

# Anteilsübertragung bei nicht verhältnismäßiger Abspaltung

VEDRAN OBRADOVIĆ\*

Im folgenden Beitrag sollen zwei wichtige Aspekte der nicht verhältnismäßigen Spaltung einer näheren Betrachtung unterzogen werden: einerseits die Frage der Zulässigkeit von Wertverschiebungen auf Gesellschafterebene, andererseits die Frage ob eine Übertragung von Anteilen auf Gesellschafterebene gesonderter Übertragungsakte bedarf oder ob eine Anteilsübertragung stets von Gesetzes wegen erfolgt. So sind in der Spaltungspraxis bei nicht verhältnismäßigen Spaltungen häufig im Spaltungsplan/Spaltungs- und Übernahmevertrag Abtretungs- und Annehmklärungen enthalten, die jedoch – so viel darf vorweggenommen werden – nicht jeder Spaltung immanent sind. Die folgenden Ausführungen befassen sich ausschließlich mit der in der Praxis am häufigsten anzutreffenden Spaltungsform, nämlich der Abspaltung.

## I. Wertverschiebung auf Gesellschafterebene

Die Spaltung macht häufig eine Anteilsverschiebung innerhalb einer Gesellschaft erforderlich. Wenn in diesem Beitrag von Anteilsverschiebung die Rede ist, so ist damit die Anteilsübertragung zwischen den Gesellschaftern der spaltungsbedingten Gesellschaften gemeint. Bei einer verhältnismäßigen Spaltung erhalten die Gesellschafter Beteiligungen an der übernehmenden (neuen) Gesellschaft genau in jenem Ausmaß, der ihrem Beteiligungsverhältnis an der übertragenden Gesellschaft entspricht. Der einzige Anteilserwerb der sich bei der verhältnismäßigen Spaltung vollzieht, ist jener der Neuzuteilung von Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft. Eine Anteilsverschiebung findet hier somit nicht statt.

Anders hingegen bei einer nicht verhältnismäßigen bzw. entflechtenden Spaltung, bei der idR eine Anteilsverschiebung auf Gesellschafterebene erforderlich ist. Denn jede spaltungsbedingte Minderbeteiligung an einer (spaltungsbedingten) Gesellschaft erfordert auch eine entsprechende Höherbeteiligung an einer anderen (spaltungsbedingten) Gesellschaft. Dieser Vorgang wird in den folgenden Ausführungen als *Wertausgleich* bezeichnet und dient dem Vermögensschutz der Gesellschafter. Das SpaltG spricht hier vom spaltungsrechtlichen Aufteilungs- und verschmelzungsrechtlichen Umtauschverhältnis.<sup>1</sup> Die Tatsache, dass das SpaltG eine nicht verhältnismäßige Spaltung zulässt, darf nicht zur irigen Annahme verleiten, dass die nicht verhältnismäßige Spaltung (auch)<sup>2</sup> eine Beteiligungswertverschiebung auf Gesellschafterebene gestattet. Für jede (nicht verhältnismäßige) Spaltung gilt der Grundsatz, dass die Spaltung auf Gesellschafterebene keine Änderung in der Vermögenssphäre bewirken darf. Nach *Kalss* „setzt jede nicht verhältnismäßige Spaltung voraus, dass die Nicht- oder geringere Beteiligung an einer oder mehreren beteiligten Gesellschaften durch eine entsprechend höhere Beteiligung an einer anderen Gesellschaft kompensiert wird“;<sup>3</sup> die Aufteilung der Anteile hat angemessen zu erfolgen.<sup>4</sup> Dieser Auffassung folgen auch *Brix*<sup>5</sup> und *Napokoj*.<sup>6</sup> So im Ergebnis auch *Grün-*

