wie zB Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen, sind von der Richtlinie ausgenommen.⁸⁵

Artikel 4 der Richtlinie besagt, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass einem Schuldner bei einer wahrscheinlichen Insolvenz Zugang zu einem präventiven Restrukturierungsrahmen ermöglicht werden muss. Der präventive Restrukturierungsrahmen soll Schuldnern in finanziellen Schwierigkeiten bei einer wahrscheinlichen Insolvenz zur Verfügung stehen. Die Vorschriften der Richtlinie schaffen somit einheitliche Rahmenbedingungen für die Sanierung eines Unternehmens außerhalb eines Insolvenzverfahrens. Schuldner soll die Möglichkeit gegeben werden, sich so früh wie möglich zu restrukturieren und die Insolvenz vermeiden. Dies erhöht den Gesamtwert für Anteilshaber und Gläubiger.⁸⁶ Der Begriff der wahrscheinlichen Insolvenz kann von den Mitgliedstaaten selbst definiert werden.⁸⁷

⁸³ Vgl Restrukturierungsrichtlinie 2019/1023 ABI L 2019/172, 52.

⁸⁴ Vgl Restrukturierungsrichtlinie 2019/1023 ABI L 2019/172, 1.

⁸⁵ Vgl Restrukturierungsrichtlinie 2019/1023 ABI L 2019/172, 37.

⁸⁶ Vgl Restrukturierungsrichtlinie 2019/1023 ABI L 2019/172, 1.

⁸⁷ Vgl Restrukturierungsrichtlinie 2019/1023 ABI L 2019/172, 37.

Das Restrukturierungsverfahren richtet sich demnach an Unternehmen, bei welchen eine Insolvenz wahrscheinlich ist. Ein solches Verfahren ist grundsätzlich vom Schuldner zu beantragen, aber auch hier bleibt es den Mitgliedschaften überlassen, ob auch Gläubigern oder etwa Arbeitnehmern ein Antragsrecht eingeräumt wird.⁸⁸

Der Begriff „Wahrscheinlichkeit der Insolvenz“, bei dem, wie bereits erwähnt, die Definition den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen ist, sorgt seither auf EU-Ebene für Diskussionen. In Österreich enthält das URG bereits Kennzahlen, im Zusammenhang mit Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, es bleibt spannend, welche Rolle diese bei der Umsetzung der Richtlinie spielen werden.⁸⁹

Das Herzstück des Restrukturierungsverfahrens ist der Restrukturierungsplan, ein Vertrag zwischen dem Schuldner und Gläubiger über die vereinbarten Maßnahmen. Im Normalfall wird das Verfahren in Eigenverwaltung abgewickelt, dem Schuldner bleibt damit die Kontrolle über Vermögenswerte bestehen.⁹⁰ Zuzustimmen haben dem Restrukturierungsplan lediglich betroffene Parteien, diese können Gläubiger, Arbeitnehmer oder vom Restrukturierungsplan betroffenen Anteilsinhaber sein, wenn diese auch im nationalen Recht umfasst sind. Parteien, die zur Abstimmung über den Plan berechtigt sind, sind in Klassen einzuteilen, was bisher in Österreich nicht der Fall war. Die Klassen haben in weiterer Folge bestimmte Mehrheiten zur Annahme des Planes zu erreichen, diese sind erneut von den Mitgliedstaaten individuell festzusetzen. Zu mindestens muss aber in jeder Klasse eine Kapitalmehrheit dem Restrukturierungsplan zustimmen. Eine Kopfmehrheit steht frei, jedoch nur bis max. 75 % Zustimmungserfordernis.⁹¹

Der Restrukturierungsplan hat über bestimmte Mindestinhalte zu verfügen, welche im Artikel 8 der Richtlinie geregelt sind. Der Plan ist dann laut Artikel 9 zur Annahme und laut Artikel 10 zur Bestätigung bei einer Justiz oder Verwaltungsbehörde vorzulegen.⁹²

⁸⁸ Vgl *Reisch*, EU-Richtlinie zur Unternehmensrestrukturierung, RdW 2019/283, 370ff.

⁸⁹ Vgl *Reisch*, RdW 2019/283, 370.

⁹⁰ Vgl Restrukturierungsrichtlinie 2019/1023 ABI L 2019/172, 40.

⁹¹ Vgl *Reisch*, RdW 2019/283, 373.

⁹² Vgl Restrukturierungsrichtlinie 2019/1023 ABI L 2019/172, 43ff.

4. Die Spaltung als Sanierungsmittel

4.1 wirtschaftliche Motive

Neben den anderen bereits erwähnten gerichtlichen und außergerichtlichen Möglichkeiten der Sanierung dient auch eine Spaltung als eine spezielle Variante, eine Gesellschaft in Schieflage zu sanieren. Um die wirtschaftliche Situation eines Unternehmens zu verbessern wird dieses auf eine wirtschaftlich „gesunde“ Gesellschaft auf- oder abgespalten. Das Spaltungsgesetz sieht für eine Sanierungsspaltung aber keine speziellen, gesetzlichen Regelungen vor. Es gelten vielmehr die allgemeinen Spaltungsvorschriften.⁹³

Ein besonderer Vorteil der Spaltung ist die beliebige Aufteilung von zu übertragendem Vermögen. Es muss nicht das gesamte Vermögen übertragen werden, eine partielle Übertragung ist möglich und führt auch zu einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge, einer Besonderheit bei der Spaltung. Dies erlaubt es einer Gesellschaft einzelne Vermögens- oder Betriebsteile zu übertragen. Zum Vermögen zählen laut § 32 Abs. 2 UmgrStG Betriebe, Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile und Kapitalanteile im Sinne des § 12 Abs. 2 UmgrStG.⁹⁴

Im Zusammenhang mit sich in der Krise befindenden Gesellschaft ist eine Abspaltung wohl am sinnvollsten. Eine Gesellschaft kann etwa einen verlustverursachenden Betrieb abspalten und dadurch eine Konzentration auf das Kerngeschäft oder gewinnbringende Betriebsteile verfolgen. Die Abspaltung ist auch in der Praxis die am häufigsten angewandte Form der Spaltung.⁹⁵

Ein weiterer Vorteil beim Einsatz der Spaltung als Sanierungsinstrument ist, dass die bestehenden Gesellschafter weiterhin beteiligt sind. Im Falle der Abspaltung erhalten die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteile an der aufnehmenden oder neu gegründeten Gesellschaft. Einen Teil ihrer Anteile an der übertragenden Gesellschaft geben sie ab. Bei der Aufspaltung gehen die Anteile an der

⁹³ Vgl. *Knops/Bamberger/Lieser*, Recht der Sanierungsfinanzierung², (2019), Rz 74.

⁹⁴ Vgl. *Napokoj*, Hdb. Spaltung 1.

⁹⁵ Vgl. *Napokoj*, Hdb. Spaltung 1ff.

übertragenden Gesellschaft verloren, dafür erhalten sie ebenfalls Anteile an der übernehmenden Körperschaft.⁹⁶

4.2 steuerliche Motive

Anfangs bereits erwähnt bietet das Umgründungssteuergesetz mehrere steuerliche Vorteile für Umgründungen. Bei einer Erfüllung der Voraussetzungen des UmgrStG ist Steuerneutralität bzw Steuerkontinuität geboten. Einen weiteren Vorteil bietet das UmgrStG aufgrund des Verlustabzuges. Für Verschmelzungen, Umwandlungen, Einbringungen und Spaltungen verweist das UmgrStG an mehreren Stellen auf die Regelungen des § 18 Abs. 6 und 7 Einkommensteuergesetz (EStG) sowie auf die Regelungen des § 8 Abs. 4 Z. 2 Körperschaftssteuergesetz (KStG). Für Spaltungen gilt für den Verlustabzug der § 35 UmgrStG, welcher wiederum auf die Regelungen für die Einbringungen und damit auf den § 21 UmgrStG verweist und dadurch mittelbar auf die Verschmelzungsregelungen des § 4 UmgrStG.⁹⁷

Ein aktuelles Beispiel dafür, dass ein hoher Verlustvortrag für potentielle Käufer aus steuerlichen Gründen sehr attraktiv ist, ist der HTI-Konzern. Laut Medienberichten gibt es für die gesamte Gruppe, aber auch für das Tochterunternehmen Gruber & Kaja High Tech Metals GmbH, eine Vielzahl an Angeboten.⁹⁸ Die HTI High Tech Industries AG mit Sitz in Oberösterreich ist eine Technologiegruppe, die sich auf den Bereich Aluminium-Druckguss spezialisiert. Insgesamt hat die HTI-Gruppe etwa 200 Mitarbeiter.⁹⁹ Im August 2019 hatte zuerst das Tochterunternehmen Gruber & Kaja, und ein paar Tage später das Mutterunternehmen HTI selbst Insolvenz angemeldet. Die hohen Verlustvorträge von wohl mehr als 150 Millionen Euro sind auch der Grund für die Anzahl an Interessenten.¹⁰⁰

⁹⁶ Vgl *Walter*, UmgrStR (2018) 326ff.

⁹⁷ Vgl *Huber* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, Handbuch der Umgründungen zu § 35 UmgrStG 1.

⁹⁸ Vgl Die Presse, abrufbar unter: <https://www.diepresse.com/5718158/hti-insolvenz-immer-wieder-angebote> (zuletzt abgerufen am: 16.11.2019).

⁹⁹ Vgl HTI, abrufbar unter: <http://www.hti-ag.at/index.php?id=80&L=0Capital%253Fwek%253D52686> (zuletzt abgerufen am: 16.11.2019).

¹⁰⁰ Vgl OÖ Nachrichten, abrufbar unter: <https://www.nachrichten.at/wirtschaft/wirtschaftsraumooe/hti-insolvenz-erste-interessenten;art467,3174013> (zuletzt abgerufen am: 16.11.2019).

4.2.1 Verlustabzug

Der Verlustabzug bietet die Möglichkeit bestimmte Verluste bei der Steuerbemessung zu berücksichtigen. Geregelt ist der Verlustabzug an unterschiedlichen Stellen im Steuerrecht.¹⁰¹ Im Folgenden wird auf die Regelungen dazu im Einkommensteuergesetz, im Körperschaftsteuergesetz und im Umgründungssteuergesetz eingegangen.

Im Einkommensteuergesetz ist der Verlustabzug unter Sonderausgaben im § 18 Abs. 6 geregelt. Bei der Ermittlung des Einkommens sind Verluste als Sonderausgaben abzuziehen, wenn sie in einem vorangegangenen Jahr entstanden sind (Verlustabzug) und unter der Voraussetzung, dass diese durch ordnungsmäßige Buchführung ermittelt wurden und diese nicht bereits in vorangegangenen Jahren abgezogen wurden. Sonderausgaben gemäß dem Einkommensteuergesetz sind den Betriebsausgaben und Werbungskosten nachrangig zu behandeln. Der Begriff der Sonderausgaben wird im EStG nicht dezidiert definiert, vielmehr erfolgt eine Aufzählung von Merkmalen, so wie etwa auch im Abs. 6 der Verlustabzug.¹⁰²

Das Einkommensteuerrecht ist prinzipiengetragen und diese Prinzipien spielen bei der Anwendung sowie bei der Auslegung des Gesetzes eine große Rolle. Im Folgenden wird ein kurzer Überblick über die wichtigsten Prinzipien des Einkommenssteuergesetzes gegeben. Die Prinzipien gehen aus verfassungsrechtlichen Vorgaben und aus dem EStG selbst hervor.¹⁰³

Das Leistungsfähigkeitsprinzip leitet sich aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben ab und stellt das fundamentalste Prinzip dar und ist auch die Grundlage des Nettoprinzips. Es besagt, dass nur das verfügbare Einkommen zur Bemessung der Steuerlast herangezogen werden kann.¹⁰⁴

¹⁰¹ Vgl. *Kautsky*, Verlustabzug und Gesamtrechtsnachfolge, Dissertation, 2010, 26.

¹⁰² Vgl. *Urnig et. al.*, in *Bertl et. al.*, Handbuch der österreichischen Steuerlehre Band I, Teil 1: Theorie und Methoden, Steuerarten und Abgabenverfahren⁴ (2015) Sonderausgaben insbesondere Mantelkauf (§ 8 Abs. 4 KStG)

¹⁰³ Vgl. *Holzinger*, Praxis: Einkommensteuer – Allgemeines (Stand 11.4.2019, Lexis Briefings in lexis360.at).

¹⁰⁴ Vgl. *Holzinger*, Einkommensteuer.

Das Nettoprinzip besagt, dass nicht die Bruttoeinnahmen der Besteuerung unterliegen, sondern lediglich der Saldo aus Einnahmen und Ausgaben. Es wird zwischen dem objektiven und dem subjektiven Nettoprinzip unterschieden – wobei beim objektiven Nettoprinzip Betriebsausgaben und Werbungskosten abgezogen werden, während beim subjektiven Nettoprinzip auch nicht vermeidbare Privatausgaben abziehbar sind.¹⁰⁵ Der Verlustabzug stellt jedoch keine privaten Ausgaben dar, nach hA stellt er eine Ergänzung zur Gewinnermittlung und zum Nettoprinzip dar.¹⁰⁶

Im Zusammenhang mit Umgründungen bzw Spaltung spielt auch das Prinzip der Einmalerfassung eine wichtige Rolle. Es geht aus § 18 Abs. 6 EStG bereits hervor, dass Verluste nur dann abzugsfähig sind, wenn diese nicht bereits in vorangegangenen Jahren abgezogen wurden.¹⁰⁷

Ein weiteres Prinzip ist das Universalitätsprinzip. Dieses bezieht sich auf den Umfang des Steueranspruches und auf das Steuergut. Es wird zwischen sachlicher Universalität und persönlicher Universalität unterschieden. Persönliche Universalität umfasst das Steuersubjekt, in Österreich sind das alle natürlichen Personen, welche ein Einkommen beziehen, die sachliche Universalität bezieht sich auf den Einkommensbegriff, welcher in Österreich sehr weit gefasst ist, das gesamte Einkommen (Welteinkommen) des Steuersubjektes.¹⁰⁸

Im Körperschaftsteuergesetz ist der Verlustabzug im § 8 Abs. 4 Z 2 geregelt. Dort sieht das Körperschaftsteuergesetz jedoch eine Vortragegrenze vor. Demnach sind vortragsfähige Verluste im Sinne des § 18 Abs. 6 EStG nur im Ausmaß von 75 % des Gesamtbetrages der Einkünfte als Sonderausgaben abzuziehen. Zudem sieht das KStG vor, dass bei Vorlage eines Mantelkaufatbestands ein Verlustabzug nicht zusteht.

¹⁰⁵ Vgl *Holzinger*, Einkommensteuer.

¹⁰⁶ Vgl *Bergmann/Pinetz*, Zur Reihenfolge der steuerlichen Verlustverwertung, GES 2017, 158.

¹⁰⁷ Vgl *Baiser*, Steuern, Ein systematischer Grundriss¹² (2014) RZ 13.

¹⁰⁸ Vgl *Holzinger*, Einkommensteuer.

4.2.1.1 Mantelkauf

Ein Mantelkauf wird vom Einkommensteuergesetz wie folgt definiert:

Der Verlustabzug steht ab jenem Zeitpunkt nicht mehr zu, ab dem die Identität des Steuerpflichtigen infolge einer wesentlichen Änderung der organisatorischen und wirtschaftlichen Struktur im Zusammenhang mit einer wesentlichen Änderung der Gesellschafterstruktur auf entgeltlicher Grundlage nach dem Gesamtbild der Verhältnisse wirtschaftlich nicht mehr gegeben ist (Mantelkauf).

Folgende beiden Änderungen führen somit zu keiner Abzugsfähigkeit des Verlustabzugs:

- Wesentliche Änderung der organisatorischen und wirtschaftlichen Struktur
- Wesentliche Änderung der Gesellschafterstruktur auf entgeltlicher Grundlage

Eine wesentliche Änderung der organisatorischen Struktur liegt etwa dann vor, wenn der Großteil der Gesellschafter oder gar alle Gesellschafter ihre Anteile verkaufen und damit auch eine Änderung der Gesellschafterstruktur bewirkt wird. Ein weiterer Fall ist der des klassischen Falles eines Mantelkaufs mit dem Hintergrund Steuern zu umgehen. Es wird bloß der Mantel bzw die Hülle einer Gesellschaft erworben, die bereits ihre wirtschaftliche Tätigkeit eingestellt hat, jedoch Verlustvorträge besitzt.¹⁰⁹ Der Mantelkauf wird auch im Umgründungssteuergesetz geregelt, der Tatbestand eines Mantelkaufs ist somit auch bei Umgründungen zu beachten. Geregelt ist er in § 4 UmgrStG und somit ist er mittelbar auch bei Spaltungen von Bedeutung.

4.2.1.2 Verlustabzug, Verlustvortrag & Verlustausgleich

Die Begriffe Verlustabzug und Verlustvortrag werden oft synonym verwendet, wobei der Begriff Verlustabzug häufig im Steuerrecht und der Begriff Verlustvortrag im Unternehmensrecht verwendet wird.¹¹⁰ Inhaltlich besagen aber beide Begriffe, dass eingetretene Verluste im Folgejahr, unter bestimmten Voraussetzungen, abgezogen

¹⁰⁹ Vgl *Kofler et.al in Bertl et. al*, Handbuch der österreichischen Steuerlehre¹, Theorie und Methoden, Steuerarten und Abgabenverfahren⁴ (2015) Sonderausgaben, insbesondere Mantelkauf (§ 8 Abs. 4 KStG) 488.

¹¹⁰ Vgl *Renner in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn* (Hrsg), Kommentar zum EStG Verlustabzug (Abs. 6 und 7) 131.

werden können bzw mitgenommen werden können, daher Vortrag. Der Verlustvortrag ist so schnell wie möglich abzuziehen und daher Abzug.¹¹¹

Im Gegensatz dazu ist der Verlustausgleich die Aufrechnung der positiven Einkünfte einer Einkunftsart mit den negativen Einkünften derselben Einkunftsart.¹¹² Wie der Verlustabzug ist auch der Verlustausgleich im EStG und im KStG geregelt. Im EStG wird im § 2 Abs. 2 der Begriff des Einkommens definiert – Einkommen ist der Gesamtbetrag der Einkünfte aus den im Gesetz aufgezählten Einkunftsarten nach Ausgleich mit Verlusten, die sich aus den einzelnen Einkunftsarten ergeben, sowie nach abzug von Sonderausgaben (§ 18 EStG), außergewöhnlichen Belastungen (§§ 34 und 35 EStG) und Freibeträge nach den (§§ 104, 105 EStG).

Bei der Ermittlung des Einkommens, welches dann in weiterer Folge zur Steuerbemessungsgrundlage dient, ist demnach ein Ausgleich mit Verlusten vorzunehmen. Es bestehen freilich Beschränkungen. Die Verrechnung erfolgt anhand einer Reihenfolge. Zuerst werden innerbetriebliche Verluste ausgeglichen. Danach werden horizontale Verluste und zuletzt vertikale Verluste ausgeglichen.¹¹³

Der entscheidende Unterschied liegt darin, dass beim Verlustausgleich Einkünfte und Verluste desselben Jahres verrechnet werden. Beim Verlustabzug bzw -vortrag hingegen werden die Verluste, welche nicht mit genügend Einkünften verrechnet werden können, in die Folgejahre vorgetragen bzw in den Folgejahren abgezogen.¹¹⁴

Laut § 4 Z. 2 UmgrStG ist ein Abzug von Verlusten bei Vorliegen eines Mantelkaufs nicht möglich. Ein solcher Mantelkauf liegt wie schon zuvor erläutert dann vor, wenn die wesentlichen Änderungen der Struktur zu einem Teil bei der übertragenden und zum anderen Teil bei der übernehmenden Körperschaft erfolgen.

¹¹¹ Vgl *Bieber/Tratlehner*, Verlustvortrag(-abzug) (Stand 28.8.2019, Lexis Briefings in lexis360.at).

¹¹² Vgl *Bieber/Tratlehner*, Verlustvortrag.

¹¹³ Vgl *Bieber/Tratlehner*, Verlustvortrag.

¹¹⁴ Vgl BMF, abrufbar unter: <https://www.bmf.gv.at/steuern/selbststaendige-unternehmer/einkommensteuer/est-verlustverwertung.html> (zuletzt abgerufen am 16.10.2019).

4.2.2 Verlustabzug im Umgründungssteuergesetz

Die Regelungen zum Verlustabzug im UmgrStG sind in §§ 4, 10, 21 und 35 geregelt. Oft verweisen diese Regelungen auch auf die Regelungen des Einkommensteuergesetzes (EStG) und Körperschaftsteuergesetz (KStG).

Somit sind die folgenden gesetzliche Regelungen für den Verlustabzug bei Umgründungen von Bedeutung:

- § 4 UmgrStG (Verschmelzung)
- § 10 UmgrStG (Umwandlung)
- § 21 UmgrStG (Einbringung)
- § 35 UmgrStG (Spaltung)

- **§ 4 UmgrStG**

Allgemein regelt der § 4 UmgrStG, was mit vortragsfähigen Verlusten der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft nach der Verschmelzung passiert. Diese Regelungen sind jedoch aufgrund von Verweisen im Gesetz auch auf Spaltungen anzuwenden.

Nach § 4 UmgrStG sind die Bestimmungen § 8 Abs. 4 Z 2 KStG anzuwenden. Zum einen regelt der § 4 UmgrStG die Voraussetzungen und den Zeitpunkt der Verluste der übertragenden Gesellschaft. Hier ist die erste wichtige Voraussetzung für den Verlustabzug die Buchwertfortführung.¹¹⁵ Demnach sind Verluste nur dann abzugsfähig, wenn sie den übertragenden Betrieben, Teilbetrieben oder nicht einem Betrieb zurechenbaren Vermögensteilen zurechenbar sind. Zudem müssen sie einerseits bis zum Verschmelzungs- bzw Spaltungstichtag entstanden sein und andererseits dürfen sie noch nicht verrechnet worden sein. Wichtig ist weiteres, dass das übertragende Vermögen auch wirklich am Verschmelzungs- bzw Spaltungstichtag vorhanden ist.

¹¹⁵ Vgl *Walter*, UmgrStR (2006) 51.

Im Zusammenhang mit den Verlusten der übernehmenden Gesellschaft gelten folgende Regelungen: die Verluste, welche bereits bis zum Stichtag entstanden sind und noch nicht verrechnet wurden, bleiben abzugsfähig unter der Voraussetzung, dass die Betriebe, Teilbetriebe etc. welche die Verluste verursacht haben zum Stichtag tatsächlich vorhanden sind.

Schließlich gilt es noch zu beachten, dass der Umfang der Betrieb, welche die Verluste verursacht haben, am Stichtag nicht wesentlich vermindert sein darf. Insbesondere nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse muss eine Vergleichbarkeit gegeben sein. Sollte eine Vergleichbarkeit nicht möglich sein, ist ein Verlustabzug ausgeschlossen. Dies gilt sowohl für Verluste der übernehmenden als auch für die der übertragenden Gesellschaft. Sind all diese Voraussetzungen erfüllt, kann der Verlust der übertragenden Gesellschaft als Sonderausgabe berücksichtigt werden.¹¹⁶

- **§ 10 UmgrStG (Umwandlung)**

Für die Umwandlung gilt § 10 des Umgründungssteuergesetzes. Auch § 10 UmgrStG regelt die notwendigen Voraussetzungen unter denen es möglich ist, dass ein Verlustabzug der übertragenden Gesellschaft auf einen Rechtsnachfolger übergehen kann. Mittels Verweisteknik wird außerdem auf die Regeln zur Verschmelzung Bezug genommen.¹¹⁷

Genau wie auch im § 4 UmgrStG ist auch im § 10 UmgrStG der § 8 Abs. 4 Z 2 des Körperschaftsteuergesetzes anzuwenden. Für die Verluste der übertragenden Gesellschaften wird dann weiteres auf § 4 Z 1 lit. a, c und d verwiesen.

Weiteres wird dann das Ausmaß der Abzugsberechtigung bestimmt. Übergehende Verluste sind nämlich nur in dem Ausmaß zuzurechnen, das der Höhe der Beteiligung an der umgewandelten Gesellschaft zum Stichtag bzw bei Eintragung in das Firmenbuch entspricht.¹¹⁸

¹¹⁶ Vgl Walter, UmgrStR (2006) Rz 52.

¹¹⁷ Vgl Wellinger in Wiesner/Hirschler/Mayr, Handbuch der Umgründungen zu § 10 UmgrStG 1.

¹¹⁸ Vgl Wellinger in Wiesner/Hirschler/Mayr, Handbuch 2.

Für bestimmte Rechtsnachfolger enthält § 10 UmgrStG jedoch Beschränkungen in Bezug auf das Ausmaß. Dieses verringert sich um Anteile, die im Wege der Einzelrechtsnachfolge erworben worden sind – mit bestimmten Ausnahmen wie zB Erwerbe wegen Todes.¹¹⁹

In Bezug auf eigene Verluste der übernehmenden Körperschaft, sowie auch für den Mantelkaufatbestand wird wiederum auf die Regelungen zur Verschmelzung - § 4 UmgrStG verwiesen.

- **§ 21 UmgrStG (Einbringung)**

Die Bestimmungen zum Verlustabzug bei Einbringungen sind im § 21 UmgrStG geregelt. Dieser besagt, dass die Bestimmungen des § 18 Abs. 6 und 7 des EStG und § 8 Abs. 4 Z 2 Des KStG anzuwenden sind. Auch hier ist der Verlustabzug unter denselben Voraussetzungen gegeben.

Der Verlustabzug steht grundsätzlich nur dem Steuerpflichtigen zu, der den Verlust erwirtschaftet hat. Daher steht es zB dem Erwerber eines Betriebes nicht zu, die vom Vorgänger erwirtschafteten Verluste geltend zu machen. Die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz sind Betriebsübertragungen im Rahmen einer Gesamtrechtsnachfolge.¹²⁰ Da es sich im Gegensatz zur Verschmelzung, Spaltung oder Umwandlung bei der Einbringung um eine Übertragung durch Einzelrechtsnachfolge handelt, würde nach dem allgemeinen Regeln des Steuerrechts der vom Einbringenden erwirtschaftete Verlust nicht auf die übernehmende Körperschaft übergehen. Diese Folgen des allgemeinen Steuerrechts werden jedoch durch § 21 UmgrStG verdrängt.¹²¹

Verluste des Einbringenden (der sich spaltenden Gesellschaft), die bis zum Einbringungsstichtag (Spaltungsstichtag) entstanden sind und noch nicht verrechnet wurden, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen (§ 21 Z 1 UmgrStG):

¹¹⁹ Vgl *Wellinger* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, Handbuch 2.

¹²⁰ *Walter*, UmgrStR (2006) Rz 521.

¹²¹ *Walter*, UmgrStR (2006) Rz 522.

- a) Die Einbringung (Spaltung) erfolgt unter Fortführung des Buchwerts.
- b) Die Verluste sind dem übertragenden Vermögen zuzurechnen.
- c) Das übertragende Vermögen ist im Zeitpunkt des Einbringungstichtages (Spaltungstichtages) mit dem Vermögen im Zeitpunkt der Verlustentstehung vergleichbar.
- d) Die Beschränkung bezüglich verbundener Unternehmer greift nicht.

ad a) Der Verlustabzug der übertragenden Körperschaft geht nur insoweit über, als in der Spaltungsbilanz für das übertragende Vermögen die Buchwerte angesetzt werden. Ansatz der Buchwerte bedeutet, dass in der Schlussbilanz jene Werte anzusetzen sind, die sich nach den steuerrechtlichen Vorschriften über die Gewinnermittlung ergeben. Eine Aufdeckung stiller Reserven hat zu unterbleiben.¹²² Der bei der übertragenden Körperschaft vorhandene Verlustabzug ist mit dem durch die Aufwertung entstandenen Aufwertungsgewinn zu verrechnen. Ein darüber noch verbleibender Verlustabzug, somit Verluste, die nicht auf die übernehmende Körperschaft übergehen, bleibt bei der Einbringenden (sich spaltenden Körperschaft). Bei der Verschmelzung hingegen geht dieser verloren.

ad b) Auch bei der Buchwertfortführung gehen vorhandene Verlustabzüge der übertragenden Körperschaft nur dann über, wenn die noch nicht verrechneten Verluste dem übertragenen Vermögen zugerechnet werden können. Man spricht hier vom sog. „objektbezogenen Verlustabzugsübergang“.¹²³ Das bedeutet, dass eine Übertragung des Verlustabzuges dann nicht in Betracht kommt, wenn das verlustbringenden Vermögen am Spaltungstichtag nicht mehr vorhanden ist.

ad c) Hinsichtlich der Vergleichbarkeit des übertragenen Vermögens ist vor allem auf die quantitativen Merkmale wie den Umsatz, das Auftrags- und Produktionsvolumen, das Anlagevermögen, die Anlageintensität, das Umlaufvermögen, die Bilanzsumme und die Beschäftigtenzahl abzustellen.¹²⁴

ad d) Aufgrund des Verweises des § 35 UmgrStG auf § 21 UmgrStG ist das Verbot der doppelten Verlustverwertung gemäß § 4 Z 1 lit d. UmgrStG sinngemäß auf

¹²² *Walter*, UmgrStR (2006) Rz 55.

¹²³ VwGH, Ro 2016/15/0010.

¹²⁴ *Walter*, UmgrStR (2006) Rz 115.

Spaltungen zwischen gesellschaftlich in vertikaler Struktur verbundenen Körperschaften anzuwenden. Das Verbot der Doppelverlustverwertung verhindert in seiner Zielsetzung ein mehrfaches Geltendmachen von Verlusten in den Fällen des Zusammenfalls von verlustverursachenden Vermögen einer Tochter- oder Enkelgesellschaft.¹²⁵ Somit kommt die Beschränkung bei verbundenen Körperschaften bei der Spaltung nur dann zur Anwendung, wenn durch die Spaltung eine doppelte Verlustverwertung eintreten würde.¹²⁶

Nach den allgemeinen Regelungen des Steuerrechts würde der Verlustabzug der übernehmenden Gesellschaft nicht beschränkt werden. Ziffer 2 des § 21 UmgrStG beinhaltet jedoch auch Beschränkungen hinsichtlich des Verlustabzuges der übernehmenden Körperschaft, weil dort auf § 4 Z 1 lit b, c und d UmgrStG verwiesen wird. Demnach bleiben noch nicht verrechnete Verlustabzüge der übernehmenden Körperschaft – bei einer Spaltung die bereits bestehenden oder neu gegründete Gesellschaft – insoweit bestehen, als das verlustbringende Vermögen am Spaltungsstichtag noch vorhanden ist und das verlustbringende Vermögen im Zeitpunkt des Spaltungsstichtag mit dem Vermögen im Zeitpunkt der Verlustentstehung vergleichbar ist.¹²⁷

- **§ 35 UmgrStG (Spaltung)**

Der für Spaltungen geltende § 35 UmgrStG besagt, dass § 8 Abs. 4 Z 2 des KStG anwendbar ist, und zwar nach Maßgabe des § 21 UmgrStG. Somit sieht das UmgrStG hinsichtlich des Verlustabzuges der spaltenden Körperschaft und der Nachfolgekörperschaft die Bestimmungen zur Einbringung vor (§§ 35, 21, 10, 4 UmgrStG).

¹²⁵ vgl. Walter, UmgrStR 2002 Rz 1720ff.

¹²⁶ Walter, UmgrStR (2006), Rz 895.

¹²⁷ Walter, UmgrStR (2006), Rz 526.

4.2.3 VwGH Ro 2016/15/0010

Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) hat in seinem Erkenntnis - Ro 2016/15/0010, die Verlustzuordnung bei Abspaltungen von mehreren Tankstellen Teilbetrieben nach Art VI UmgrStG beurteilt.

In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof entschieden, dass der erzielte Gesamtverlust jenes Jahres, in welches der Spaltungstichtag fällt, für Zwecke des Verlustvortrages in nachfolgenden Veranlagungsjahren gemäß der Spezialregelung des § 35 UmgrStG iVm § 21 UmgrStG entsprechend dem Verursachungszusammenhang auf die verbliebenen und auf die (im Wege der Spaltung) übergegangenen Teilbetriebe aufzuteilen sei, wenn im Wege einer Spaltung Teilbetriebe auf eine neu errichtete GmbH übertragen werden. Weiteres stellte das Höchstgericht fest, dass eine willkürliche Zuordnung von Verlustbeträgen zum abgespaltenen bzw zum verbleibenden Vermögen einen Widerspruch zu den Grundsätzen des zwingenden objektbezogenen Verlustvortragsübergangs iSd § 21 Z 1 UmgrStG darstellt.¹²⁸

Der Sachverhalt ist wie folgt:¹²⁹

Die X GmbH betrieb einige Tankstellen, die als Teilbetriebe anzusehen waren. Manche dieser Teilbetriebe erzielten Gewinne, andere hingegen Verluste. Der Jahresverlust 2007 der X GmbH betrug ca 3,6 Mio €.

Zum 31. 12. 2007 wurden von der X GmbH im Rahmen einer Spaltung (Art VI UmgrStG) 11 Tankstellen (Teilbetriebe) auf die neu errichtete R GmbH übertragen. Die bei der X GmbH verbleibenden Teile wurden auf die D GmbH verschmolzen. Die D GmbH ist die Gesamtrechtsnachfolgerin der X GmbH.

Während die X GmbH (bzw D GmbH als Rechtsnachfolgerin) der Ansicht war, dass der gesamte Jahresverlust des mit dem Spaltungstichtag endenden Wirtschaftsjahres 2007 von ca 3,6 Mio € bei ihr, also der X-GmbH, verbliebe (als

¹²⁸ Vgl Zorn, VwGH zum Verlustübergang bei Spaltungen nach Art VI UmgrStG, RdW 2018/558.

¹²⁹ Vgl VwGH 13.09.2018, Ro 2016/15/0010.

Verlustvortrag für die Folgejahre), entschied das Finanzamt per Körperschaftsteuerbescheid, dass der Verlust 2007 mit der Abspaltung anteilig (mit einem Betrag von ca 670.000 €) auf die R-GmbH übergegangen sei. Mehrere der elf Tankstellen mussten nämlich im Jahr 2007 Verluste ausweisen. Im Körperschaftsteuerbescheid 2007 wurde daher der Ausweis eines Teiles des Jahresverlustes 2007 (von ca 3,6 Mio €) für nicht zulässig erklärt.

Die X GmbH bzw die D GmbH bekämpfte den Körperschaftsteuerbescheid 2007. Sie war der Auffassung, dass die im Spaltungsjahr 2007 erzielten Verluste jener Tankstellen, die im Wege einer Spaltung auf die R-GmbH übergegangen waren, im Rahmen des innerbetrieblichen Verlustausgleichs vorrangig mit den Gewinnen der bei der X GmbH verbliebenen Tankstellen zu verrechnen seien. Als Konsequenz daraus folge, dass kein Teil des Jahresverlustes als Verlustvortrag auf die R-GmbH übergehe.¹³⁰

Das BFG Bundesfinanzgericht (BFG) gab dem Rechtsmittel der X GmbH Folge und stellte im Körperschaftsteuerbescheid 2007 wiederum den vollen Jahresverlust 2007 fest. Zuerst ergebe sich nach Ansicht des BFG die Einkommensermittlung aus § 2 Abs. 2 EStG 1988 und den ergänzenden Regelungen des § 7 Abs. 2 und 3 KStG 1988 und der Einkommensbegriff des EStG 1988 zumindest insoweit auch für Körperschaften gelte, als bei diesen ein innerbetrieblicher Verlustausgleich durchzuführen sei. Weiteres, sei beim innerbetrieblichen Verlustausgleich keine Reihenfolge vorgesehen bzw zwingend. Die X GmbH habe jene Verluste, die den per 31. 12. 2007 auf die R GmbH abgespaltenen Tankstellen zuzurechnen seien, im Rahmen ihres freien Wahlrechts vorrangig im Wege eines innerbetrieblichen Verlustausgleiches mit Gewinnen einiger der ihr verbliebenen Tankstellen (Teilbetriebe) ausgeglichen, weshalb der Beschwerde Folge zu geben sei, sodass im (an die Rechtsnachfolgerin der X GmbH ergehenden) Körperschaftsteuerbescheid 2007 der gesamte Jahresverlust von 3,632.188,29 € auszuweisen sei.¹³¹

¹³⁰ Vgl VwGH 13.09.2018, Ro 2016/15/0010.

¹³¹ Vgl *Ambrosch/Wild*, VwGH: Keine willkürliche Zuordnung und Verrechnung von Verlusten bei Spaltungen gemäß Art VI UmgrStG, RWZ 2018/74.

Das Finanzamt erhob ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof. Der VwGH bestätigte zwar die Ansicht des Finanzamtes zur Verlustverrechnung als richtig, wies die Revision aber dennoch ab.¹³²

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs ordne § 21 Z 1 UmgrStG einen zwingenden objektbezogenen Verlustvortragsübergang auf die übernehmende Körperschaft mit Wirkung ab dem Einbringungsstichtag folgenden Veranlagungszeitraum an.¹³³

§ 21 UmgrStG stellt damit eine Ausnahme vom allgemeinen Steuerrecht dar, nach dem der Verlustabzug grundsätzlich nur dem Steuerpflichtigen zusteht, der den Verlust erwirtschaftet habe.¹³⁴

Die X GmbH habe daher zutreffend aufgezeigt, dass für die Berechnung der Körperschaftsteuer der X GmbH für das Jahr 2007 im Rahmen der Körperschaftsteuerveranlagung 2007 zur Ermittlung des steuerpflichtigen Einkommens ein innerbetrieblicher Verlustausgleich vorzunehmen sei, bei dem es zu einem Ausgleich der positiven und negativen Ertragskomponenten des Betriebes der GmbH komme. Ein solcher Ausgleich sei vom Finanzamt vorgenommen worden und habe dazu geführt, dass - aufgrund eines steuerlichen Jahresverlustes 2007 von 3,632.188,29 € - die Körperschaftsteuer 2007 null Euro betrage.¹³⁵

Die andere Frage, mit der sich der VwGH in diesem Erkenntnis auseinandersetzte, war, von wem dieser Jahresverlust - in Anbetracht der zum Ablauf des 31. Dezember 2007 vorgenommenen Spaltung der X GmbH - in den Folgejahren als Verlustvortrag iSd § 8 Abs. 4 KStG 1988 geltend gemacht werden könne. Die Spezialregelung des § 35 UmgrStG iVm § 21 UmgrStG sehe diesen Übergang des Verlustvortragsrechts vor. Diese Spezialregelung kenne kein Wahlrecht, sondern stelle darauf ab, ob die Verluste dem abgespaltenen Vermögen (Teilbetrieb) zuzuordnen seien oder nicht (objektbezogener Verlustvortragsübergang).¹³⁶

¹³² Vgl VwGH 13.09.2018, Ro 2016/15/0010.

¹³³ Vgl VwGH 13.09.2018, Ro 2016/15/0010.

¹³⁴ Vgl VwGH 13.09.2018, Ro 2016/15/0010.

¹³⁵ Vgl VwGH 13.09.2018, Ro 2016/15/0010.

¹³⁶ Vgl *Bleyer*, ÖStZB 2018/296.

Weiteres führte der VwGH aus, dass nach § 21 Z 1 UmgrStG alle bis zum Einbringungsstichtag entstandenen und dem eingebrachten Vermögen zuzurechnenden Verluste, die bis zum Veranlagungszeitraum, in den der Einbringungsstichtag fällt, noch nicht verrechnet werden konnten, auf die übernehmende Körperschaft übergehe. Dabei gelten Verluste als ‚verrechnet‘, wenn sie zur Minderung des Einkommens iSd § 7 Abs. 2 KStG 1988 geführt haben. Auf den Gesamtbetrag der ‚nicht verrechneten‘ Verluste, im gegenständlichen Fall den Betrag von 3,632.188,29 €, finde die Spezialregelung des objektbezogenen Verlustvortrages nach § 35 UmgrStG iVm § 21 UmgrStG Anwendung.¹³⁷

Um in Bezug auf den Verlust des Jahres, in welches der Spaltungsstichtag fällt, einen objektbezogenen Verlustvortragsübergang zu gewährleisten, ist der Gesamtbetrag des nicht verrechneten Verlustes (also das negative Jahreseinkommen der GmbH) jenem Vermögen zuzurechnen, durch das er verursacht wurde. Eine willkürliche Zuordnung von Verlustbeträgen zum abgespaltenen bzw zum verbleibenden Vermögen sei ein Widerspruch zu den Grundsätzen des objektbezogenen Verlustvortragsübergangs. In gleicher Weise sei eine willkürliche (sei es eine vorrangige, sei es eine nachrangige) Verrechnung von dem abgespaltenen Vermögen (Teilbetrieben) zuzurechnenden laufenden Verlusten mit laufenden Gewinnen des zurückbehaltenen Vermögens (Teilbetriebe) gesetzlich nicht geregelt. Der Spezialregelung des § 35 UmgrStG werde nur durch eine objektbezogene Zuordnung entsprochen.¹³⁸

Abschließend stellte der VwGH klar, dass die X GmbH im Jahr 2007 einen Gesamtverlust von 3,632.188,29 € erzielt habe, der für Zwecke des Verlustvortrages in nachfolgenden Veranlagungsjahren gemäß § 35 UmgrStG iVm § 21 UmgrStG entsprechend dem Verursachungszusammenhang auf die bei der X GmbH verbliebenen und auf die im Wege einer Spaltung auf die R GmbH übergegangenen Tankstellen aufzuteilen sei.¹³⁹

Der Verwaltungsgerichtshof wies die ordentliche Revision des Finanzamtes dennoch ab, weil mit dem Spruch nicht normativ über die Höhe der Verlustvorträge

¹³⁷ Vgl Zorn, RdW 2018/558.