*wald*<sup>7</sup> und *Koppensteiner/Rüffler*,<sup>8</sup> die die Meinung vertreten, dass das Umtauschverhältnis dann angemessen ist, wenn der von den einzelnen Gesellschaftern gehaltene Anteilswert vor und nach der Spaltung derselbe ist. So auch die deutsche hL.<sup>9</sup> Man kann also festhalten, dass eine nicht verhältnismäßige Spaltung grundsätzlich insofern zulässig ist, als sie eine bloße Anteilsverschiebung, nicht jedoch eine Wertverschiebung auf Gesellschafterebene zur Folge hat.<sup>10</sup> Der Vermögensschutz auf Gesellschafterebene wird schließlich auch durch die Spaltungsprüfung (§ 5 SpaltG) gesichert,<sup>11</sup> die der Gesetzgeber nur bei einer verhältnismäßigen Spaltung (mangels Vermögensminderungsgefahr auf Gesellschafterebene) als nicht erforderlich erachtet (vgl § 16a SpaltG).<sup>12</sup> Der Spaltungsprüfer hat insb zu prüfen, ob das Aufteilungs-/Umtauschverhältnis dem bisherigen Wertverhältnis der Anteile entspricht.<sup>13</sup>

Eine Wertkompensation ist freilich nur dann erforderlich, wenn die Spaltung tatsächlich auch zu einer Wertverschiebung auf Gesellschafterebene führt. Dies ist bspw bei einer entflechtenden Abspaltung nicht der Fall, bei der das auf die übernehmende Gesellschaft abgespaltene Vermögen genau dem Anteilswert des Gesellschafters der übertragenden Gesellschaft entspricht, der an der übernehmenden Gesellschaft nach der Spaltung allein beteiligt sein soll (zB Abspaltung auf eine Cash-Box). Für diese Fälle sieht das SpaltG besondere Zustimmungserfordernisse vor (vgl § 8 Abs 3 SpaltG). Dazu folgendes Beispiel:

*Beispiel 1: An der X-GmbH (Wert 100) sind A mit 90 % und B mit 10 % beteiligt. Die X-GmbH spaltet ihren Teilbetrieb (Wert 10) auf die neu zu gründende Y-GmbH. An der Y-GmbH soll ausschließlich B beteiligt sein, während an der X-GmbH A*

<sup>1</sup> Grünwald in *Helbich/Wiesner/Brucker*, Handbuch der Umgründungen, Art VI Spaltung, 25.

<sup>2</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) Anh § 101 Rz 27.

<sup>3</sup> Vgl *Stratz* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG – UmwStG<sup>2</sup> (2013) § 5 UmwG Rz 7; *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG – UmwStG<sup>2</sup>, § 128 UmwG Rz 7; *Wirth*, Auseinandersetzung als Mittel zur Trennung von Familienstämmen und zur Filialspaltung, AG 1997, 455 (457); *Simon* in *Daunz-Lieb/Simon*, Kölner Komm UmwG (2009) § 126 Rz 77 – jeweils mwN.

<sup>4</sup> So auch *Grünwald* in *Helbich/Wiesner/Brucker*, Handbuch, Art VI Spaltung, 27 und *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 2 SpaltG Rz 29 und 32, die auch nur von der Zulässigkeit der Verschiebung der „Beteiligungsquoten“ sprechen.

<sup>5</sup> Auch der Spaltungsbericht der Geschäftsleitung (vgl § 5 SpaltG) hat ua auch auf das Umtauschverhältnis einzugehen und hat den Anteilswert jedes einzelnen Anteilshabers darzustellen; vgl dazu *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 5 SpaltG Rz 18 und § 220a AktG Rz 16; dies gilt auch für den Spaltungsbericht des Aufsichtsrats (vgl § 7 SpaltG).

<sup>6</sup> Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 5 SpaltG Rz 6.

<sup>7</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 5 SpaltG Rz 11; *Stern*, Die Spaltungsrichtlinie (6. Richtlinie), in *Doralt/Nowotny*, Der EG-rechtliche Anpassungsbedarf im österreichischen Gesellschaftsrecht (1993) 62.