¹³⁸ Vgl VwGH 13.09.2018, Ro 2016/15/0010.

¹³⁹ Vgl VwGH 13.09.2018, Ro 2016/15/0010.

abgesprochen wurde, die bei der X-GmbH verbleiben und somit der Spruch des angefochtenen Erkenntnisses des BFG nicht als rechtswidrig anzusehen sei.¹⁴⁰

4.3 Gläubigerschutz bei der Spaltung – zweigeteiltes

Gläubigerschutzkonzept

Eine Spaltung kann für alle Arten von Gläubiger verschiedene Risiken mit sich bringen. Im Zentrum dieses Kapitels steht daher der Schutz dieser Gläubiger. Das nationale Recht differenziert ganz generell zwischen dem Schutz von Aktionären und dem Schutz von Gläubigern. Bei den Schutzbestimmungen der Gläubiger wird dann vom nationalen Gesetzgeber erneut differenziert. In Anlehnung an die europarechtlichen Vorgaben sieht das österreichische Spaltungsgesetz ein zweigeteiltes Regelungsmodell vor.¹⁴¹

Die Regelungen zum Gläubigerschutz bei der Spaltung sind im Artikel 12 und Artikel 13 der Spaltungsrichtlinie (82/891/EWG) zu finden. Die Bestimmungen des Artikel 12 Spaltungsrichtlinie dienen dem allgemeinen Gläubigerschutz. Artikel 13 gewährt zudem noch weiteren, besonderen Schutz für Inhaber von Sonderrechten. Die Regelungen zum allgemeinen Gläubigerschutz sind in § 15 Abs. 1 – 4 SpaltG enthalten. § 15 Abs. 5 SpaltG enthält die besonderen Schutzbestimmungen für Sonderrechtsinhaber.¹⁴² Das Spaltungsgesetz enthält jedoch darüber hinaus noch weitere Bestimmungen, die dem Schutz von Gläubigern dienen.

4.3.1 Allgemeiner Gläubigerschutz bei der Spaltung

Eine Kapitalgesellschaft haftet für all ihre Verbindlichkeiten mit dem Gesellschaftsvermögen. Der Schutz dieses Vermögens steht daher im Zentrum der Gläubigerinteressen. Durch den Kapitalschutz soll sichergestellt werden, dass sämtliche Forderungen der Gläubiger auch nach einer Spaltung gestillt werden können. Die beiden Säulen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung spielen dabei eine wichtige Rolle. Bei der Aufbringung des Kapitals geht es in erster Linie um die Aufbringung von Grund- bzw Stammkapital in erforderlicher Menge, während es bei

¹⁴⁰ Vgl VwGH 13.09.2018, Ro 2016/15/0010.

¹⁴¹ Vgl *Zollner/Simonishvili*, Verwässerungsrecht im Verschmelzungsrecht, GesRZ 2013, 182.

¹⁴² *Told*, GES 2017, 64.

der Erhaltung darum geht, dass dieses Vermögen nicht wahllos an die Gesellschafter zurückfließt.¹⁴³

Eine Zustimmung von dritten Vertragspartnern ist bei der Spaltung nicht erforderlich. Durch die Spaltung kommt es bei der übertragenden Gesellschaft jedoch zu einer Verringerung des Gesellschaftsvermögens. Zudem besteht das Risiko, dass die übernehmende Gesellschaft eine geringere Zahlungsfähigkeit aufweist. Der Schutz Dritter und insbesondere der Schutz von Gläubigern spielt daher im Zusammenhang mit Spaltungen eine wichtige Rolle. Das Spaltungsgesetz enthält daher einige Regelungen den Gläubigerschutz betreffend.¹⁴⁴

Für alle Arten der Spaltung gilt:

- Spaltungsprüfung
- § 15 SpaltG – Schutz der Gläubiger
- Verbot der Einlagenrückgewähr

Für die Spaltung zur Neugründung gilt:

- Summengrundsatz
- Gründungsprüfung

Für die Spaltung zur Aufnahme gilt:

- Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung

Für die Abspaltung gilt zudem:

- Restvermögensprüfung¹⁴⁵

¹⁴³ Vgl. *Napokoj* in *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, Hdb. AG 1043.

¹⁴⁴ Vgl. *Napokoj*, Hdb. Spaltung 205.

¹⁴⁵ Vgl. *Napokoj*, Hdb. Spaltung 202.

4.3.1.1 Spaltungsprüfung

Das Spaltungsgesetz sieht im § 5 die Prüfung der Spaltung vor. Die Prüfung hat durch einen Spaltungsprüfer zu erfolgen. Dabei handelt es sich um einen externen Wirtschaftsprüfer oder eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Seine Aufgabe ist es, festzustellen, dass die Vermögensübertragung angemessen ist. Zu prüfen hat er den Spaltungsplan sowie den Spaltungs- bzw. Übernahmevertrag, welcher auf Richtigkeit und Vollständigkeit zu prüfen ist. Besonderes Augenmerk ist auf Umtauschverhältnis und Barabfindung zu legen.¹⁴⁶

Auf die Spaltungsprüfung kann nur dann verzichtet werden, wenn alle Anteilsinhaber darauf verzichten. Dies hat in der Haupt- oder Generalversammlung, schriftlich und in notariell beglaubigter Form zu geschehen. Bei der verhältnismäßigen Spaltung ist die Prüfung nicht erst notwendig. Der Prüfbericht ist einen Monat vor dem Tag der Beschlussfassung zur Spaltung offenzulegen und somit den Gläubigern zugänglich.¹⁴⁷

4.3.1.2 § 15 Spaltungsgesetz – Schutz der Gläubiger

Um den Schutz von Gläubigern zu gewähren wurden die Bestimmungen der Spaltungsrichtlinie im § 15 SpaltG umgesetzt. Artikel 12 der Spaltungsrichtlinie fordert die Errichtung eines angemessenen Schutzsystems für die Interessen von Gläubigern, welche von der Spaltung betroffen sind. Als davon betroffen gelten jene Gläubiger, die vor Bekanntmachung offene, noch nicht fällige Forderungen gegenüber den an der Spaltung beteiligten Gesellschaften haben. Es soll den Gläubigern zumindest angemessene Garantien eingeräumt werden. Des Weiteren fordert Artikel 12, dass die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften als Gesamtschuldner haften – eine Beschränkung auf das zugeteilte Nettoaktivvermögen ist jedoch möglich.

Somit haften alle an der Spaltung beteiligten Gesellschaften für sämtliche Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft, wenn bis zur Eintragung begründet, gesamtschuldnerisch. Die Möglichkeit der Beschränkung auf das zugeordnete Nettoaktivvermögen für die übrigen beteiligten Gesellschaften wurde in Österreich umgesetzt.

¹⁴⁶ Vgl. Napokoj, Hdb. Spaltung 145.

¹⁴⁷ Vgl. Napokoj, Hdb. Spaltung 146.

Den Gläubigern ist zudem unter bestimmten Voraussetzungen Sicherheit zu leisten. § 15 Abs. 2 SpaltG sieht die Sicherstellung vor. Die beteiligten Gesellschaften haben den Gläubigern Sicherheiten zu leisten, wenn sie Befriedigung der Forderung nicht verlangen können und sie sich binnen 6 Monaten nach Veröffentlichung der Eintragung der Spaltung zu diesem Zweck melden. Gläubiger haben jedoch glaubhaft zu machen, dass ihre Forderung durch die Spaltung gefährdet wird. Dieser Anspruch richtet sich nicht nur an die Gesellschaft, welcher die Verbindlichkeit zugeordnet wurde, sondern an alle beteiligten Gesellschaften.¹⁴⁸

Auch beim Sicherstellungsanspruch haften alle Gesellschaften gesamtschuldnerisch, was aus Abs. 3 hervorgeht. Außerdem ist die Haftung auch betraglich nicht beschränkt. Eine Ausnahme vom Recht der Sicherheitsleistung stellen laut Abs. 4 solche Gläubiger dar, denen in einem Insolvenzverfahren ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichteten und behördlich überwachten Deckungsmasse haben.

Schließlich enthält Absatz 5 die Bestimmungen für die Inhaber von Sonderrechten und damit die Umsetzung von Artikel 13 der Spaltungsrichtlinie.

Es ist noch wichtig zu erwähnen, dass der Schutz der Gläubiger nach § 15 SpaltG Abs. 1 – 4 lediglich jenen Gläubigern der übertragenden Gesellschaft zusteht, nicht aber den Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft.¹⁴⁹

4.3.1.3 Verbot der Einlagenrückgewähr

Der Grundsatz der Kapitalerhaltung soll einen unkontrollierten Abgang von Gesellschaftervermögen an die Gesellschafter verhindern.¹⁵⁰ Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist sowohl im Aktiengesetz (AktG), als auch im Gesetz über Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG) geregelt. Die Kernaussage beider Paragraphen (§ 82 GmbHG und § 52 AktG) ist im Grunde gleich. Die Gesellschafter

¹⁴⁸ Vgl. Napokoj, Hdb. Spaltung 213.

¹⁴⁹ Vgl. Napokoj, Hdb. Spaltung 216.

¹⁵⁰ Vgl. Napokoj in Gratzl/Hausmaninger/Justich, Hdb. AG 1043.

können ihre Einlage nicht zurückfordern und haben lediglich Anspruch auf den Bilanzgewinn, wenn dieser nicht von der Verteilung ausgeschlossen ist.

Obwohl der Vorgang der Spaltung an sich das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht berührt, ist es dennoch zu prüfen. In einigen Fällen spielt es sogar eine besonders wichtige Rolle, weil – wie bereits erwähnt – die Bestimmungen zum Gläubigerschutz nach § 15 SpaltG nur den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft zur Verfügung stehen. Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist jedoch ein Schutzkonzept, welches allen Gläubigern dient.¹⁵¹ Wie bereits anfangs aufgezeigt, stellen die up-stream und die downstream Abspaltung eine Verschmelzung dar. In diesen Fällen spielt das Verbot der Einlagenrückgewähr eine große Rolle - die Spaltung darf nicht durchgeführt werden, wenn das an der Spaltung beteiligte Vermögen einen negativen Wert aufweist. Zudem problematisch ist es, wenn die Gesellschaft nach der Durchführung der Spaltung einen negativen Wert aufweist.¹⁵² Die Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ist grundsätzlich die Nichtigkeit. Jedoch enthält das SpaltG im § 14 Abs. 3 einen Bestandschutz, nachdem eine Rückabwicklung der Spaltung bei Mängeln auszuschließen ist. Die Lehre bejaht diesen Bestandschutz auch in Hinblick auf das Verbot der Einlagenrückgewähr.¹⁵³

4.3.1.4 Summengrundsatz

Bei der Spaltung zur Neugründung gilt zudem der Summengrundsatz. Dieser ist in § 3 Abs. 1 SpaltG geregelt.

§ 3 Abs. 1 SpaltG: Die Summe der Nennkapitalien der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften muß mindestens die Höhe des Nennkapitals der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung erreichen, die Summe der gebundenen Rücklagen der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften mindestens die Höhe der gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung. Gebundene Rücklagen dürfen auf die neuen Gesellschaften übertragen werden. Für solche Rücklagen gilt auch bei kleinen Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 229 Abs. 7 UGB.

¹⁵¹ Vgl. Napokoj in Gratzl/Hausmaninger/Justich, Hdb. AG 1045-1046.

¹⁵² Vgl. Napokoj in Gratzl/Hausmaninger/Justich, Hdb. AG 1046.

¹⁵³ Vgl. Napokoj in Gratzl/Hausmaninger/Justich, Hdb. AG 1046.

Dieser Grundsatz besagt, dass mindestens die Höhe des Nennkapitals der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung, auch nach der Spaltung als Summe der Nennkapitalien der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften erreicht werden muss.¹⁵⁴

Anzuwenden ist der Grundsatz auf die Spaltung zur Neugründung, insbesondere die Aufspaltung zur Neugründung. Bei der Abspaltung zu Neugründung darf aufgrund von Abs. 2. von dieser Regelung abgewichen werden, was eine Erleichterung darstellt. Der Summengrundsatz gilt allerdings nicht bei der Spaltung zur Aufnahme.¹⁵⁵ Die Erhaltung des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen zum Schutz der Gläubiger ist der Hauptzweck dieser Bestimmung.¹⁵⁶

4.3.1.5 Gründungsprüfung

Ein weiteres Schutzkonzept für Gläubiger stellt die Gründungsprüfung dar. Diese betrifft klarerweise ebenfalls nur die Spaltung zur Neugründung. Laut § 3 Abs. 3. SpaltG ist die übertragende Gesellschaft die Gründergesellschaft. Auf die neu gegründete Gesellschaft sind dann die für die Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften anzuwenden. Da die Spaltung nur für Kapitalgesellschaften möglich ist, kommen nur die beiden Rechtsformen Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Frage. Im § 3 Abs. 4 SpaltG ist außerdem bestimmt, dass zu prüfen ist, ob der tatsächliche Wert des verbleibenden Nettoaktivvermögens der übertragenden Gesellschaft wenigstens der Höhe ihres Nennkapitals zuzüglich gebundener Rücklagen nach Durchführung der Spaltung entspricht. Hier verweist das Gesetz aber darauf, dass die Gründungsprüfung nach den aktienrechtlichen Bestimmungen zu erfolgen hat. Der Inhalt der Gründungsprüfung richtet sich nach § 26 AktG, einerseits aufgrund des Verweises im SpaltG, andererseits auch aufgrund des Verweises im GmbHG (§ 6a Abs. 4 GmbHG).¹⁵⁷

Laut § 26 AktG zu prüfen ist:

¹⁵⁴ Vgl. *Strimitzer*, Abspaltung zur Aufnahme und Kapitalherabsetzung, RdW 2001/547.

¹⁵⁵ Vgl. *Strimitzer*, RdW 2001/547.

¹⁵⁶ Vgl. *Napokoj*, Hdb. Spaltung 202.

¹⁵⁷ Vgl. *Karollus*, Prüfungspflicht für die Eröffnungsbilanz bei der Spaltung zur Neugründung einer GmbH?, RdW 2009/793, 823.

- 1) Die Angaben der Gründer bezüglich Übernahme der Aktien, Einlagen auf das Grundkapital sowie Festsetzungen müssen richtig und vollständig sein.
- 2) Der Wert der Sacheinlagen oder Sachübernahmen muss den Wert der dafür zu gewährenden Aktien oder Leistungen erreichen.

Der Wert der Sacheinlage hat also den Ausgabebetrag der dafür gewährenden Anteile zu decken.¹⁵⁸

4.3.1.6 Restvermögensprüfung

Bei der Abspaltung hat darüber hinaus noch eine Restvermögensprüfung stattzufinden. § 3 Abs. 4 SpaltG sieht vor, dass das verbleibende Nettoaktivvermögen der übertragenden Gesellschaft nach Durchführung der Spaltung zu mindestens der Höhe ihres Nennkapitals inklusive gebundener Rücklagen entspricht.

4.3.1.7 Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung

Da der Summengrundsatz bei der Spaltung zur Aufnahme nicht anwendbar ist, sind bei Kapitalherabsetzung die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung einzuhalten. Dies ist geregelt in § 17 Z. 3 SpaltG. Wenn das Nennkapital der übertragenden Gesellschaft herabgesetzt wird, darf die Spaltung erst eingetragen werden, wenn die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung eingehalten worden sind. Die Vorschriften dazu sind unter §§ 175 ff AktG, sowie unter §§ 54 ff GmbHG zu finden. Somit sind die Vorschriften dieser Gesetze zur Kapitalherabsetzung anzuwenden. Diese beinhalten Regelungen zu Mehrheiten, Beschlussfassung und Zweck der Herabsetzung¹⁵⁹

Kommt es bei der Spaltung zu einer Erhöhung des Grund- bzw Stammkapitals, ist eine Kapitalerhöhungsprüfung notwendig. Da die Spaltung zur Aufnahme einer Verschmelzung in ihrer Art sehr ähnlich ist, sind die Bestimmungen zur Verschmelzung zur Aufnahme, insbesondere die Regelungen zur Erhöhung des Grundkapitals zur Durchführung der Verschmelzung anzuwenden. Diese sind in § 223 AktG geregelt. Ein Verzicht auf diese Prüfung ist unzulässig.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Vgl Karollus, RdW 2009/793, 823.

¹⁵⁹ Vgl Strimitzer, RdW 2001/547.

¹⁶⁰ Vgl Napokoj, Hdb. Spaltung 150.

4.4 Schutz von Sonderrechtsinhabern - § 15 Abs. 5 SpaltG

Der Begriff des Sonderrechtsinhabers wird weder vom europäischen noch vom österreichischen Gesetzgeber konkret definiert und geht zum Teil nur aus der bisherigen Judikatur hervor.¹⁶¹

§ 15 Abs. 5 SpaltG sieht vor, dass Inhabern von Schuldverschreibungen und Genussrechten gleichwertige Rechte zu gewähren sind oder die Änderung der Rechte oder das Recht selbst angemessen abzugelten sind. Abgesehen von der Zulässigkeit dieses dreiseitigen Gestaltungsrechts des Abs. 5 stellt sich die Frage, wann ein Gläubiger vom normalen Gläubigerschutz und wann ist ein Gläubiger als Sonderrechtsinhaber zu behandeln ist? Die entsprechenden Regelungen zum Gläubigerschutz in § 15 Abs. 1 - 4 SpaltG gelten jedenfalls für alle Gläubiger. Zusätzlich gibt es noch weitere Schutzbestimmungen für Sonderrechtsinhaber.¹⁶²

Ein „regulärer“ Gläubiger ist von einer Spaltung dahingehend betroffen, wenn sich im Zuge der Spaltung der Vertragspartner ändern könnte und sich dadurch die finanzielle Lage des Unternehmens verschlechtert. Geschützt werden sie, unter anderem, durch Sicherstellungsansprüche nach § 15 Abs. 1 – 4 SpaltG.

Die Interessen der Aktionäre hingegen sind dadurch beeinträchtigt, dass eine Gefahr der Verwässerung der Unternehmensanteile besteht.¹⁶³ Die Gesellschafter wiederum sind jedoch erstmals dahingehend geschützt, indem eine Zustimmung von mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals der abgegebenen Stimmen zu fassen ist (§ 8 Abs. 1 SpaltG).¹⁶⁴

Der Sonderrechtsinhaber hingegen befindet sich in einer Mittelstellung, quasi zwischen dem „regulären“ Gläubiger und einem Aktionär oder zwischen Eigen- und Fremdkapital. Oftmals wird daher auch von Mezzaninkapital oder Hybridkapital gesprochen.¹⁶⁵ Ein Inhaber von Sonderrechten hat mitgliedschaftsähnliche Rechte und ist dadurch sowohl auf der Ebene des Vertragspartners und deren finanziellen

¹⁶¹ Vgl *Told*, GES 2017, 76.

¹⁶² Vgl *Told*, GES 2017, 69.

¹⁶³ Vgl *Hartlieb/Zollner*, Sanierungsfusionen, *ecolex* 2015, 915.

¹⁶⁴ Vgl *Zollner/Hartlieb*, „Sonderrechtsinhaber“ in der Verschmelzung und Spaltung, *ecolex* 2015, 122.

¹⁶⁵ Vgl *Bachner*, ÖJZ 2018/25.

Lage von einer Spaltung betroffen als auch im Hinblick auf das Gehalt des Rechts an sich.¹⁶⁶ Durch den Umstand der Spaltung und die damit oftmals verbundene Erhöhung der Anzahl der Gesellschafter kann es sein, dass sich das wirtschaftliche Substrat des Sonderrechtes verschlechtert oder aber auch „minderwertige“ Rechte beim Umtausch gewährt werden. Dem kommt hinzu, dass insbesondere bei einer Sanierungsspaltung eine der beteiligten Gesellschaften einen wohl geringeren wirtschaftlichen Wert haben wird. Der Sonderrechtsinhaber befindet sich daher aufgrund der Ähnlichkeit der Rechte in einer sehr vergleichbaren Situation, hat jedoch bei der Beschlussfassung zur Spaltung kein Stimmrecht und ist daher durch andere Bestimmungen zu schützen.¹⁶⁷

Zudem kommt, dass Sonderrechte im Zuge einer Spaltung auch nur durch eine Änderung fortgeführt werden können. Das Sonderrecht muss an die geänderten Verhältnisse angepasst werden. Diesen Umständen trägt das zweigeteilte Schutzkonzept und der besondere Schutz von Sonderrechtsinhabern Rechnung.¹⁶⁸

Die Bestimmung in § 15 Abs. 5 des Spaltungsgesetzes gilt, anders als die des Abs. 1 – 4, nicht nur für die Sonderrechtsinhaber der übertragenden Gesellschaft, sondern auch für jene der übernehmenden Gesellschaft. Auch wenn sich die Rechtsposition von ihnen im Zuge der Verschmelzung nicht ändert, kann es trotzdem zu einer Verschlechterung ihrer Rechtsposition kommen. Es besteht durchaus die Gefahr der Verwässerung aufgrund der Neuschaffung von Anteilen. Der wirtschaftliche Gehalt ihrer Schuldverschreibungen oder Genussrechte kann sich dadurch selbstverständlich auch ändern. Diese Regelung unterscheidet sich von jener im deutschen Spaltungsgesetz, wo für die Rechte der Sonderrechtsinhaber nur jene der übertragenden Gesellschaft „besonders“ geschützt sind.¹⁶⁹

Der Europäische Gerichtshof hat sich im Zuge eines Vorabentscheidungsersuchens des Obersten Gerichtshof mit einer Definition für den Begriff eines Sonderrechtes auseinandergesetzt. Der EuGH geht dabei von einem engen Verständnis des Begriffes aus.¹⁷⁰ Demnach ist ein Sonderrechtsinhaber ein Inhaber von Wertpapieren mit mehr

¹⁶⁶ Vgl. *Zollner/Hartlieb*, *ecolex* 2015, 122.

¹⁶⁷ Vgl. *Hartlieb/Zollner*, *ecolex* 2015, 915.

¹⁶⁸ Vgl. *Zollner/Simonishvili*, *GesRZ* 2013, 182.

¹⁶⁹ Vgl. *Zollner/Simonishvili*, *GesRZ* 2013, 182.

¹⁷⁰ Vgl. *Told*, *GES* 2017, 62.

Rechten als die bloße Tilgung der Verbindlichkeit und Zahlung der Zinsen. Dies trifft auf Wertpapiere mit Umtausch- oder Bezugsrechten gegen Aktien, mit Anspruch auf Gewinnbeteiligung oder bei Vorzugsrechten auf Zeichnung von Gesellschaftskapital, zu.¹⁷¹

4.4.1 Schuldverschreibungen und Genussrechte

Das österreichische Spaltungsgesetz sieht unter Sonderrechtsinhabern Inhaber von Genussrechten und Schuldverschreibungen vor, definiert dies aber nicht weiter. Das österreichische Gesetz sieht generell keine Legaldefinition für den Begriff Genussrecht vor, verwendet den Begriff allerdings im § 174 Abs. 3 Aktiengesetz. Es handelt sich dabei jedenfalls um eine Art der Unternehmensfinanzierung. Die Gegenleistung für die Zurverfügungstellung von Vermögen erfolgt allerdings mit mitgliedschaftstypischen Vermögensrechten, wie etwa Gewinnbeteiligung oder Anteile am Liquidationserlös. In jedem Fall handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, weil es zu wiederkehrenden Leistungen kommt. Es handelt sich dabei auch um Gläubigerrechte mit Schuldcharakter und nicht um Mitgliederrechte.¹⁷²

Das Gesetz sieht auch bei der Ausgestaltung von Genussrechten sehr wenige Beschränkungen vor. Es herrscht weitgehend Privatautonomie, mit ein paar Beschränkungen, welche im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) und im Konsumentenschutzgesetz (KSchG) zu finden sind. Dies führt auch dazu, dass es einen breiten Ausgestaltungsspielraum bei Genussrechten gibt.¹⁷³

Bei der Ausgestaltung eines Genussrechts ist in erster Linie die Unterscheidung in Eigen- oder Fremdkapital von Bedeutung. Fremdkapital unterscheidet sich dahingehend von Eigenkapital, dass dieses zurückgefordert werden kann und eine Schuld für die aufnehmende Gesellschaft darstellt. Hingegen wird Eigenkapital, dauerhaft zu Verfügung gestellt und zählt im Falle einer Insolvenz zur Haftungsmasse. Fremdkapital ist im Falle einer Insolvenz vorrangig zu befriedigen.¹⁷⁴

¹⁷¹ Vgl. EuGH, 07.04.2016, C-483/14, Rz 66.

¹⁷² Vgl. *Bauer*, Genussrechte- ein zivilrechtlicher Überblick, in Handbuch Genussrechte, Steuerliches Planungselement, rechtliche und bilanzielle Rahmenbedingungen (2010) 21.

¹⁷³ Vgl. *Rath*, Was passiert mit den ausstehenden Genussrechten und Schuldverschreibungen bei Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen? Diplomarbeit (2015) 5.

¹⁷⁴ Vgl. *Bauer*, Genussrechte 25.

Grundsätzlich können Genussrechte in aktienähnliche Genussrechte oder obligationenabhängige Genussrechte eingeteilt werden. Diese Unterteilung dient auch der Qualifizierung des eingezahlten Kapitals. Aktienähnliche Genussrechte räumen dem Inhaber gesellschafterähnliche Rechte ein. Es ist sowohl eine Beteiligung am Gewinn als auch am Verlust der Gesellschaft vorgesehen. Auch eine Beteiligung am Liquidationsgewinn spricht für ein aktienähnliches Genussrecht. Diese einem Gesellschafter sehr ähnliche Position führt auch dazu, dass das eingezahlte Kapital als Eigenkapital charakterisiert wird. In der Regel wird Genussrechtskapital als materielles Eigenkapital qualifiziert und nicht als formelles Eigenkapital. Im Unterschied dazu wird bei obligationenabhängigen Genussrechten das eingesetzte Kapital als Fremdkapital klassifiziert. Der Inhaber ist meist nur am Gewinn beteiligt, nicht jedoch an der Substanz des Unternehmens, somit auch nicht am Liquidationserlös.¹⁷⁵

Wesentliche Vertragsinhalte von Genussrechten:

- Gewinnbeteiligung
- Verlustbeteiligung
- Rückzahlung¹⁷⁶
- Beteiligung am Liquidationsgewinn
- Wandlungsrecht¹⁷⁷

Die Gewinnbeteiligung ist das entscheidendste Merkmal eines Genussrechtes. Dabei kann es, wie beim Genussrecht selbst, auch zu unterschiedlichen Ausgestaltungen kommen. Es kann eine reine Gewinnbeteiligung, eine Verzinsung mit festen Referenzzinssatz oder eine Kombination daraus vereinbart werden.¹⁷⁸

Eine Verlustbeteiligung ist nicht zwingend und muss explizit vereinbart werden. Auch hier gibt es unterschiedliche Formen. Einerseits besteht die Möglichkeit am laufenden Verlust beteiligt zu sein, andererseits gibt es auch die Möglichkeit nur im Falle einer

¹⁷⁵ Vgl. *Bauer*, Genussrechte 24.

¹⁷⁶ Vgl. *Lühn*, Genussrechte, Grundlagen, Einsatzmöglichkeiten, Bilanzierung und Besteuerung (2013) 43ff.

¹⁷⁷ Vgl. *Rath*, Diplomarbeit 6ff.

¹⁷⁸ Vgl. *Lühn*, Genussrechte 44.

Liquidation oder Insolvenz am Verlust des Unternehmens beteiligt zu sein. Im Regelfall richtet sich der Verlust nach dem Jahresfehlbetrag oder dem Bilanzverlust. Generell ist eine Verlustbeteiligung auch nur an dem in der Bilanz ausgewiesenen Verlust möglich und nicht etwa an stillen Lasten des Unternehmens.¹⁷⁹

Die Beteiligung am Liquidationserlös ist nicht Voraussetzung für das Bestehen eines Genussrechtes, sie muss wie die Verlustbeteiligung eigens vereinbart werden. Ist eine Beteiligung am Liquidationsgewinn vereinbart, stellt dieses Genussrecht ein aktien- bzw. gesellschafterähnliches Genussrecht dar. Es besteht eine Beteiligung an der Substanz des Unternehmens und dies verschafft dem Inhaber eine Stellung, welche sehr nahe an die eines Gesellschafters herankommt.¹⁸⁰

Ein Wandlungsrecht ermöglicht einem Genussrechtsinhaber die Option die Stellung eines Gesellschafters zu erlangen. Durch Wandlung des Genussrechtes wird der Inhaber selbst zu einem Gesellschafter des Unternehmens. Zum Beispiel kann durch Bezugsrechte auf Aktien einem Inhaber diese Möglichkeit in Aussicht gestellt werden.¹⁸¹

Auch die Rückzahlung muss explizit vereinbart werden. Generell, wenn nicht anders vereinbart, geht man bei einem Genussrecht von einer unbefristeten Laufzeit aus. In diesem Fall kommt es erst bei der Liquidation zu einer Rückzahlung. Ist eine Möglichkeit auf Rückzahlung vereinbart, wird eine begrenzte Laufzeit angenommen. Somit ist die Einräumung eines ordentlichen Kündigungsrechtes zulässig. Die Höhe des Rückzahlungsbetrages ist dann ebenfalls gemeinsam mit dem ordentlichen Kündigungsrecht in den Bedingungen zu regeln. Ein außerordentliches Kündigungsrecht steht bei Dauerschuldverhältnissen bei Vorliegen eines wichtigen Grundes prinzipiell zur Verfügung und kann auch in den Genussrechtsbedingungen nicht ausgeschlossen werden.¹⁸²

Dies geht auch aus einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs hervor. Da Genussrechte generell als Dauerschuldverhältnisse zu qualifizieren sind, ist nach

¹⁷⁹ Vgl. *Lühn*, Genussrechte 48.

¹⁸⁰ Vgl. *Bauer*, Genussrechte 27.

¹⁸¹ Vgl. *Bauer*, Genussrechte 28.

¹⁸² *Lühn*, Genussrechte 50.

herrschender Lehre und Rechtsprechung unumstritten, dass ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gegeben sein muss. Der Ausschluss eines außerordentlichen Kündigungsrechtes ist daher sittenwidrig und verstößt gegen § 879 ABGB.¹⁸³

Die hohe Privatautonomie bei der Ausgestaltung von Genussrechten ist vom Gesetzgeber bewusst so gewählt worden. Gesetzliche Regelungen, die das Genussrecht genauer definieren und seine rechtliche Gestaltung regeln, hat der Gesetzgeber bewusst nicht erlassen, in dem Bestreben die Entwicklung dieses Instruments unter Achtung des Prinzips der Privatautonomie nicht zu hindern.¹⁸⁴

Schuldverschreibungen dienen ebenfalls der Unternehmensfinanzierung, es handelt sich um ein in Wertpapieren verbrieftes Darlehen. Der Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens wird verbrieft.¹⁸⁵ Schuldverschreibungen stellen in gewisser Weise eine Unterform von Genussrechten dar.

Auch bei Schuldverschreibungen gibt es unterschiedliche Ausgestaltungsformen:

- Wandelschuldverschreibungen
- Gewinnschuldverschreibungen

Wandelschuldverschreibungen sind im § 174 Abs. 1 AktG geregelt. Es handelt sich um Schuldverschreibungen, bei denen dem Gläubiger ein Recht auf Umtausch- oder Bezugsrecht auf Aktien eingeräumt wird. Es besteht ein Umtauschrecht oder Bezugsrecht. Für den Fall, dass ein Umtauschrecht eingeräumt wird, kann der Gläubiger am Ende der Laufzeit wählen, ob er eine Rückzahlung oder eine Wandlung in Aktien begehrt. Diese Variante wird als Wandelschuldverschreibung im engeren Sinn verstanden. Während ein Bezugsrecht, neben der Rückzahlung, das Recht zum Bezug von Aktien einräumt. Sowohl das Verhältnis beim Umtausch als auch der Preis beim Bezugsrecht wird im Vorhinein festgelegt.¹⁸⁶

¹⁸³ OGH, 06.07.2010, 1 Ob 105/10p.

¹⁸⁴ OGH, 06.07.2010, 1 Ob 105/10p.

¹⁸⁵ Vgl. *Lühn*, Genussrechte 62.

¹⁸⁶ Vgl. *Spatz*, Grundlegendes zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen*), RdW 2005/178.

Gewinnschuldverschreibungen, ebenfalls im § 174 Abs. 1 AktG geregelt, sind Schuldverschreibungen, bei denen die Rechte der Gläubiger mit Gewinnanteilen von Aktionären in Verbindung gebracht werden. Es handelt sich um eine Anleihe, bei welcher zusätzlich zur Zahlung von Zinsen eine Beteiligung am Gewinn der ausgebenden Gesellschaft eingeräumt wird. Eine Gewinnbeteiligung anstatt der Zahlung von Zinsen kann ebenfalls vereinbart werden.¹⁸⁷

Sowohl bei Wandel- als auch bei Gewinnschuldverschreibungen ist bei Ausgabe ein Beschluss der Hauptversammlung notwendig. Der Beschluss bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst.

4.4.2 europarechtskonforme Umsetzung und Interpretation

Im Gegensatz zu einer unionsrechtlichen Verordnung (VO), welche unmittelbar anwendbar ist, müssen Richtlinien der Europäischen Union zuerst in nationales Recht umgesetzt werden. Nur im Falle einer nicht ordnungsgemäßen Umsetzung oder wenn die Umsetzung nicht innerhalb der vorgegebenen Frist erfolgt ist, ist eine Richtlinie direkt anwendbar.¹⁸⁸ Nebst diesen Voraussetzungen hat aber eine Richtlinie nur dann unmittelbare Wirkung, auf vertikaler Ebene, also zwischen Staat und Bürger, wenn der Bürger dadurch begünstigt wird, nicht jedoch im umgekehrten Fall. Auf horizontaler Ebene, zwischen Bürger und Bürger, ist eine unmittelbare Anwendbarkeit nicht zulässig.¹⁸⁹

Aufgrund der zunehmenden Europäisierung der nationalen Gesetze kann es auch immer wieder zu einer falschen oder zu einer überschießenden Umsetzung von Richtlinien kommen. Eine überschießende Umsetzung ist eine Umsetzung, bei der Sachverhalte geregelt werden, welche über die zwingenden Vorgaben hinausgehen. Ein häufiger Grund dafür ist die Tatsache, dass die von der Richtlinie vorgegebenen Regelungen in die Systematik des nationalen Gesetzes passen soll.¹⁹⁰ Eine fehlerhafte

¹⁸⁷ Vgl. *Mader/Brandstätter*, Kapitalerhöhung – AG (Stand 4.10.2019, Lexis Briefings in lexis360.at).

¹⁸⁸ Vgl. *Bydlinski*, Richtlinienkonforme „gesetzesübersteigende“ Rechtsfindung und ihre Grenzen – eine methodische Vergewisserung anlässlich 20 Jahre EU-Mitgliedschaft, JBI 2015, 2, 3ff.

¹⁸⁹ Vgl. *Bydlinski*, JBI 2015, 2, 4.

¹⁹⁰ Vgl. *Mayer, Schürmbrand*, Einheitlich oder gespalten? Zur Auslegung Nationalen Rechts Bei überschießender Umsetzung Von Richtlinien, JuristenZeitung (2004), 59/11, 546.

oder falsche Umsetzung liegt dann vor, wenn der Gesetzgeber, bewusst oder unbewusst, vom Zweck der Richtlinie abweicht.¹⁹¹

Ergibt sich eine Diskrepanz zwischen der umgesetzten Regelung im nationalen Recht und der Anforderungen der Richtlinie, kann dies durch eine richtlinienkonforme Interpretation beseitigt werden. Generell gilt das Gebot zur richtlinienkonformen Auslegung, welches bedeutet, dass der nationale Gesetzgeber bei der Anwendung nationalen Rechts dieses so auszulegen hat, wie es dem Zweck der Richtlinie und auch dem Wortlaut der Richtlinie entspricht. Die Auslegung einer Gesetzesnorm ist ein komplexer Vorgang, welcher sich aus mehreren Schritten zusammensetzt. Ganz allgemein bedeutet die Auslegung die Ermittlung des Sinngehaltes einer Vorschrift.¹⁹²

In den Europäischen Verträgen der EU ist das Gebot der europarechtskonformen Auslegung festgehalten. Es folgt dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit – Union und Mitgliedstaaten sollen sich bei der Erfüllung der Aufgaben, welche sich aus den Verträgen ergeben gegenseitig unterstützen.

Der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verpflichtet die nationalen Gerichte dazu, zu prüfen, ob angewandte nationale Vorschriften den Vorschriften der Union widersprechen. Für den Fall, dass eine Regelung dem Unionsrecht widerspricht, darf diese Regelung nämlich nicht angewandt werden. Dies ergibt sich aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Eine europarechtskonforme Auslegung jedoch kann in diesem Fall Abhilfe schaffen und verhindern, dass es eine nationale Regelung nicht zur Anwendung kommt. Der Grundsatz dabei ist es immer zu prüfen, ob eine Norm dem Sinn und Zweck der dazugehörigen Unionsnorm entspricht.¹⁹³

Im Zusammenhang mit einer überschießenden Umsetzung einer Richtlinie ist es interessant, wie mit dem überschießenden Teil der Regelung im Falle von Auslegungsfragen umzugehen ist. Es stellt sich die Frage, ob eine richtlinienkonforme Auslegung auch für eine Regelung anwendbar ist, welche von der Richtlinie eigentlich nicht erfasst wird. In mehreren Entscheidungen des EuGHs hat dieser es jedoch

¹⁹¹ Vgl. *Fritzer/Hartlieb*, § 226 Abs. 3 AktG und die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation, ÖBA 2017, 16, 19.

¹⁹² Vgl. *Bydlinski*, in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB⁵ (2017) zu § 6 ABGB, Rz 1.

¹⁹³ Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Wirkungen und Rechtsschutz, RZ 443.

begrüßt, auch in Auslegungsfragen zum überschießenden Teil einer Regelung bei Umsetzung der Richtlinie angerufen zu werden.¹⁹⁴

Handelt es sich um einen Umsetzungsverstoß und weicht die umgesetzte Norm im nationalem Recht von dem was der europäische Gesetzgeber vorgesehen hat ab, stellt sich die richtlinienkonforme Interpretation etwas schwieriger heraus.¹⁹⁵ Eine richtlinienkonforme Interpretation ist auch nur dann zulässig, wenn der Gesetzgeber nicht bewusst vom Sinn und Zweck der Richtlinie abgewichen ist, so zB bei einer nicht vorsätzlichen fehlerhaften Umsetzung.¹⁹⁶

Der EU-Gesetzgeber sieht ganz allgemein vor, dass eine richtlinienkonforme Interpretation generell nach den Auslegungsgrundsätzen des jeweiligen nationalen Rechts zu erfolgen hat. In Österreich regelt das ABGB, insbesondere §§ 6 und 7 ABGB die Auslegung eines Gesetzes.¹⁹⁷

Die Auslegung eines Gesetzes dient ganz allgemein der Ermittlung des maßgeblichen Sinnes eines Gesetzes. Die Auslegung ist ein hermeneutischer Prozess und dient dem Sinnverständnis einer Norm. Man kann bei diesem Prozess zwischen einer Auslegung im engeren Sinn und jener im weiteren Sinn unterscheiden. Während man bei der Auslegung im weiteren Sinn über den Wortlaut hinausgeht oder davon abweicht, geht man bei der Auslegung im engeren Sinn nicht weiter als dem äußersten möglichen Wortsinn. Der äußerste Wortsinn ist auch die Grenze zwischen den beiden Bereichen, auch wenn diese oftmals unscharf ist.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Vgl Mayer, *Schürnbrand*, JuristenZeitung, 59/11, 546.