\* Dr. Vedran Obradović ist Rechtsanwaltsanwarter in Wien und Referent für kroatisches Recht am Forschungsinstitut für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht an der der Wirtschaftsuniversität Wien.

<sup>1</sup> Zur Terminologie siehe *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 2 SpaltG Rz 27 ff und 104.

<sup>2</sup> Dh neben der Verschiebung der Beteiligungsquoten.

<sup>3</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 2 SpaltG Rz 32 und § 8 SpaltG Rz 22.

<sup>4</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, Vor § 1 SpaltG Rz 13 und § 2 SpaltG Rz 32, 109.

<sup>5</sup> *Brix* in *Straube*, GmbHG, § 2 SpaltG Rz 41 und 121.

<sup>6</sup> *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung (2008) 47.

100 % halten soll. Es liegt eine entflechtende Abspaltung vor, die zu keiner Wertverschiebung auf Gesellschafterebene führt. Das Vermögen beider Gesellschafter ist vor und nach der Abspaltung gleich hoch.

Der Wertausgleich ist auch in Form von baren Zuzahlungen – nach Maßgabe des § 2 Abs 1 Z 3 SpaltG – möglich. Grundsätzlich werden bare Zuzahlungen zusätzlich zu den bestehenden Anteilen an den spaltungsbeteiligten Anteilen gewährt, um etwaige durch das Umtauschverhältnis entstandene Spitzen auszugleichen oder das Umtauschverhältnis selbst zu glätten.<sup>14</sup> Mit Zustimmung des jeweiligen Gesellschafters wäre es auch zulässig, diesen nur mit baren Zuzahlungen (ohne Anteilsgewährung) abzufinden.<sup>15</sup> Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich hinsichtlich der Form des Wertausgleichs ausschließlich auf die Anteilsgewähr; bare Zuzahlungen als mögliche Form eines Wertausgleichs bleiben dabei außer Betracht.

Von dem Grundsatz (Vermögensschutz), wonach eine Wertverschiebung auf Gesellschafterebene einer Kompensation bedarf, kann nur dann abgewichen werden, wenn die von der spaltungsbedingten Wertverschiebung betroffenen Gesellschafter der Wertverschiebung zustimmen (bzw auf einen Wertausgleich verzichten),<sup>16</sup> was insb bei Konzernspaltungen der Fall sein wird. Eine solche Zustimmung bzw ein solcher Verzicht kann in der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters zur Spaltung im Rahmen der Beschlussfassung über die Spaltung, in der der Spaltungsvorgang beschrieben und erläutert wird, erblickt werden. Dies gilt mE jedoch nicht bei einem Verzicht des von der Anteilsverschiebung betroffenen Gesellschafters auf die Spaltungsprüfung (vgl § 5 Abs 6 SpaltG bzw § 17 Abs 5 SpaltG iVm § 232 Abs 2 AktG). Zwar kann man dem Gesellschafter im Falle eines solchen Verzichts unterstellen, dass er sich durch die Verzichtserklärung seines gesetzlichen Vermögensschutzes entledige und er somit eine Vermögensverschiebung in Kauf nehme; die tatsächliche Antwort auf die Frage, ob er die Spaltung gutheiße, lässt sich jedoch erst seinem Stimmverhalten im Rahmen der Spaltungsbeschlussfassung entnehmen. Hierbei ist anzumerken, dass ein Verzicht des von der Anteilsverschiebung betroffenen Gesellschafters auf die Spaltungsprüfung wohl kaum in Frage kommen wird, wenn er die Spaltung generell nicht befürwortet, wenn also die Interessen der Mehrheit und Minderheit hinsichtlich der Spaltung divergieren.