¹⁹⁵ Vgl Bydlinski, JBI 2015, 2, 5ff.

¹⁹⁶ Vgl Fritzer/Hartlieb, ÖBA 2017, 19.

¹⁹⁷ Vgl Fritzer/Hartlieb, ÖBA 2017, 16, 18.

¹⁹⁸ Vgl Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 ABGB, (Stand 1.7.2015, rdb.at).

Im Zusammenhang mit der Auslegung spielen die folgenden vier Auslegungsmethoden eine Rolle:

- Grammaticische Auslegung
- Systematische Auslegung
- Historisch Auslegung
- Teleologische Auslegung¹⁹⁹

Zusätzlich dazu gibt es zwei Deutungsansätze:

- Objektive Auslegungstheorien
- Subjektive Auslegungstheorien

Zu Beginn der Interpretation einer Gesetzesnorm steht die grammatische Interpretation oder auch wörtliche Auslegung. Diese zielt darauf ab, den Wortsinn zu erfassen. Handelt es sich um Rechtsbegriffe, wird anfangs die Bedeutung nach dem Sprachgebrauch des Gesetzgebers oder der Legaldefinitionen gesucht. In einem weiteren Schritt wird die Bedeutung nach allgemeinem Sprachgebrauch untersucht.²⁰⁰ Zu verstehen sind die verwendeten Ausdrücke generell nach dem allgemeinen Sprachgebrauch. So sind dann weitere Fachausdrücke in einem fachsprachlichen Sinn auszulegen. In manchen Fällen richtet sich eine Norm aber auch an bestimmte Berufsgruppen, in diesen Fällen geht ein spezieller dem allgemeinen Sprachgebrauch vor.²⁰¹ Die Wortinterpretation ist auch ausschlaggebend für die Ermittlung des bereits erwähnten äußerst möglichen Wortsinnes.²⁰²

Bei der systematischen oder auch systematisch-logischen Auslegung werden andere Rechtsnormen der Rechtsordnung zur Auslegung herangezogen, um Widersprüche innerhalb der Rechtsordnung zu vermeiden.²⁰³ Im Zuge dieser Auslegung wird eine Norm anhand ihres Standorts und aufgrund des Aufbaues des Gesetzes interpretiert. Auch das Verhältnis zu anderen Normen und die Stellung in der Gesamtrechtsordnung

¹⁹⁹ Bydlinski, in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Rz 2.

²⁰⁰ Vgl Koziol/Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) RZ 88.

²⁰¹ Vgl Kodek in Rummel/Lukas, ABGB.

²⁰² Bydlinski, in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Rz 3.

²⁰³ Vgl Bydlinski, in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Rz 4.

wird untersucht. Dadurch lassen sich bei dieser Methode ebenfalls Schlüsse auf den Anwendungsbereich ziehen.²⁰⁴

Die historische Auslegung hat den Zweck den eigentlichen, subjektiven Willen des Gesetzgebers zu ermitteln. Es wird untersucht, welche Absichten der Gesetzgeber bei der Erlassung hatte.²⁰⁵

Bei der teleologischen Interpretation liegt das Hauptaugenmerk auf dem Zweck, dem einer Norm vernünftigerweise beigemessen werden kann. Die Auslegung geht bei dieser Methode über den subjektiven Willen des Gesetzgebers hinaus.²⁰⁶

Schließlich unterscheidet man zwischen den objektiven und subjektiven Deutungsansätzen. Objektive Theorien verfolgen das Ziel eine gerechte Lösung zu finden – es soll ein vernünftiges Ergebnis erzielt werden. Die subjektiven Ansätze zielen lediglich auf die Absicht des Gesetzgebers ab.²⁰⁷

In Österreich regelt das ABGB, insbesondere §§ 6 und 7 ABGB die Auslegung eines Gesetzes.²⁰⁸ Die beiden Bestimmungen folgen einem „Drei-Stufen Modell“, nach dem ein Rechtsanwender bei der Auslegung vorzugehen hat. Bei Scheitern einer Stufe kann auf die nächste Stufe übergegangen werden.²⁰⁹

Die erste Stufe ist die Ermittlung der Absicht des Gesetzgebers – dies geht auch aus § 6 ABGB hervor: Demnach darf einem Gesetz kein anderer Verstand beigemessen werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet. Unter dieser klaren Absicht des Gesetzgebers ist zu verstehen, dass was jener tatsächlich dachte und wollte.

²⁰⁴ Vgl Kodek in Rummel/Lukas, ABGB.

²⁰⁵ Bydlinski, in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Rz 5.

²⁰⁶ Kehrer, Gesetzeskonforme Methodik: Die Auslegung von Rechtsvorschriften anhand der §§ 6 und 7 ABGB, 59.

²⁰⁷ Vgl Kehrer, Auslegung 20.

²⁰⁸ Vgl Fritzer/Hartlieb, ÖBA 2017, 16, 18.

²⁰⁹ Vgl Kehrer, Auslegung 22.

In Stufe zwei kommt es zur Heranziehung von ähnlichen und verwandten Gesetzen, dies geht wiederum aus § 7 ABGB hervor:

Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.

Regelungen im § 7 ABGB bestimmen die Vorgehensweise im Falle von Gesetzeslücken. Zu beachten ist, ob eine Lücke im Gesetz vom Gesetzgeber bewusst so gewählt wurde oder planwidrig unvollständig entstanden ist. Nur für den zweiten Fall liegt eine Gesetzeslücke, dessen Lückenfüllung erforderlich ist, vor. Eine solche Lücke in der Rechtsordnung wird vom Rechtsanwender mittels Gesetzesanalogie geschlossen.²¹⁰ Es wird eine bestimmte Einzelfallbestimmung herangezogen und auf den unregelmäßigten Fall angewendet.²¹¹

Die dritte Stufe ist für den Fall, dass ein Rechtsfall sich nicht anhand der Stufen 1 & 2 klären lässt. Diese Auslegungsstufe mit Verweis auf die außergesetzlichen Gerechtigkeitsprinzipien ist jedoch als letzter Ausweg zu sehen und es wird in § 7 ABGB festgehalten, dass dies eben nur mit Hinsicht auf sorgfältig gesammelte Umstände anzuwenden ist.²¹²

Schließlich bleibt es jedoch laut § 8 ABGB dem Gesetzgeber vorbehalten, die authentische Auslegung zu behandeln. Dies ist insbesondere von Bedeutung, wenn ein Rechtsanwender mittels § 6 ABGB zu einem abweichenden Ergebnis der zu interpretierenden Regelung gelangen würde.²¹³

²¹⁰ Vgl. Koziol/Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht Rz 103 ff.

²¹¹ Vgl. Bydlinski, in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Rz 3.

²¹² Vgl. Bydlinski, in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Rz 4.

²¹³ Vgl. Bydlinski, in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Rz 1.

4.4.2.1 Vorabentscheidungsverfahren

Das Vorabentscheidungsverfahren ist in den Verträgen über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) geregelt. Laut Artikel 267 AEUV entscheidet der Europäische Gerichtshof über die Auslegung der Verträge im Wege der Vorabentscheidung.

Kommt es bei der praktischen Rechtsanwendung zu Unsicherheiten, können die nationalen Gerichte eine Frage zum Vorabentscheidungsverfahren beim Gerichtshof der Europäischen Union einbringen, wenn dies erforderlich für den Erlass seines Urteils ist. Das Vorabentscheidungsverfahren dient als Hilfestellung und dient zur Erläuterung und Verdeutlichung der Bedeutung einer Vorschrift durch den Europäischen Gerichtshof.²¹⁴ Die Frage, ob ein nationales Gericht auch bei überschießender Umsetzung, betreffend den überschießenden Kontext, eine Vorlage an den EuGH stellen darf, wurde vom EuGH in mehreren Entscheidungen bejaht. Es ist die Aufgabe des nationalen Gerichtes zu entscheiden, ob eine Vorlage notwendig ist.²¹⁵ Für den Fall einer Frage zu einem schwebenden Verfahren, bei dem eine Anfechtung mittels Rechtsmittel des innerstaatlichen Rechts nicht mehr möglich ist, muss das nationale Gericht den Europäischen Gerichtshof anrufen.

4.4.2.2 europarechtliche Vorgaben zu Artikel 13 Spaltungsrichtlinie

Der Artikel 13 der Spaltungsrichtlinie enthält mehrere Möglichkeiten zum Schutz von Sonderrechtsinhabern:

Artikel 13 - Die Inhaber anderer Wertpapiere, die mit Sonderrechten verbunden, jedoch keine Aktien sind, müssen in den begünstigten Gesellschaften, denen gegenüber ihre Rechte nach dem Spaltungsplan geltend gemacht werden können, Rechte erhalten, die mindestens denen gleichwertig sind, die sie in der gespaltenen Gesellschaft hatten, es sei denn, daß eine Versammlung der Inhaber - sofern die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften eine solche Versammlung vorsehen - der Änderung dieser Rechte oder daß jeder einzelne Inhaber der Änderung seines Rechts zugestimmt hat oder daß diese Inhaber einen Anspruch auf Rückkauf ihrer Wertpapiere haben.

²¹⁴ Vgl. Frenz, Handbuch Rz 1165.

²¹⁵ Vgl. Mayer, JuristenZeitung, 59/11, 546.

Der Idealfall stellt die Einräumung gleichwertiger Rechte dar. Bei der Einräumung gleichwertiger Rechte hat es sich jedoch nicht notwendigerweise um die gleichen bzw gleichartigen Rechte. Vielmehr sind dem Inhaber Rechte einzuräumen, die den ursprünglichen Rechten gleichwertig sind. Dies hat insbesondere damit zu tun, dass die Einräumung von gleichartigen Rechten auch nicht immer möglich sein wird.²¹⁶

Die Bestimmung sieht allerdings auch zwei Ausnahmen vor, *Zollner/Hartlieb*²¹⁷ sehen die Bestimmung als ein Regel-Ausnahme-Modell.

- Ausnahme 1: Änderung durch Zustimmung aller Sonderrechtsinhaber

Es muss entweder jeder einzelne Inhaber einer Änderung zustimmen oder es gibt eine Versammlung der Sonderrechtsinhaber, bei der die Mehrheit einer Änderung zustimmt – eine solche Versammlung muss allerdings vom nationalen Recht zulässig sein, dies ist in Österreich nicht der Fall.

- Ausnahme 2: Beendigung durch angemessene Abfindung

Besteht ein Anspruch auf Rückkauf der Wertpapiere, kann von der Einräumung gleichwertiger Rechte auch abgesehen werden. Umstritten ist jedoch die Absicht des EU-Gesetzgebers bei dieser Ausnahme, weil nicht klar hervorgeht, ob dies ein Wahlrecht für den Inhaber des Sonderrechts ist, oder ein Wahlrecht für den Emittenten darstellt.²¹⁸ In beiden Fällen könnte ein Wahlrecht zu einer Benachteiligung führen.

Das Wahlrecht seitens des Sonderrechtsinhabers führt dazu, dass der Emittent nebst der Einräumung von gleichwertigen Rechten, die Zahlung einer Abfindung anbieten muss. Auf der anderen Seite könnte sich ein Emittent durch ein Wahlrecht „leichter“ mittels einer Spaltung von einem Gläubiger entledigen.²¹⁹

²¹⁶ Vgl *Told*, GES 2017, 68.

²¹⁷ Vgl *Zollner/Hartlieb*, *ecolex* 2015, 122.

²¹⁸ Vgl *Zollner/Hartlieb*, *ecolex* 2015, 122.

²¹⁹ Vgl *Zollner/Hartlieb*, *ecolex* 2015, 122.

4.4.3 Umsetzung in Österreich und Deutschland

Das Schutzkonzept für Sonderrechtsinhaber wurde in Österreich in § 15 Abs. 5 SpaltG umgesetzt. Es sind den *Inhabern von Schuldverschreibungen und Genussrechten gleichwertige Rechte zu gewähren oder die Änderung oder das Recht angemessen abzugelten*. Der nationale Gesetzgeber sieht somit Inhaber von Schuldverschreibungen und Genussrechten als Sonderrechtsinhaber vor und bietet ein Wahlrecht zwischen Gewährung gleichwertiger Rechte, Änderung der Rechte oder die Abgeltung der Rechte.²²⁰

Aufgrund der Verwandtschaft von Spaltung und Verschmelzung wurde die Spaltungsrichtlinie erlassen, um zu verhindern, dass diese als Instrument zur Umgehung von den Regelungen der Verschmelzung eingesetzt wird. Daher ist es nicht überraschend, dass die Regelungen zum Gläubigerschutz denen der Verschmelzung sehr ähnlich sind. Das bereits erwähnte dreiseitige Gestaltungsrecht wurde somit erstmals in § 226 Abs. 3 Aktiengesetz (AktG) umgesetzt und ist ident mit den Regelungen des § 15 Abs. 5 SpaltG.²²¹

Durch die Umsetzung ergeben sich einige Unterschiede zu den unionsrechtlichen Vorgaben. Zum einen gelten die Bestimmungen auch für die Sonderrechtsinhaber der übernehmenden Gesellschaft, zum anderen sind auch nicht verbrieftete Genussrechte vom § 15 Abs. 5 erfasst.²²²

Der wohl umstrittenste Unterschied zwischen den unionsrechtlichen Vorgaben und der Umsetzung im nationalen Recht ist aber das dreiseitige Gestaltungsrecht. Während die Einräumung gleichwertiger Rechte zweifelsfrei im Sinne des europäischen Gesetzgebers ist, sind die beiden weiteren Alternativen, Änderung und Beendigung gegen Abgeltung, genauer zu prüfen.

In der Literatur ist die Umsetzung daher umstritten, weil es den Eindruck macht, dass eine Reihenfolge der Alternativen vom Gesetz nicht vorgesehen ist. Somit kann die übernehmende Gesellschaft frei wählen, welcher der drei im Gesetz genannten

²²⁰ Vgl. Napokoj, Hdb. Spaltung, 201.

²²¹ Vgl. Told, GES 2017, 63.

²²² Vgl. Zollner/Hartlieb, ecolx 2015, 122.

Alternativen zur Anwendung kommt.²²³ Es herrscht jedenfalls die mehrheitliche Meinung, dass die 3 Alternativen gleichwertig sind. Die überwiegende Ansicht ist, dass freies Wahlrecht bestehe, und zwar auch für den Ausgeber der Sonderrechte.

Verfechter des freien Wahlrechtes sehen dieses als einen Interessensausgleich zwischen Inhaber und Emittent. Der Sonderrechtsinhaber wird dadurch geschützt, indem ihm eine Abgeltung zusteht, während sich die Gesellschaft ein eventuell notwendiges, umständliches Kraftloserklärungsverfahren erspart, indem es die Rechte abändert.²²⁴

Eine mögliche Erklärung für die Umsetzung mit den drei Gestaltungsalternativen bietet das vorangegangene Spaltungsgesetz 1993, welches bereits vor dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union Regelungen zur Änderung der Rechte von Sonderrechtsinhabern enthielt.²²⁵

§ 10 Abs. 2 SpaltG 1993:

Den Inhabern von Rechten bei der übertragenden Gesellschaft, die kein Stimmrecht gewähren, insbesondere den Inhabern von Anteilen ohne Stimmrecht, Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genußrechten, sind gleichwertige Rechte zu gewähren oder die Änderungen ihrer Rechte angemessen abzugelten. Für die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten haften die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften als Gesamtschuldner in unbeschränkter Höhe.

Hier wurde bereits die Änderung der Rechte bzw deren angemessene Abgeltung geregelt und wohl auch so übernommen und einer Europarechtskonformität dabei unterstellt.²²⁶

In der Literatur gibt es aber auch Stimmen, welche sich gegen das dreiseitige Gestaltungskonzept aussprechen und die Alternativen 2 und 3 nur als subsidiär ansehen. Lediglich wenn die Gewährung gleichwertiger Rechte unmöglich ist, ist ein Abgeltung möglich.

²²³ Vgl Napokoj, Hdb. Spaltung 218.

²²⁴ Vgl Zollner/Hartlieb, ecoloex 2015, 122.

²²⁵ Vgl Told, GES 2017, 70.

²²⁶ Vgl Told, GES 2017, 63.

Gegner des Wahlrechtes behaupten, dass die Möglichkeit der Änderung und Beendigung gegen angemessene Abgeltung bedeutet, dass eine Spaltung als ein wichtiger Grund für die Beendigung der eingeräumten Rechte dient und zwar auch für den Emittenten.²²⁷ Folglich führt dies auch dazu, dass sich ein Emittent dadurch eines Sonderrechtsinhabers entledigen kann, ohne sich dabei an vertraglich vereinbarte Bedingungen zu halten. Es wird auch nicht verwundern, dass dies häufig genau dann geschehen wird, wenn es für den Emittenten von besonderem Vorteil ist und daher wohl nicht dem Schutze des Inhabers des Sonderrechtes dient.²²⁸

Diese Meinung hat dann auch in Folge einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshof - siehe mehr dazu in einem späteren Kapitel - vermehrt zugenommen, indem sich dieser dahingehend äußert, dass er die Gestaltungsalternativen nicht als nach seinen Vorgaben anerkennt.²²⁹

In Deutschland ist die Spaltung, unter anderem, im deutschen Umwandlungsgesetz (dUmwG) geregelt. Im § 133 dUmwG wurde auch der Artikel 13 der 6. EG Spaltungsrichtlinie umgesetzt. § 133 Abs. 2 schützt in Verbindung mit §§ 125 und 23 dUmwG Sonderrechtsinhaber der übertragenden Gesellschaft. Der Gesetzgeber verweist im § 133dUmwG unmittelbar auf § 125 dUmwG, welcher wiederum auf die damit verbundenen verschmelzungsrechtlichen Vorschriften im § 23 dUmwG verweist.²³⁰

§ 133 Abs. 2 dUmwG: Für die Erfüllung der Verpflichtung nach § 125 in Verbindung mit § 23 haften die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger als Gesamtschuldner. Bei Abspaltung und Ausgliederung können die gleichwertigen Rechte im Sinne des § 125 in Verbindung mit § 23 auch in dem übertragenden Rechtsträger gewährt werden.

§ 23 dUmwG: Den Inhabern von Rechten in einem übertragenden Rechtsträger, die kein Stimmrecht gewähren, insbesondere den Inhabern von Anteilen ohne Stimmrecht, von Wandelschuldverschreibungen, von Gewinnschuldverschreibungen

²²⁷ Vgl. Told, GES 2017, 68.

²²⁸ Vgl. Bachner, Über das sonderbare umgründungsgeborene Sonderkündigungsrecht zum Nachteil der Inhaber von Sonderrechten – Zugleich ein Beitrag zur Qualitätssicherung in der Rechtswissenschaft, ÖJZ 2018/25.

²²⁹ Vgl. Told, GES 2017, 74.

²³⁰ Vgl. Schwab in Lutter, UmwG Rz 127.

und von Genußrechten, sind gleichwertige Rechte in dem übernehmenden Rechtsträger zu gewähren.

Die Rechtsnorm schützt Inhaber von Sonderrechten vor Verwässerung und soll somit vermeiden, dass ihnen ein Wertverlust entsteht.²³¹ Das deutsche Umwandlungsgesetz versteht unter Sonderrechtsinhabern Inhaber von Rechten ohne Stimmrechte. Es handelt sich dabei um Rechtsinhaber der übertragenden Gesellschaft. Das Gesetz nennt dann weiteres auch Beispiele, wie etwa Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechte.

Bei der Umsetzung des Artikels 13 der Spaltungsrichtlinie wurde in Deutschland offenkundig kein Wahlrecht eingeräumt. § 23 dUmwG sieht lediglich die Einräumung gleichwertiger Rechte bei der übernehmenden Gesellschaft vor. Diesem Gesetzeswortlaut geht aber nicht hervor, dass es Rechte der gleichen Art sein müssen. Dennoch kann dem Sinn der Regelung durchaus beigemessen werden, dass ein Umtausch in gleichartige Rechte vorrangig gewährt werden soll. Schließlich ist es das Ziel den Sonderrechtsinhaber, die davor innegehabte Stellung auch bei der übernehmenden Gesellschaft zu gewährleisten.²³² Die Ausnahme stellt nur jener Fall dar, bei dem es der übernehmenden Gesellschaft nicht möglich ist, gleichwertige Rechte einzuräumen.²³³

Im Zusammenhang mit der Frage, wer unter den Begriff der Sonderrechtsinhaber fällt, aber auch welche Rechte unter Sonderrechte fallen, werden in weiterer Folge Entscheidungen des Europäischen und des Obersten Gerichtshofs behandelt. Die Entscheidung 6 Ob 137/13k stellt den Ausgangsfall dar. Im Zuge einer Verschmelzung wurden Nachranganleihen beendet und dies auf das dreiseitige Gestaltungsrecht gestützt. Das Verfahren wurde dann im Weiteren dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt – aus welchem das Urteil C-483/14 erging, indem sich der Europäische Gesetzgeber dazu äußerte, was unter einem Sonderrecht zu verstehen sei und ob die Umsetzung im österreichischen Gesetz dem Sinne der europarechtlichen Vorgaben entspreche. In Folge dessen fällte der OGH die Entscheidung 6 Ob 80/16g.

²³¹ Vgl. *Grunewald in Lutter, UmwG Rz 1.*

²³² Vgl. *Grunewald in Lutter, UmwG Rz 5.*

²³³ Vgl. *Grunewald in Lutter, UmwG Rz 7.*

Schließlich erging im Jahr 2016 ein weiteres Urteil, dass sich dann erstmals mit der Spaltung bzw mit dem Abs. 5 des § 15 SpaltG auseinandersetzte.

4.4.4 OGH 6 Ob 137/13k (Ausgangsfall)

Im Jahr 2014 hat der Oberste Gerichtshof in einem Verfahren betreffend eine Kündigung von Nachranganleihen im Zuge einer Verschmelzung entschieden, dem Gerichtshof der Europäischen Union ein Vorabentscheidungsersuchen vorzulegen.

Im Ausgangsfall handelte es sich um eine zyprische Tochtergesellschaft einer österreichischen Aktiengesellschaft. Diese Tochtergesellschaft wurde als übertragende Gesellschaft aufgrund von existenzbedrohenden Verlusten und daher zur Vermeidung einer Insolvenz mit ihrer österreichischen Muttergesellschaft verschmolzen.²³⁴

Die zyprische Tochtergesellschaft hatte Nachranganleihen emittiert, bei deren Zeichnung deutsches Recht als anwendbares Recht vereinbart wurde. Die Emittentin entsprach seit dem vierten Quartal des Jahres 2008 nicht mehr den in den Richtlinien der Zentralbank für Zypern festgelegten Mindestanforderungen an die Kapitalausstattung von Banken und konnte daher seit diesem Zeitpunkt die in den Emissionsbedingungen der Tochtergesellschaft vereinbarten Zinsen nicht mehr bezahlen.²³⁵

Als die Inhaberin der Nachranganleihen (Klägerin) die Zahlung von Zinsen begehrte, sowie die Feststellung der Verpflichtung zur Gewährung gleichwertiger Rechte iSd § 226 Abs. 3 AktG und ihrer Haftung für alle aus der Nichtgewährung entstehenden Schäden, berief sich die übernehmende Gesellschaft (Beklagte) darauf, dass die Anleihen im Zuge der Verschmelzung wirksam beendet wurden.²³⁶ Die Beklagte wendete ein, die Rechte aus Nachranganleihen seien nicht auf sie übergegangen, sondern vielmehr im Zuge der Verschmelzung wirksam beendet worden und stützte sich dabei auf das dreiseitige Gestaltungsrecht des § 226 Abs. 3 Aktiengesetz. Nach

²³⁴ Vgl EuGH: Nachranganleihen bei internationaler Verschmelzung (08.04.2016, LexisNexis Rechtsnews 21420 in lexis360.at).

²³⁵ Vgl OGH 20.07.2016, 6 Ob 80/16g.

²³⁶ Schuldverschreibungen und Genussrechte bei internat. Verschmelzung (05.11.2014, LexisNexis Rechtsnews 18361 in lexis360.at).

dieser Bestimmung sind bekanntlich Inhabern von Schuldverschreibungen und Genussrechten im Fall einer Verschmelzung gleichwertige Rechte zu gewähren oder die Änderung der Rechte oder das Recht selbst angemessen abzugelten.²³⁷ Die Beklagte bezieht sich dabei außerdem darauf, dass den Nachranganleihen aufgrund der Zins- und Kapitalzahlungen Eigenkapitalcharakter zukomme und durch das Risiko eines Totalverlustes sie daher unter Genussrechte des § 226 Abs. 3 AktG falle.²³⁸

Zudem hätte die Emittentin aufgrund schlechter finanzieller Lage und drohender Insolvenz ohne Verschmelzung nicht weiter bestehen können. In diesem Fall hätten die Inhaber der Papiere weder Zins- noch Kapitalzahlungen erhalten. In Anbetracht der Wertlosigkeit der Nachranganleihen sei die Gewährung gleichwertiger Rechte oder einer Abgeltungszahlung durch die Beklagte nicht möglich gewesen.²³⁹ Die Beklagte strebte außerdem einen Zwischenfeststellungsantrag der Feststellung der wirksamen Beendigung der Nachranganleihen im Zuge der Verschmelzung der Emittentin auf die Beklagte an.²⁴⁰

Sowohl das Erstgericht als auch das Berufungsgericht haben entschieden, dass es sich bei den Nachranganleihen nicht um Genussrechte im Sinne des § 226 Abs. 3 Aktiengesetz handle, mit der Begründung, dass sie weder Eigenkapitalcharakter haben noch vom Gewinn abhängig seien. Damit sei § 226 Abs. 3 AktG auf diese Nachranganleihen nicht anwendbar und die Beendigung im Zuge der Verschmelzung nicht zulässig. Vielmehr seien die Anleihen im Zuge der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft (Beklagte) übergegangen.²⁴¹

Der Oberste Gerichtshof hatte dann schließlich als letzte Instanz erneut die Aufgabe sich mit der Frage der Anwendbarkeit von § 226 Abs. 3 AktG auf die gezeichneten Nachranganleihen zu beschäftigen. Da die richtige Anwendbarkeit des Unionsrechts in diesem Fall Zweifel beim österreichischen Gericht letzter Instanz aufgeworfen hat, wendete sich dieses mit dieser Frage und weiteren an den Europäischen

²³⁷ OGH 28.08.2014, 6 Ob 137/13k.

²³⁸ Vgl OGH 28.08.2014, 6 Ob 137/13k.

²³⁹ Vgl OGH 20.07.2016, 6 Ob 80/16g.

²⁴⁰ Vgl OGH 20.07.2016, 6 Ob 80/16g

²⁴¹ Vgl OGH 28.08.2014, 6 Ob 137/13k.

Gerichtshof.²⁴² Das Verfahren wurde daher ausgesetzt und dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.²⁴³

Neben Fragen zum anwendbaren Recht wendete der OGH sich mitunter folgender Frage an den EuGH:

Ist Art 15 der Dritten Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrags betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften in der Weise auszulegen, dass der Emittent gegenüber dem Inhaber anderer Wertpapiere, die mit Sonderrechten verbunden sind, jedoch keine Aktien darstellen, insbesondere bei Nachranganleihen, im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung berechtigt ist, das Rechtsverhältnis zu beenden und die Berechtigten abzuschichten?²⁴⁴

4.4.5 EuGH C-483/14 (Vorabentscheidungsverfahren)

In dem Ersuchen des Obersten Gerichtshofs ging es ua um die Auslegung des Artikels 15 der Verschmelzungsrichtlinie (78/855/EWG) bzw deren Umsetzung in § 226 Abs. 3 AktG, welcher wortgleich mit dem des § 15 Abs. 5 SpaltG. Das dreiseitige Gestaltungsrecht, welches sich aus der Umsetzung der Richtlinie ergibt und nach herrschender Meinung auf Seiten des Emittenten liegt, führte beim OGH zum Zweifel, ob diese Regelung richtlinienkonform umgesetzt wurde.²⁴⁵

In einem ersten Schritt hat sich der Europäische Gerichtshof dazu geäußert, was unter einem Sonderrechtsinhaber zu verstehen sei. Er kam zu dem Schluss, dass es sich dabei um Wertpapiere handle, bei denen die Inhaber mehr Rechte als lediglich die Tilgung der Verbindlichkeit und die Zahlung der Zinsen haben. Insbesondere Umtausch- oder Bezugsrechte auf Aktien, Anspruch auf Gewinnbeteiligung oder Vorzugsrechte deuten auf Sonderrechte hin.²⁴⁶

²⁴² OGH 28.08.2014, 6 Ob 137/13k.

²⁴³ Vgl EuGH, 07.04.2016, C-483/14, Rz 39.

²⁴⁴ OGH 28.08.2014, 6 Ob 137/13k.

²⁴⁵ Vgl *Fritzer/Hartlieb*, ÖBA 2017, 17.

²⁴⁶ Vgl *Told*, GES 2017, 71.

Die Nachranganleihen im Ausgangsfall scheinen demnach keine Rechte zu gewähren, welche über die bloße Tilgung und Zinszahlungen hinausgehen und würden damit keine Sonderrechte darstellen – die Entscheidung dazu überließ der EuGH jedoch dem nationalen Gericht. Diese Ansicht vertrat auch *Bot*, er begründete dies damit, dass der Sondercharakter von Nachranganleihen nicht dem Inhaber, sondern dem Emittenten Sonderrechte verleihe.²⁴⁷

In Bezug auf die Umsetzungsalternativen hat der EuGH in dieser Sache schließlich entschieden, dass die einseitige Beendigung des Rechtsverhältnisses seitens der Emittentin nicht zulässig sei. Die Auffassung der Berechtigung zu der einseitigen Beendigung seitens der Emittentin sei nicht im Sinne des Artikel 15 der Verschmelzungsrichtlinie, es entspreche auch nicht dessen Wortlaut. Somit stelle die Regelung im § 226 Abs. 3 keine europarechtskonforme Umsetzung von Art. 15 dar. Der Zweck der Regelung sei es die Interessen der Inhaber von Sonderrechten zu schützen und nicht der dem Emittenten zusätzliche Rechte einzuräumen.²⁴⁸ Aus dem Artikel 15 gehe nicht hervor, dass ein Wahlrecht seitens des Emittenten vorgeschrieben oder vorgesehen sei, insbesondere auch daher, dass dieser eine Zustimmung des Sonderrechtinhaber vorsehe.²⁴⁹

Die Umsetzung mit einem Wahlrecht sei grundsätzlich zulässig, dennoch ist es nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof so, dass der Regelfall die Einräumung gleichwertiger Rechte zu sein hat und etwaige Wahlrechte, wie etwa der Rückkauf oder die Beendigung nur mit der Zustimmung des Sonderrechtinhabers möglich sind. In erster Linie muss die Einräumung gleichwertiger Rechte gewährleistet sein.²⁵⁰

²⁴⁷ Vgl *Told*, GES 2017, 71.

²⁴⁸ Vgl EuGH, 07.04.2016, C-483/14, Rz. 69-71.

²⁴⁹ Vgl *Fritzer/Hartlieb*, ÖBA 2017, 18.

²⁵⁰ Vgl *Fritzer/Hartlieb*, ÖBA 2017, 18.

4.4.6 OGH 6 Ob 80/16g

Nachdem der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 6 Ob 137/13k in diesem Fall um eine Vorabentscheidung ersuchte und daraus das Urteil C-483/14 des Europäischen Gerichtshofs erging, befasste sich der OGH erneut mit dem Fall. Gegenstand des Verfahrens war die Frage der Anwendbarkeit des § 226 Abs. 3 AktG und falls notwendig des § 23 dUmwG auf die betreffenden Nachranganleihen.²⁵¹

Festgestellt wurde:

Bei einer Verschmelzung durch Aufnahme geht das gesamte Aktiv- und Passivvermögen von der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft über. Die übernehmende Gesellschaft erwirbt die übertragende Gesellschaft komplett und tritt daher auch in Hinblick auf abgeschlossene Verträge an dessen Stelle. Die bedeutet auch, dass die Nachranganleihen in Folge einer Verschmelzung nicht automatisch beendet werden, wenn die übertragende Gesellschaft vor der Verschmelzung Nachrangleihen begeben hatte. Daher wurde das Zwischenbegehren der Beklagten auf Feststellung der wirksamen Beendigung im Zuge der Verschmelzung der Emittentin bereits von Vorinstanzen zutreffend abgewiesen. Nach den Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs erfolgt ein umfassender Übergang, ohne dass Verpflichtungen erlöschen.²⁵²

Außerdem stellte das Höchstgericht unter Berufung auf den EuGH klar, dass nach einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hinsichtlich der Auslegung, der Erfüllung der Verpflichtungen und der Arten des Erlöschens eines von der übertragenden Gesellschaft geschlossenen Anleihevertrags dasselbe Recht wie vor der Verschmelzung anzuwenden sei.²⁵³ Für den Schutz der Gläubiger einer übertragenden Gesellschaft seien allerdings jene Vorschriften des Rechts anwendbar, dem die Gesellschaft schon vor der Verschmelzung unterlag.²⁵⁴

²⁵¹ Vgl *Kriwanek/Tuma*, Nachranganleihen bei internationaler Verschmelzung, RdW 2017/28.

²⁵² Vgl OGH, 20.07.2016, 6 Ob 80/16g.

²⁵³ Vgl EuGH 07.04.2016, C-483/14.

²⁵⁴ Vgl OGH 20.07.2016, 6 Ob 80/16g.

Da in den Emissionsbedingungen vereinbart wurde, dass deutsches Recht zur Anwendung komme, würde für das Erlöschen des Anleihevertrages deutsches Recht gelten, die deutschen Bestimmungen in § 23 dUmwG sehen, im Unterschied zu den österreichischen Bestimmungen, aber keine explizite Beendigungsmöglichkeit vor. Auch wenn die Bestimmungen zum Gläubigerschutz nach zypriotischem Recht zur Anwendung kommen, wurde mangels Vorliegens einer zulässigen Beendigung der Rechtsverhältnisse keine Ermittlung der zypriotischen Gläubigerschutzbestimmungen vorgenommen.²⁵⁵

Abschließend hielt der 6. Senat fest, dass die von der Beklagten vorgebrachten Literaturverweise an der dargelegten Ansicht des Senates nichts ändern. Das Begehren, dass aufgrund der schlechten finanziellen Lage der Emittentin und drohender Insolvenz die Nachranganleihen ohne Verschmelzung wertlos gewesen wären und daher die Einräumung gleichwertiger Rechte, mit wirtschaftlicher Gleichwertigkeit, nicht möglich gewesen wäre, wurde dahingehend abgewiesen, dass selbst im Extremfall zwar keine Abfindung zu leisten sei, aber von einem Untergang oder einer Beendigung nicht ausgegangen werden könne.²⁵⁶ Der OGH führte sohin aus (unter Berufung auf Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung, *ecolex* 2013, 133 [141 FN 101]; Stiegler, *EuZW* 2016, 343), dass § 23 dUmwG bei Wertlosigkeit eines Sonderrechts zum Zeitpunkt der Verschmelzung zwar zu einer Abfindung von null führe, aber nicht unmittelbar die Beendigung des Sonderrechts nach sich ziehen könne.²⁵⁷

Die gegenständliche Entscheidung führte zu einem Rechtsatz, der bisher jedoch noch für kein weiteres Judikat Anwendung fand.

RIS-Justiz - RS0130872:

*Nach der Entscheidung des EuGHs vom 7.4.2016, C-483/14 ermöglicht eine grenzüberschreitende Verschmelzung keine Beendigung von Nachranganleihen; vielmehr erfolgt ein umfassender Übergang des Passivvermögens auf die übernehmende Gesellschaft.*²⁵⁸

²⁵⁵ Vgl OGH 20.07.2016, 6 Ob 80/16g.

²⁵⁶ Vgl OGH 20.07.2016, 6 Ob 80/16g.

²⁵⁷ Vgl OGH 20.07.2016, 6 Ob 80/16g.

²⁵⁸ OGH 20.07.2016, 6 Ob 80/16g, RIS-Justiz RS0130872.

Klampfl hat sich ausführlich in seiner Glosse mit dem gegenständlichen Judikat auseinandergesetzt.

Er stimmt dem OGH in seinem Ergebnis grundsätzlich zu. Sowohl § 226 Abs. 3 AktG, als auch § 23 dUmwG sind nicht auf die gegenständlichen Nachrangdarlehen anwendbar. Einer Meinung ist *Klampfl* auch dahingehend, dass es bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zu einem Übergang des gesamten Aktiv- und Passivvermögen komme, somit auch bei Nachrangdarlehen.²⁵⁹

Klampfl bemängelt allerdings, dass nicht untersucht wurde, ob aufgrund des anwendbaren Vertragsrechts oder aufgrund von anwendbaren Gläubigerschutzbestimmungen eine Beendigung möglich gewesen wäre.²⁶⁰

Der OGH hielt in seiner Entscheidung fest, dass zur Art des Erlöschens die Vorschriften deutschen Rechts gelten, die Gläubigerschutzvorschriften seien allerdings nach zypriotischem Recht zu beurteilen. Laut dem OGH waren die zypriotischen Gläubigerschutzbestimmungen nicht entscheidungsrelevant gewesen, laut *Klampfl* jedoch wären diese zur Frage der Beendigung der Nachrangdarlehen maßgeblich, weil diese nicht den Vorgaben von Art 15 der Verschmelzungsrichtlinie entsprechen müssen und daher auch anders ausgestaltet sein könnten.²⁶¹

Abgesehen davon wurde auch der Frage nicht nachgegangen, ob die Unmöglichkeit der Einräumung gleichwertiger Rechte zu einer Beendigung führen hätte können, auch unabhängig von § 23 dUmwG.²⁶²

Klampfl kommt zu dem Schluss, dass viele Fragen im Zusammenhang mit dem Sachverhalt vom OGH nicht aufgegriffen wurden, gesteht dem OGH jedoch zu, dass die womöglich auf den engen Gegenstand des Revisionsverfahrens zurückzuführen sei.²⁶³

²⁵⁹ Vgl. *Klampfl*, Nachrangdarlehen und grenzüberschreitende Verschmelzung, GesRZ 2016, 350.

²⁶⁰ Vgl. *Klampfl*, GesRZ 2016, 350.

²⁶¹ Vgl. *Klampfl*, GesRZ 2016, 350.

²⁶² Vgl. *Klampfl*, GesRZ 2016, 350.

²⁶³ Vgl. *Klampfl*, GesRZ 2016, 350.

4.4.7 OGH 1Ob 93/16g

In einer späteren Entscheidung hat sich der Oberste Gerichtshof mit einem ähnlichen Sachverhalt und mit ähnlichen Fragen auseinandergesetzt. In besagter Entscheidung bezog sich der OGH auch auf Aussagen des EuGHs in Bezug auf die vorangegangenen Entscheidungen.

Soweit ersichtlich ist die Entscheidung 1 Ob 93/16g jedoch bisher die einzige des Obersten Gerichtshofs, welche sich explizit mit Abs. 5 des § 15 SpaltG auseinandersetzt und aus der sich zwei Rechtsätze herausgebildet haben.

RIS-Justiz - RS0130864:

§ 15 Abs. 5 SpaltG ist durch richtlinienkonforme Interpretation und zur Vermeidung von systematischen Widersprüchen dahingehend zu reduzieren, dass – im Fall von Wertpapieren im Sinn von Art 13 der Spaltungsrichtlinie – im Rahmen der Spaltung jedenfalls ein Kündigungsrecht des Emittenten nicht besteht; die Gewährung gleichwertiger Rechte hat Vorrang.²⁶⁴

RIS-Justiz - RS0130863:

Wertpapiere, die mit Sonderrechten verbunden, jedoch keine Aktien sind, im Sinn von Art 13 der Spaltungsrichtlinie sind unter anderem Schuldverschreibungen, bei denen ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf Aktien, ein Vorzugsrecht auf Zeichnung des Gesellschaftskapitals oder ein Anspruch auf Gewinnbeteiligung eingeräumt wird. Es handelt sich um Wertpapiere, deren Inhaber mehr Rechte haben als das auf bloße Tilgung der Verbindlichkeit und Zahlung der vereinbarten Zinsen. Dies gilt insbesondere für Wertpapiere, deren Inhaber das Recht auf Umtausch gegen Aktien oder Anspruch auf Gewinnbeteiligung an der Emittentin haben.²⁶⁵

Gegenstand des Falles war eine variable Ergänzungskapital-Anleihe gemäß § 23 Abs. 7 BWG in alter Fassung. Der OGH beschäftigte sich umfassend mit dem Begriff des

²⁶⁴ OGH, 21.06.2016, RIS-Justiz RS0130864.