Das gesetzlich normierte Austrittsrecht, das jenen Gesellschaftern zusteht, die gegen die Spaltung gestimmt haben, bietet für sich allein keinen ausreichenden Vermögensschutz bei einer nicht verhältnismäßigen Spaltung.<sup>17</sup> Folgendes (wohl eher praxisfernes) Beispiel soll dies verdeutlichen:

*Beispiel 2: An der X-GmbH (Wert 100) sind A mit 90 % und B mit 10 % beteiligt. Die X-GmbH spaltet ihren Teilbetrieb (Wert 50) auf die neu zu gründende Y-GmbH. Während an der X-GmbH beide Gesellschafter unverändert beteiligt bleiben, soll an der Y-GmbH A 95 % und B 5 % halten. Es liegt also eine nicht verhältnismäßige Spaltung vor.*

<sup>14</sup> Vgl Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> (2010) § 2 SpaltG Rz 39; Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG – UmwStG<sup>6</sup>, § 126 UmwG Rz 51 mwN.

<sup>15</sup> Vgl Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 2 SpaltG Rz 39.

<sup>16</sup> Im Ergebnis auch Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 2 SpaltG Rz 36 (Einigung hinsichtlich des Umtauschverhältnisses); Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG – UmwStG<sup>6</sup>, § 128 UmwG Rz 7 und 25; Schröer in Semler/Stengel, UmwG<sup>3</sup> (2012) § 128 Rz 6.

<sup>17</sup> So auch Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG – UmwStG<sup>6</sup>, § 128 UmwG Rz 1 mwN.

Verneint man die Pflicht zu einem Wertausgleich in Form einer höheren Beteiligung des Gesellschafters B an der X-GmbH, so führt die Spaltung in erster Linie dazu, dass der (austrittswillige) Gesellschafter B an der X-GmbH und der Y-GmbH Anteile in jenem Ausmaß bekommt, die ihm laut Spaltungsplan zugeteilt werden.<sup>18</sup> Übt er das Austrittsrecht aus, so betrifft dieses nur jene Anteile, die ihm nach der Spaltung zukommen; nur diese Anteile werden infolge des Austritts abgefunden.<sup>19</sup> Der Wertverlust, den er durch die nicht verhältnismäßige Spaltung erlitten hat, wird durch die Barabfindung jedoch nicht kompensiert; das Austrittsrecht bietet in diesen Fällen somit keinen ausreichenden Schutz. Daher muss dem benachteiligten Gesellschafter eine Kompensation in Form einer höheren Beteiligung an einer spaltungsbeteiligten Gesellschaft gewährt werden. Andernfalls würde die nicht verhältnismäßige Spaltung einen ungerechtfertigten Eingriff in die Vermögenssphäre von (Minderheits-)Gesellschaftern bedeuten. Diesem Grundsatz wird entsprochen, wenn im obigen Beispiel 2 der spaltungsbedingte Wertverlust des Gesellschafters B durch eine um 5 % höhere Beteiligung an der Gesellschaft X-GmbH kompensiert wird.

## II. Übertragung von Anteilen an spaltungsbeteiligten Gesellschaften

In der Praxis begegnet man häufig Spaltungsplänen/Spaltungs- und Übernahmeverträgen, in denen im Falle einer nicht verhältnismäßigen Spaltung Abtretungs- und Annahmeerklärungen der beteiligten Gesellschafter enthalten sind. Allgemein gilt, dass solche Übertragungserklärungen nur dann in Betracht kommen, wenn zwischen den Gesellschaftern der spaltungsbeteiligten Gesellschaften Anteile verschoben werden, also eine Anteilsverschiebung auf Gesellschafterebene stattfindet.

Meistens werden diese Formulierungen pauschal in Umgründungsverträge aufgenommen, um allenfalls einem späteren Einwand der nicht wirksam erfolgten Anteilsübertragung zu begegnen. Die Verwendung solcher Formulierungen zeugt somit gleichzeitig von einer gewissen Unsicherheit. Die folgenden Ausführungen widmen sich der Frage, ob und in welchen Fällen solche Übertragungserklärungen aus rechtlicher Sicht tatsächlich erforderlich sind. Dabei ist zwischen der Spaltung zu Neugründung und der Spaltung zur Aufnahme zu unterscheiden.