²⁶⁵ OGH, 21.06.2016, RIS-Justiz RS0130863.

Ergänzungskapitals, insbesondere einer Ergänzungskapitalanleihe und ging auf das Verständnis der Spaltungsrichtlinie ein.

Die Anleihebedingungen enthielten einen Kündigungsausschluss, für den Inhaber sowie auch für die Emittentin. Nach 9 Jahren spaltete die Emittentin als übertragende Gesellschaft einen Teilbetrieb im Wege einer Abspaltung zur Aufnahme auf ihre Alleinaktionärin als übernehmende Gesellschaft aufgrund massiver wirtschaftlicher Schwierigkeiten ab. Diese Spaltung zum Anlass genommen, erklärte die Emittentin unter Berufung auf § 15 Abs. 5 SpaltG die Kündigung der Ergänzungskapitalanleihe und gewährte den Anleihegläubigern eine angemessene Abgeltung.²⁶⁶

Die Klage einer Anleihegläubigerin richtete sich auf Feststellung, der weiterhin wirksamen aufrechten Ergänzungskapitalanleihe. Sie berief sich dabei auf den vertraglich vereinbarten Kündigungsausschluss. Zudem komme § 15 Abs. 5 auch nicht zur Anwendung, weil es sich bei der Nachranganleihe nicht um ein Genussrecht im Sinne dieser Bestimmung handelt.²⁶⁷

Die Beklagte hingegen wendete ein, dass die Nachranganleihe Eigenkapitalcharakter aufweise, welcher sich auf die Nachrangigkeit und die Ertragsabhängigkeit stütze. Zudem beziehe sich der vereinbarte Kündigungsausschluss nicht auf die Bestimmungen des § 15 Abs. 5 SpaltG.²⁶⁸

Das Ersturteil lautete, dass die Kündigung nach § 15 Abs. 4 SpaltG zulässig und wirksam sei, mit der Begründung, dass der Emittentin ungeachtet des vereinbarten Kündigungsausschlusses die Geltendmachung der Gestaltungsrechte nach § 15 Abs. 5 zustehe. Das Gericht zweiter Instanz bejahte dieses Urteil, stützte sich dabei allerdings auf das außerordentliche Kündigungsrecht bei Dauerschuldverhältnissen, welches laut dem Berufungsgericht unverzichtbar sei. Der Frage, ob die Ergänzungskapitalanleihe unter Genussrechte im Sinne des § 15 Abs. 5 fallen, wurde nicht weiter nachgegangen.²⁶⁹

²⁶⁶ Vgl. *Foglar-Deinhardstein*, Kein Squeeze-out von Hybridkapital aus Anlass einer Umgründung, ZFR 2016/275.

²⁶⁷ Vgl. OGH 21.06.2016, 1 Ob 93/16g.

²⁶⁸ Vgl. OGH 21.06.2016, 1 Ob 93/16g.

²⁶⁹ Vgl. OGH 21.06.2016, 1 Ob 93/16g.

Der Oberste Gerichtshof hingegen verneinte sowohl die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund von Dauerschuldverhältnissen als auch das Kündigungsrecht nach § 15 Abs. 5 SpaltG seitens der Emittentin.²⁷⁰

Die Emittentin war nach Auffassung des OGH nicht zur außerordentlichen Kündigung berechtigt. Der 1. Senat begründete dies damit, dass grundsätzlich das allgemeine Kapitalmarktrisiko dem Gläubiger zuzurechnen sei und die Verschlechterung der finanziellen Lage der Emittentin selbst für den Gläubiger keinen für die außerordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses notwendigen wichtigen Grund darstelle. Daraus könne nach Ansicht des OGH aber nicht geschlossen werden, dass deshalb der Emittentin ein Kündigungsrecht zustünde.²⁷¹

Außerdem sei der Emittentin die Aufrechterhaltung der Ergänzungskapitalanleihe auch nicht unzumutbar, weil bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage und bei einem Verlust keine Zinsen zu zahlen seien. Aus Sicht des Obersten Gerichtshofs sei bei Beendigung eine Abwägung zwischen Bestandsinteresse und Auflösungsinteresse beider Teile vorzunehmen, welche ergebe, dass eine Unzumutbarkeit eben nicht vorliege.²⁷²

Obwohl nach Ansicht des OGH also kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorlag und außerdem wegen § 23 Abs. 7 BWG auch schon gar kein Recht zur vorzeitigen Beendigung bestand, untersuchte der OGH auch die von der Emittentin als Rechtsgrundlage für ihre Kündigung verwendete Bestimmung im § 15 Abs. 5 SpaltG. Hierfür bezog sich der OGH auf Aussagen des Europäischen Gerichtshof in der Entscheidung C-483/14 zur verschmelzungsrechtlichen Parallelbestimmung – § 226 Abs. 3 AktG, welche bereits in den vorangegangenen Kapiteln behandelt wurde und welche durch ein Vorabentscheidungsersuchen des 6. Senats herbeigeführt wurde.²⁷³

§ 15 Abs. 5 SpaltG und § 226 Abs. 3 AktG lauten übereinstimmend. Nach bisher hA sind die beiden Bestimmungen so zu verstehen, dass einer Emittentin von

²⁷⁰ Vgl OGH 21.06.2016, 1 Ob 93/16g.

²⁷¹ Vgl OGH 21.06.2016, 1 Ob 93/16g.

²⁷² Vgl OGH 21.06.2016, 1 Ob 93/16g.

²⁷³ Vgl *Foglar-Deinhardstein*, ZFR 2016/275.

Hybridkapital, die als übertragende oder übernehmende Gesellschaft an einer Spaltung bzw Verschmelzung teilnimmt, gegenüber den schuldrechtlich Beteiligten ein gesetzliches Gestaltungsrecht zusteht, wobei sie zwischen drei Optionen wählen kann: Sie kann gleichwertige Rechte gewähren oder den Inhalt des Rechts ändern, wobei die Änderung angemessen abzugelten ist, oder das Rechtsverhältnis durch Kündigung beenden und die Kündigung angemessen abgelden (Abschichtung).²⁷⁴

Zunächst stellte der OGH klar, dass die Ergänzungskapitalanleihe seiner Ansicht nach bei richtlinienkonformer Interpretation des § 15 Abs. 5 SpaltG weder unter die dort genannten Schuldverschreibungen noch unter die Genussrechte falle. Die Inhaberin der Ergänzungskapitalanleihe habe keine Rechte, welche über die bloße Tilgung der Verbindlichkeit und die Zahlung der Zinsen hinausgehe, was laut Definition des Urteils des EuGH C-483/14 ausschlaggebend für das Bestehen eines Sonderrechts sei. Selbst wenn man aber die Ansicht vertrete, dass die Ergänzungskapitalanleihe von § 15 Abs. 5 SpaltG erfasst wäre, würde dies dennoch nicht die Kündigung der Emittentin rechtfertigen.²⁷⁵

Als Begründung führte der OGH aus, dass mit § 15 SpaltG die Spaltungsrichtlinie umgesetzt werden sollte, weshalb das Höchstgericht auch von einer Bindung dieser Regelung an die Vorgaben der Spaltungsrichtlinie ausgehe. Nach Art 13 der Spaltungsrichtlinie sei aber, wie auch bereits in den vorangegangenen Entscheidungen, weder vom Wortlaut noch vom Sinn her herauszulesen, dass die Emittentin der Wertpapiere berechtigt sei, das Rechtsverhältnis einseitig zu beenden. Nach diesen Bestimmungen werde der Inhaber der Wertpapiere berechtigt, nicht jedoch die Emittentin. § 15 Abs. 5 SpaltG sei durch richtlinienkonforme Interpretation und zur Vermeidung von systematischen Widersprüchen zu reduzieren, weil der europäische Gesetzgeber dem Anleiheemittenten das Recht zur einseitigen Vertragsauflösung bzw Vertragsänderung nicht zugestehe.²⁷⁶ Die richtlinienkonforme Interpretation der Bestimmung ergebe, dass - im Fall von Wertpapieren iSv Art 13 der SpaltungsRL - die Gewährung gleichwertiger Rechte jedenfalls Vorrang habe.

²⁷⁴ Vgl *Foglar-Deinhardstein*, ZFR 2016/275.

²⁷⁵ Vgl OGH 21.06.2016, 1 Ob 93/16g.

²⁷⁶ Vgl OGH 21.06.2016, 1 Ob 93/16g.

Abschließend stellte der OGH fest, dass dem Emittenten ein Kündigungsrecht jedenfalls nicht zustehe.²⁷⁷

Somit teilte der OGH in diesem Urteil nicht die Ansicht beider Vorinstanzen.

Darüber hinaus folgte er in seiner Entscheidung und seiner Begründung auch nicht der Ansicht der herrschenden Lehre zu § 15 Abs. 5 SpaltG. Das Höchstgericht hielt ausdrücklich fest, dass der europäische Gesetzgeber dem Emittenten das Recht zur einseitigen Auflösung und Änderung nicht zugestehe. § 15 Abs. 5 SpaltG sei daher durch richtlinienkonforme Interpretation und zur Vermeidung von systematischen Widersprüchen zu reduzieren.²⁷⁸ Der OGH zitierte dabei die Ansichten von den Autoren *Kalss* und *Zollner* aus Lehre und merkte an, dass die Aussage der Gesetzgeber sei absichtlich von der Richtlinie abgewichen, zum einen nicht belegt und zum anderen offenbar interessengeleitet seien.²⁷⁹

Diese gegenständliche Entscheidung des 1. Senats des Obersten Gerichtshof hatte zahlreiche wissenschaftliche Beiträge zur Folge und zeigt wie unterschiedlich die Ansichten hinsichtlich des Gläubigerschutzes und der Stellung der Sonderrechtsinhaber bei Umgründungen bzw der richtlinienkonformen Interpretation der Bestimmungen § 226 Abs. 3 AktG bzw § 15 Abs. 5 SpaltG in der Literatur sind.

4.4.8 Entwicklung in der Literatur

Es wurde bereits erwähnt, dass in Österreich das vorherrschende Verständnis besteht, dass die drei Gestaltungsalternativen des § 15 Abs. 5 SpaltG frei zur Auswahl stehen, und zwar auch für den Emittenten von Sonderrechten.

Im Anschluss an die Entscheidung C-483/14 des Europäischen Gerichtshofs wurde diese Selbstverständlichkeit jedoch erschüttert. Der EuGH hat ein sehr enges Verständnis des Begriffes Sonderrechtsinhaber, und auch ein Beendigungsrecht auf Seiten des Emittenten schließt der Europäische Gesetzgeber aus.²⁸⁰ Die Möglichkeit, dass der Emittent das Rechtsverhältnis einseitig beendet, entspricht weder dem

²⁷⁷ Vgl OGH 21.06.2016, 1 Ob 93/16g.

²⁷⁸ Vgl *Foglar-Deinhardstein*, ZFR 2016/275.

²⁷⁹ Vgl *Foglar-Deinhardstein*, ZFR 2016/275.

²⁸⁰ *Told*, GES 2017, 63.

Wortlaut noch dem Sinne der Vorschrift. Es soll dem Inhaber von Sonderrechten, Rechte verliehen werden, aber nicht den Emittenten.²⁸¹

Der Oberste Gerichtshof hat im Anschluss des Urteils des EuGHs diesem nicht widersprochen und seine Ansichten übernommen. Demnach ist eine Beendigung von Nachranganleihen im Zuge einer Verschmelzung nach der Entscheidung des EuGHs nicht möglich.²⁸² In einer späteren Entscheidung hat der OGH diese Vorgaben dann auch bei einer Spaltung angewandt. Diese höchstgerichtlichen Entscheidungen hatten zahlreiche wissenschaftliche Beiträge zur Folge, welche zeigen wie unterschiedlich die Ansichten hinsichtlich des Gläubigerschutzes und der Stellung der Sonderrechtsinhaber bzw der richtlinienkonformen Interpretation der Bestimmungen § 15 Abs. 5 SpaltG bzw § 226 Abs. 3 AktG in der Literatur sind.

Folglich soll hier ein Überblick des Meinungsstreites bzw des differenzierten Meinungsstandes dargelegt werden, der allgemein auch die Schwierigkeiten der Umsetzung von EU-Richtlinien wiederum unter Beweis stellt.

Told hat sowohl die besprochene OGH-Entscheidung (1 Ob 93/16g) als auch die EuGH-Entscheidung als Anlass genommen in ihrem Aufsatz ausführlich die Rechtsfragen zu erörtern, ob die Gestaltungsalternativen des § 226 Abs. 3 AktG bzw § 15 Abs. 5 SpaltG allesamt europarechtskonform sind und welche Rechtsinhaber darunterfallen.

Told vertritt die Meinung, dass kein freies Wahlrecht bestehe und insbesondere die beiden Alternativen zwei und drei nicht von den Intentionen des europäischen Gesetzgebers umfasst seien. Dies stützt sie schließlich auch auf die Aussagen des EuGHs welche aus dem Urteil C-483/14 ergeben.

Sie kritisiert jedoch, dass der europäische Gerichtshof sich nicht dazu geäußert habe ob die Gestaltungsrechte nun zulässig sind, lediglich dass sie nicht den europäischen Vorgaben entsprechen. Die Autorin gibt daher nicht überraschend dem Obersten

²⁸¹ EuGH, 07.04.2016, C-483/14.

²⁸² RIS-Justiz RS0130872.

Gerichtshof Recht die Gestaltungsalternativen zwei und drei richtlinienkonform zu interpretieren.²⁸³

Sie weist außerdem darauf hin, dass ein Wahlrecht, das von der Richtlinie für den Sonderrechtsinhaber vorgesehene Schutzniveau senken würde und das wohl zu einer Verfehlung dieser führen würde. Ein Absehen von dieser Gewährung sei nur dann möglich, wenn es Zustimmung vom Sonderrechtsinhaber gibt oder die Gewährung gleichwertiger Rechte faktisch unmöglich ist. Diese Deutung ist laut *Told* im Wortlaut der Bestimmung gedeckt und auch dazugehörige Materialien sprechen dafür. Dennoch würde sie sich eine Klarstellung aus Rechtssicherheitsgründen wünschen.²⁸⁴

Sie geht zudem auch davon aus, dass es sich bei der Umsetzung wohl um eine fehlerhafte Umsetzung handelt. Der österreichische Gesetzgeber habe laut ihrer Ausführungen falsche Vorstellungen vom Inhalt des Artikels 13 der Spaltungsrichtlinie gehabt. Sie verweist dabei auch auf das vorangegangene Spaltungsgesetz 1993, welches bereits ein Abänderungsrecht enthalten hat, eben auch für den Emittenten. Sie unterstellt dem Gesetzgeber damit, dass ein Wahlrecht des Emittenten bei der Umsetzung vorgesehen war.²⁸⁵

In ihrem Aufsatz äußert *Told* aber auch Kritik an anderen Autoren, so haben sich einige Autoren anfangs gegen ein Wahlrecht bei den Gestaltungsalternativen ausgesprochen, in anderen Publikationen sich dann allerdings wieder dafür ausgesprochen.²⁸⁶

Im Zusammenhang mit der Beendigung von Sonderrechten im Zuge einer Spaltung oder Verschmelzung wird sehr oft auf das außerordentliche Kündigungsrecht eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund verwiesen, welches unverzichtbar ist und somit auch vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann. In der Entscheidung 1 Ob 93/16g wird dies aber vom Obersten Gerichtshof verneint, eine Verschlechterung der finanziellen Lage liege in der Sphäre der Emittentin.²⁸⁷ Diese Meinung teilt auch *Told*, der wichtige Grund für das außerordentliche Kündigungsrecht muss vom

²⁸³ *Told*, GES 2017, 75.

²⁸⁴ *Told*, GES 2017, 75.

²⁸⁵ *Told*, GES 2017, 74.

²⁸⁶ *Told*, GES 2017, 71-72.

²⁸⁷ Vgl OGH 21.06.2016, 1 Ob 93/16g.

anderen Vertragspartner gesetzt werden. Im Falle der Kündigung von Sonderrechten im Zuge einer Spaltung ist dies schließlich nicht der Fall.²⁸⁸

Foglar-Deinhardstein hat sich in der Zeitschrift für Finanzmarktrecht ebenfalls mit dem Judikat 1 Ob 93/16g auseinandergesetzt. Der Autor schließt sich ebenfalls der Meinung des Höchstgerichtes an. Eine außerordentliche Kündigung sei dann unwirksam, wenn sie ausgesprochen werde, obwohl kein als wichtig anzuerkennender Grund vorliege, mit dem Hinweis darauf, dass der OGH letztlich festgestellt habe, dass die Ergänzungskapitalanleihe in der gegenständlichen Entscheidung weiterhin wirksam aufrecht sei. Die bisherige Ansicht des dreiseitigen Gestaltungsrechts hält *Foglar-Deinhardstein*, wenn man der Sichtweise des OGH folgt, als überholt.²⁸⁹

Bachner analysierte in seinem Beitrag die in diesem Zusammenhang aufgeworfene Rechtsfrage und hatte zugleich die Absicht das Bewusstsein dafür zu schärfen, dass eine so genannte "herrschende Lehre" manchmal unter recht seltsamen Umständen zustande komme.²⁹⁰

Bachner, wie auch *Told*, kritisiert in seinem Beitrag andere Autoren, welche sich im Verlauf der Zeit gegensätzlich zu dem dreiseitigen Gestaltungsrecht geäußert haben. Er geht mit jenen Autoren, die ihre Ansichten zu diesem Thema unbegründet bzw wohl interessengeleitet geändert haben und somit die herrschende Lehre zu § 226 Abs. 3 AktG bzw § 15 Abs. 5 SpaltG mitbegründen, hart ins Gericht und dankt in seinem Abschlusssatz dem Senat des OGH nicht der herrschenden Lehre gefolgt zu sein.²⁹¹

Insbesondere *Kalss* wird in seinem Beitrag stark kritisiert. Sie gilt als eine Vertreterin oder Verkünderin des Wahlrechtes der drei Gestaltungsalternativen, äußerte sie sich in einem Beitrag dazu, dass diese Bestimmung dem Emittenten die Möglichkeit gäbe, eine Umgründung zum Anlass zu nehmen, einen Sonderrechtsinhaber abzufinden und sich so von ihm zu entledigen.²⁹² Für *Bachner* bedeutet eine solch willkürliche Möglichkeit zur einseitigen Vertragsbeendigung einen offensichtlichen Widerspruch zu

²⁸⁸ Vgl *Told*, GES 2017, 73.

²⁸⁹ *Foglar-Deinhardstein*, ZFR 2016/275.

²⁹⁰ *Bachner*, ÖJZ 2018/25.

²⁹¹ *Bachner*, ÖJZ 2018/25.

²⁹² *Bachner*, ÖJZ 2018/25.

den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen, wie etwa der Vertragstreue. Er zweifelt daran, dass es dafür eine sachliche Rechtfertigung gäbe und der Gesetzgeber diesen Zweck bei der Umsetzung verwirklichen wollte.²⁹³

Die Ansicht des Höchstgerichts, dass Ergänzungskapitalanleihen nicht in den Anwendungsbereich des § 15 Abs. 5 SpaltG fallen, teilt *Bachner* allerdings nicht, mit der Begründung, dass Ergänzungskapitalanleihen wegen der Abhängigkeit der Zinszahlung und des Rückzahlungsbetrags von den Gewinnen bzw. Verlusten der Emittentin als Sonderrechte iSd § 15 Abs. 5 zu subsumieren seien.²⁹⁴

Die von *Bachner* in seinem Beitrag stark kritisierte *Kalss* kommentiert die Entscheidung (1Ob 93/16g) in ihrer Glosse erwartungsgemäß eher negativ. Für *Kalss* stelle die Entscheidung des OGH, dass eine Kündigungsmöglichkeit seitens des Emittenten nicht gegeben ist, eine Einschränkung der vom österreichischen Gesetzgeber gewährten Gestaltungsmöglichkeiten dar, welche europäisch geprägt sei.²⁹⁵

Die Glossatorin skizziert zunächst einen kurzen Überblick der Entstehung der gegenständlichen Bestimmung und erwähnt wie auch *Told* das Spaltungsgesetz 1993 und die darin bereits enthaltenen Alternativen. *Kalss* weist anschließend auf die Grenze der richtlinienkonformen Interpretation hin, bei der das nationale Recht die Grenze bildet. Eine richtlinienkonforme Interpretation sei nicht möglich, wenn der nationale Gesetzgeber den Inhalt der Richtlinie bewusst nicht umsetzen wollte. Eine Diskussion in diesem Zusammenhang blieb ihrer Meinung nach leider aus.²⁹⁶

Die Einschränkung der gesetzlichen Gestaltungsmöglichkeiten hat nun für die Praxis zur Folge, dass einerseits die Kündigung seitens des Emittenten nicht eingesetzt werden könne, um sachgerecht Eigenkapitalinstrumente unbekannter Inhaber zu bereinigen. Andererseits wird aber auch der Entledigung von Vertragspartnern durch den Einsatz von Umgründungen ein Riegel vorgeschoben.²⁹⁷ Außerdem will *Kalss* zur

²⁹³ *Bachner*, ÖJZ 2018/25.