### 1. Spaltung zur Neugründung

Dass eine Anteilsverschiebung auf Gesellschafterebene im Zuge der Spaltung zulässig sein muss, ergibt sich bereits daraus, dass der Gesetzgeber beim gesetzlichen Grundtyp der Spaltung, nämlich der Spaltung zu Neugründung, eine nicht verhältnismäßige und damit auch eine entflechtende Spaltung ausdrücklich zulässt. Freilich kann bei der Spaltung zur Neugründung eine Anteilsverschiebung nur auf Ebene der übertragenden Gesellschaft erfolgen, da an der neu zu gründenden Gesellschaft die Beteiligungen erst im Zuge der Spaltung erstmals originär erworben werden.

Die nicht verhältnismäßige Spaltung kann sowohl aus einer Verschiebung der Beteiligungen an der übertragenden<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Vgl Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 9 SpaltG Rz 43.

<sup>19</sup> Vgl Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 14 SpaltG Rz 78 mwN.

<sup>20</sup> So zB wenn die Anteile der Gesellschafter an der übertragenden Gesellschaft an der übernehmenden Gesellschaft zwar dem Beteiligungsverhältnis an der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung entsprechen, die Beteiligungsverhältnisse an der übertragenden Gesellschaft nach der Spaltung sich jedoch ändern sollen.

als auch einer unverhältnismäßigen Anteilszuteilung an der übernehmenden Gesellschaft resultieren.<sup>21</sup> Während im ersten Fall die Anteilsverschiebung unmittelbar auf den Willen der Gesellschafter zurückzuführen ist, ist im Falle einer unverhältnismäßigen Anteilszuteilung an der übernehmenden Gesellschaft die Anteilsverschiebung an der übertragenden Gesellschaft Folge des in Pkt I. dargestellten Vermögensschutzes der Gesellschafter. Denn: Wie in Pkt I. ausgeführt, muss eine Minder- oder Höherbeteiligung (mit Ausnahme bestimmter entflechtender Spaltungen; siehe Beispiel 1) an der neuen Gesellschaft durch eine entsprechende Beteiligungsverteilung an der übertragenden Gesellschaft ausgeglichen werden, was bei einer nicht verhältnismäßigen Spaltung eine Anteilsverschiebung zur Folge hat. Je nachdem, in welcher Gesellschaft sich die relative Beteiligung nach der Spaltung ändern soll, sind folgende Fälle zu unterscheiden:

Sollen die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nach der Spaltung an der neu zu gründenden Gesellschaft in einem anderen Verhältnis beteiligt sein als an der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung, so hat (sofern kein Verzicht der betroffenen Gesellschafter vorliegt; siehe oben Pkt I.) eine Anteilsverschiebung zwischen den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft zu erfolgen. Dazu folgendes Beispiel:

**Beispiel 3:** Der Gesellschafter A hält 90 % und der Gesellschafter B 10 % an der X-GmbH (Wert 100). Die X-GmbH beabsichtigt, einen Teilbetrieb (Wert 50) auf die neu zu gründende Y-GmbH zu übertragen. Auf Anteilsgewähr an der neu zu gründenden Gesellschaft wird verzichtet. Nach der Spaltung sollen A 95 % und B 5 % der Anteile an der Y-GmbH halten.

**Wertausgleich in Beispiel 3:** Gesellschafter B hat eine um 5 % höhere Beteiligung an der Gesellschaft X-GmbH zu erhalten. Demnach sollten nach der Spaltung an der X-GmbH A 85 % und B 15 % halten. Es hat also eine Anteilsverschiebung in der übertragenden Gesellschaft zu erfolgen. Dies ist auch im Spaltungsplan festzuhalten (vgl § 14 Abs 2 Z 3 SpaltG).<sup>22</sup> Da die übertragende Gesellschaft keine neuen Anteile zu gewähren hat, kann die Anteilsverschiebung nur auf Ebene der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft vollzogen werden; sie ist Folge des in Pkt I. erläuterten Vermögensschutzes der Gesellschafter. Die Anteilsübertragung erfolgt dabei *ex lege* und bedarf keiner gesonderter Übertragungsakte (dazu gleich mehr).<sup>23</sup>