²⁹⁴ *Bachner*, ÖJZ 2018/25.

²⁹⁵ *Kalss*, Kündigung einer Ergänzungskapitalanleihe nach einer Spaltung des Emittenten, GesRZ 2017, 119.

²⁹⁶ *Kalss*, GesRZ 2017, 119.

²⁹⁷ Vgl. *Kalss*, GesRZ 2017, 119.

Überlegung anregen, ob ein solches Kündigungsrechts seitens des Emittenten vertraglich vereinbart werden kann.²⁹⁸

Zollner hat sich in seinen Beiträgen jener Lehre von *Kalss* angeschlossen. So teilt *Zollner* gemeinsam mit *Hartlieb* die Ansicht, dass laut Artikel 15 Verschmelzungsrichtlinie verschiedene Alternativen zum Schutz von Sonderrechtsinhabern zur Verfügung stehen. Sie sprechen dabei von einem Regel-Ausnahme Modell und unterstellen dabei die beiden Ausnahmen beliebig einsetzen zu können und nicht erst wenn die Gewährung gleichwertiger Rechte unmöglich ist. Die Gewährung gleichwertiger Rechte erkennen sie aber schon als Regelfall an. Nach Ansicht der beiden Autoren liegt das Wahlrecht jedenfalls auf der Seite des Emittenten.

Ein Wahlrecht auf Seite des Sonderrechtsinhabers würde ihrer Meinung nach zu einer Mehrbelastung der übernehmenden Gesellschaft führen, weil der Emittent sowohl die Einräumung von gleichwertigen Rechten, als auch die Abgeltung – zu einem angemessenen Preis – anbieten müsse. Nach Ansicht von *Zollner* und *Hartlieb* habe der österreichische Gesetzgeber bei der Umsetzung zulässigerweise auch auf die Interessen der Gesellschaft geachtet.²⁹⁹

Für *Bachner* hingegen ist diese *Umkehrung* nicht einleuchtend, denn nur weil dem Emittenten kein Wahlrecht zustehe, bedeute dies nicht automatisch die Begründung eines Wahlrechts für den Sonderrechtsinhaber.³⁰⁰

In einem anderen Beitrag zu Sanierungsfusionen sprechen *Zollner* und *Hartlieb* ebenfalls davon, dass dem Emittenten der Sonderrechte die Wahl zustehe, ob die Sonderrechte in der fusionierten Gesellschaft fortgeführt werden oder abgegolten werden sollen.³⁰¹

Sowohl *Zollner* als auch *Kalss* haben sich jedoch ursprünglich gegen das freie Wahlrecht ausgesprochen. So vertrat *Zollner* einst die Meinung, dass dem Gesetzeswortlaut nach die übernehmende Gesellschaft zwar die Wahl habe, jedoch

²⁹⁸ Vgl *Kalss*, GesRZ 2017, 119.

²⁹⁹ Vgl *Zollner/Hartlieb*, *ecollex* 2015, 124; 127.

³⁰⁰ Vgl *Bachner*, ÖJZ 2018/25.

³⁰¹ Vgl *Hartlieb/Zollner*, *ecollex* 2015, 915.

seien die beiden Alternativen 2 und 3 des Emittenten zu reduzieren und der Anspruch auf Aufrechterhaltung eines angepassten Verhältnisses in den Vordergrund zu stellen. Auch *Kalss* vertrat zuvor noch die Meinung, dass die Variante der Änderung als richtlinienkonform zu betrachten sei.³⁰²

Erst in späteren Publikationen gingen die beiden Autoren von einer Selbstverständlichkeit der Gestaltungsalternativen aus, wofür sie kritisiert wurden, wie eben auch vom Obersten Gerichtshof in seiner Entscheidung 1 Ob 93/16g.³⁰³

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (C-483/14) machte eine Argumentation für ein Wahlrecht seitens der Emittenten jedoch schwieriger. In Folge argumentieren einige Autoren, wie oben bereits kurz ausgeführt, auch *Kalss*, damit, dass die Bestimmung keine Umsetzung des Artikel 13 der Spaltungsrichtlinie darstelle, sondern vom nationalen Gesetzgeber bewusst ein anderer Weg gewählt wurde. Dies würde dann auch dazu führen, dass eine richtlinienkonforme Interpretation nicht möglich sei.³⁰⁴

Dem entgegen steht jedoch die Entscheidung des OGH (1 Ob 93/16g) und einer der daraus entstandenen Rechtsätze, welcher besagt, dass § 15 Abs. 5 SpaltG durch richtlinienkonforme Interpretation zu reduzieren ist.³⁰⁵

³⁰² Vgl *Bachner*, ÖJZ 2018/25.

³⁰³ Vgl *Told*, GES 2017, 77; 72.

³⁰⁴ Vgl *Bachner*, ÖJZ 2018/25.

³⁰⁵ OGH, 21.06.2016, RIS-Justiz RS0130864.

5. Fazit

Getrieben von zahlreichen Motiven dient das Rechtsinstitut der Spaltung als eine attraktive Möglichkeit für die Umstrukturierung von Unternehmen. Insbesondere auch im Falle einer Unternehmenskrise. Bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit oder aber auch schon in weniger kritischen Stadien kann eine Spaltung eingesetzt werden, um ein in die Krise geratenes Unternehmen zu sanieren. Neben all den zahlreichen Motiven, wie etwa persönlichen, finanziellen oder rechtlichen Motiven spielen die wirtschaftlichen und steuerlichen die wohl größte Rolle.

Der steuerliche Aspekt ist bei Umgründungen generell, und somit auch bei der Spaltung ein ausschlaggebender Grund für deren Attraktivität. Das österreichische Umgründungssteuergesetz bietet seinen Rechtsanwendern Erleichterungen für die Übertragung von Vermögen. Generell gilt nämlich das Prinzip der Steuerneutralität im UmgrStG. Die Durchführung einer steuerneutralen Spaltung ist bei Erfüllen der dafür vorgesehenen Voraussetzungen gegeben. Es führt dadurch zu keiner Besteuerung von Stillen Reserven.

Ein weiterer steuerlicher Vorteil ist die Möglichkeit der Verwertung vom Verlustabzug der übertragenden Gesellschaft. Grundsätzlich steht der Verlustabzug nur dem zu, der den Verlust auch erwirtschaftet hat – also der übertragenden Gesellschaft. Allerdings hat das UmgrStG auch hier eine Regelung, die bei einer Spaltung zu Erleichterungen führt und schafft eine Ausnahme, die es erlaubt, den Verlustabzug der übertragenden Gesellschaft auch verwerten zu können. Auch in der Praxis zeigt sich, dass Unternehmen mit hohen Verlustvorträgen sehr attraktiv für potentielle Käufer sind, weil die Sonderregelung im UmgrStG eben dazu führt diese auch in den Folgejahren verwerten zu können.

Neben den Vorteilen, die eine Spaltung bietet, ist beim Einsatz der Spaltung aber auch darauf zu achten, dass diese nicht zu missbräuchlichen Zwecken verwendet wird – dies gilt es auch durch das Gesetz zu schützen. Insbesondere der Schutz von Gläubigern ist dabei wichtig. Dies gilt für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft genauso wie für die, der übernehmenden Gesellschaft. Das Spaltungsgesetz enthält die dafür erforderlichen Bestimmungen. Nebst den Regelungen für alle Gläubiger sieht

das Gesetz auch spezielle Regelungen für Inhaber von Sonderrechten vor. Dieses zweiseitige Schutzkonzept war vom europäischen Gesetzgeber so vorgesehen.

Es wurde aber bei der Umsetzung der europäischen Vorgaben ein etwas weiterer Spielraum gewährt als vorgesehen. Die oftmals erwähnten 3 Gestaltungsalternativen – gleichwertige Rechte, Änderung oder Abgeltung – führten in der Literatur immer wieder zu Diskussionen, insbesondere zu der Frage, ob die Umsetzung denn konform mit der Richtlinie ist und beschäftigten schließlich auch den Obersten Gerichtshof und den Europäischen Gerichtshof – mit dem Ergebnis, dass sie nicht als gleichwertige Alternativen anzusehen sind. Somit kann auch bei der Umsetzung im österreichischen Recht nicht von richtlinienkonformer Umsetzung gesprochen werden. Dennoch kann Abhilfe geschaffen werden, indem § 15 Abs. 5 richtlinienkonform interpretiert werden muss. Eine Beendigung jedoch darf grundsätzlich nicht einseitig vom Emittenten erfolgen, weil ein Entledigen von bestimmten Gläubigern im Zuge der Spaltung definitiv vermieden werden soll, um so den Schutz von an der Spaltung beteiligten Gläubigern zu garantieren.

Die unterschiedlichen und teils gegensätzlichen Meinungen zum dreiseitigen Gestaltungsrecht wurden in dieser Arbeit behandelt. Die vormals herrschende Meinung, dass ein Wahlrecht, eben auch für den Emittenten bestehe wurde meiner Meinung nach durch die Entscheidung des EuGHs und in Folge auch durch die nachfolgenden Entscheidungen des OGHs überholt. Nach meinem Verständnis sind die Gestaltungsalternativen 2 und 3 nicht von den Vorgaben des europäischen Gesetzgebers gedeckt und insbesondere nach den Aussagen des Europäischen Gerichtshofs auch so zu verstehen und in weiterer Folge dann auch so auszulegen. Interessant ist jedenfalls die Frage ob eine solche Beendigungsmöglichkeit als Vertragsbestandteil aufgenommen werden kann.

Abgesehen von der Herausforderung der richtlinienkonformen Interpretation bleibt auch eine Definition für den Sonderrechtsinhaber weitgehend aus – wer darunterfällt, geht vielmehr nur aus der Judikatur hervor. Generell sind es Rechte, die über das bloße Zahlen von Zinsen und die Tilgung der Verbindlichkeit hinausgehen. Das Spaltungsgesetz sieht die Inhaber von Genussrechten und Schuldverschreibungen vor.

Literaturverzeichnis

Ambrosch/Wild, VwGH: Keine willkürliche Zuordnung und Verrechnung von Verlusten bei Spaltungen gemäß Art VI UmgrStG, RWZ 2018/74

Bachner, Die Limited in der Insolvenz (2007)

Bachner, Über das sonderbare umgründungsgeborene Sonderkündigungsrecht zum Nachteil der Inhaber von Sonderrechten – Zugleich ein Beitrag zur Qualitätssicherung in der Rechtswissenschaft, ÖJZ 2018/25

Baiser, Steuern, Ein systematischer Grundriss¹² (2014)

Bamberger/Wrona, Turnaround/Restrukturierung von Unternehmen in Krisensituationen in Strategische Unternehmensberatung (2012)

Barfuß, Wiener Juristische Gesellschaft, JBI 2010

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

Behringer, Unternehmenssanierung: Ursachen - Krisenfrüherkennung – Management (2017)

Bergmann/Pinetz, Zur Reihenfolge der steuerlichen Verlustverwertung, GES 2017

Bertl/Djanani/Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnik/Rohn (Hrsg), Handbuch der österreichischen Steuerlehre Band I, Teil 1: Theorie und Methoden, Steuerarten und Abgabenverfahren⁴ (2015) Sonderausgaben, insbesondere Mantelkauf (§ 8 Abs. 4 KStG)

Bieber/Tratlehner, Verlustvortrag(-abzug) (Stand 28.8.2019, Lexis Briefings in lexis360.at)

Bleyer, ÖStZB 2018/296

BMF, <https://www.bmf.gv.at/steuern/selbststaendige-unternehmer/einkommensteuer/est-verlustverwertung.html>

Brodil/Risak (Hrsg), *Arbeitsrecht in Grundzügen*¹⁰ (2019) Einführung in die Rechtswissenschaften

Buchegger/Markowetz, *Insolvenzrecht* (2010)

Bysikiewicz, *Unternehmensbewertung bei der Spaltung* (2008)

Bydlinski, Richtlinienkonforme „gesetzesübersteigende“ Rechtsfindung und ihre Grenzen – eine methodische Vergewisserung anlässlich 20 Jahre EU-Mitgliedschaft, JBI 2015

Die Presse, <https://www.diepresse.com/5718158/hti-insolvenz-immer-wiederangebote>

Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn (Hrsg), *Kommentar zum EStG Verlustabzug (Abs. 6 und 7)*

Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, *Handbuch zum Gesellschaftsrecht* (2007)

EuGH: Nachrangdarlehen bei internationaler Verschmelzung (08.04.2016, LexisNexis Rechtsnews 21420 in lexis360.at)

EUR-LEX, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126008>

EUR-LEX, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex:31982L0891>

Fink, *Insolvenzrecht*⁷ (2010)

Foglar-Deinhardstein, Kein Squeeze-out von Hybridkapital aus Anlass einer Umgründung, ZFR 2016/275

Frenz, Handbuch Europarecht, Wirkungen und Rechtsschutz

Fritzer/Hartlieb, § 226 Abs. 3 AktG und die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation, ÖBA 2017, 16

Gratzl/Hausmaninger/Justich, Handbuch zur Aktiengesellschaft², Begriffe im Spaltungsrecht (2016)

Hartlieb/Zollner, Sanierungsfusionen, ecolex 2015

Holzinger, Praxis: Einkommensteuer – Allgemeines (Stand 11.4.2019, Lexis Briefings in lexis360.at)

HTI, <http://www.hti-ag.at/index.php?id=74>

Hügel, Aktuelle Probleme des Spaltungsrechts, wbl 2001

Hügel, Das neue Spaltungsgesetz und die Reform des Umgründungsrechts, ecolex 1996

Jaufer, Das Unternehmen in der Krise, Verantwortung und Haftung der Gesellschaftsorgane² (2010)

Jaufer/Payer, Krisenfrüherkennung und Rechnungswesen, RWZ 2006

Kalss, Kündigung einer Ergänzungskapitalanleihe nach einer Spaltung des Emittenten, GesRZ 2017

Karollus, Prüfungspflicht für die Eröffnungsbilanz bei der Spaltung zur Neugründung einer GmbH?, RdW 2009/793

Kautsky, Verlustabzug und Gesamtrechtsnachfolge, Dissertation, 2010

Kehrer, Gesetzeskonforme Methodik: Die Auslegung von Rechtsvorschriften anhand der §§ 6 und 7 ABGB

Keuper/Häfner/von Glahn, Der M&A-Prozess, Konzepte, Ansätze und Strategien für die Pre- und Post-Phase

Klampfl, Nachranganleihen und grenzüberschreitende Verschmelzung, GesRZ 2016

Knops/Bamberger/Lieser, Recht der Sanierungsfinanzierung², (2019)

Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB⁵ (2017)

Koziol/Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014)

Kriwanek/Tuma, Nachranganleihen bei internationaler Verschmelzung, RdW 2017/28.

Leitner, Praxisleitfaden Umgründungen, Einbringung, Zusammenschluss und Realteilung aus steuer-, gesellschafts- und zivilrechtlicher Sicht (2016)

Lutter, Umwandlungsgesetz: Kommentar mit systematischer Darstellung des Umwandlungssteuerrechts und Kommentierung des SpruchG⁵ (2013)

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

Mader/Brandstätter, Kapitalerhöhung – AG (Stand 4.10.2019, Lexis Briefings in lexis360.at)

*Mayer/Schürnbrand, Einheitlich oder gespalten? Zur Auslegung Nationalen Rechts Bei überschießender Umsetzung Von Richtlinien, *Juristen Zeitung* (2004)*

Napokoj, Praxishandbuch Spaltung² (2015)

ÖStZB, Beilage zur österreichischen Steuerzeitung, 2018/296

Pfleger, Chancen und Risiken der Spaltung von Unternehmen aus betriebswirtschaftlicher Sicht, BBP (2008)

Rath, Was passiert mit den ausstehenden Genussrechten und Schuldverschreibungen bei Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen? Diplomarbeit (2015)

Reisch, EU-Richtlinie zur Unternehmensrestrukturierung, RdW 2019/283

Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132

Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 ABGB (Stand 1.7.2015, rdb.at)

Schuldverschreibungen und Genussrechte bei internationaler Verschmelzung (05.11.2014, LexisNexis Rechtsnews 18361 in lexis360.at)

Sonnberger, Spaltung (Stand 19.10.2018, Lexis Briefing in lexis360.at)

Spatz, Grundlegendes zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen, RdW 2005/178

Stockenhuber, Das österreichische Spaltungsgesetz, RIW 1994/4

Strimitzer, Abspaltung zur Aufnahme und Kapitalherabsetzung, RdW 2001/547

Told, Sonderrechtsinhaber und sonstige Gläubiger in Verschmelzung und Spaltung (nach C-483/14) GES 2017

Vormbaum, Finanzierung der Betriebe (1990)

Walter, Umgründungssteuerrecht⁶ (2006)

Walter, Umgründungssteuerrecht¹² (2018)

Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen

Wolf, Umgründungen – ein praktischer Leitfaden, RWP 6/2015

Zirngast/Kraßnig, Grundlagen der Bilanzierung von Umgründungen⁸ (2018)

Zollner/Hartlieb, „Sonderrechtsinhaber“ in der Verschmelzung und Spaltung, ecolex 2015

Zollner/Simonishvili, Verwässerungsrecht im Verschmelzungsrecht, GesRZ 2013

Zorn, VwGH zum Verlustübergang bei Spaltungen nach Art VI UmgrStG, RdW 2018/558

Rechtsprechungsverzeichnis

OGH, 06.07.2010, 1 Ob 105/10p

OGH 28.08.2014, 6 Ob 137/13k

OGH 26.09.2014, 5 Ob 4/14w

OGH 29.06.2015, 6 Ob 68/15s

EuGH, 07.04.2016, C-483/14

OGH 21.06.2016, 1 Ob 93/16g

OGH 21.06.2016, RIS-Justiz RS0130863

OGH 21.06.2016, RIS-Justiz RS0130864

OGH 20.07.2016, 6 Ob 80/16g,

OGH 20.07.2016, RIS-Justiz RS0130872

VwGH 13.09.2018, Ro 2016/15/0010

Abstract

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Einsatz von Spaltungen zur Sanierung von Unternehmen und den damit verbundenen Anreizen und Herausforderungen. Neben steuerlichen Anreizen, wie etwa dem Verlustvortrag birgt eine Spaltung auch Gefahren, insbesondere für die Gläubiger der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften. Das österreichische Spaltungsgesetz sieht ein Regelwerk vor, um Gläubiger vor Benachteiligungen im Zuge der Spaltung zu schützen. Dieses Schutzkonzept ist zweigeteilt und beinhaltet Vorschriften zum allgemeinen Gläubigerschutz und darüber hinaus besondere Schutzvorschriften für Inhaber von Sonderrechten. Die Eruierung der Unterscheide zwischen allgemeinem Gläubigerschutz und jenem des besonderen Gläubigerschutz ist ein essentieller Teil dieser Arbeit. Außerdem ist es Ziel dieser Arbeit, einen Überblick der in Frage kommenden Finanzinstrumente im Zusammenhang mit den in Abs. 5 genannten Schuldverschreibungen und Genussrechten zu geben.

Im Rahmen dieser Arbeit liegt der Fokus somit auf dem Schutz von Gläubigern bzw. vielmehr auf dem Schutz von Sonderrechtsinhabern im Zuge einer Spaltung zu Sanierungszwecken. Die Arbeit will daher aufbauend auf bestehenden Entscheidungen und Lehrmeinungen die Argumente der verscheiden Ansichten zu einer europarechtskonformen Umsetzung des § 15 Abs 5 SpaltG darlegen.