Sollen nach der Spaltung jedoch die Beteiligungsverhältnisse an der übertragenden Gesellschaft verändert werden, so hat eine angemessene Zuteilung der Anteile an der übernehmenden Gesellschaft zu erfolgen. Dazu folgendes Beispiel:

**Beispiel 4:** Der Gesellschafter A hält 90 % und der Gesellschafter B 10 % an der X-GmbH (Wert 100). Die X-GmbH beabsichtigt, einen Teilbetrieb (Wert 50) auf die neu zu gründende Y-GmbH zu übertragen. Auf Anteilsgewähr an der neu zu gründenden Gesellschaft wird verzichtet. Nach der Spaltung sollen A 95 % und B 5 % der Anteile an der X-GmbH halten.

**Wertausgleich in Beispiel 4:** Gesellschafter B hat eine um 5 % höhere Beteiligung an der neu zu gründenden Gesellschaft Y-GmbH zu erhalten. Demnach sollten nach der Spaltung an

Y-GmbH A 85 % und B 15 % halten. Die Anteilsverschiebung findet hier nur bei der übertragenden Gesellschaft (durch Festlegung im Spaltungsplan) statt. Sie ist anders als im Beispiel 3 nicht erst Folge der nicht verhältnismäßigen Spaltung (Vermögensschutz), sondern bereits durch den Willen der beteiligten Gesellschaften bestimmt. Bei der neu zu gründenden Gesellschaft findet eine Anteilsverschiebung naturgemäß nicht statt, da die Anteile an der neu zu gründenden Gesellschaft im Zuge der Spaltung erstmals originär erworben werden.

Es lässt sich somit festhalten, dass der Gesetzgeber jedenfalls eine Anteilsverschiebung bei der übertragenden Gesellschaft bedacht hat. Im deutschen UmwG ist dies sogar ausdrücklich geregelt (vgl § 126 Abs 1 Z 10 iVm § 131 Abs 1 Z 3 dUmwG).<sup>24</sup> Dies entspricht im Ergebnis auch der in der österreichischen Literatur vertretenen Meinung.<sup>25</sup> Wenn nämlich nach dem SpaltG die nicht verhältnismäßige Spaltung allein durch eine Verschiebung der Beteiligungen an der übertragenden Gesellschaft begründet werden kann (den Extremfall stellt die entflechtende Spaltung dar), so muss bzw kann die Verschiebung der Anteile nur von Gesetzes wegen erfolgen, zumal das Gesetz für diesen Fall selbst – siehe § 14 Abs 2 Z 3 SpaltG – keine Übertragungsregelungen vorsieht. Vielmehr ist die Anteilsverschiebung auf der Ebene der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft bei einer nicht verhältnismäßigen Spaltung mE als spaltungstypisch anzusehen. Dies gilt auch für den Fall, dass die Anteile an der übertragenden Gesellschaft zu Kompensationszwecken zwischen den Gesellschaftern übertragen werden,<sup>26</sup> da dies mE Teil des gesetzlichen Gesamtkonzepts einer nicht verhältnismäßigen Spaltung zur Neugründung ist. Wenn nämlich der Gesetzgeber einerseits eine unverhältnismäßige Anteilszuteilung an der übernehmenden neuen Gesellschaft zulässt und andererseits für den Fall einer damit einhergehenden Wertverschiebung eine Wertkompensation in Form einer höheren Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft fordert, muss eine unverhältnismäßige Anteilszuteilung an der übernehmenden neuen Gesellschaft nach der Intention des Gesetzgebers auch eine Anteilsverschiebung zwischen den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft implizieren. Denn eine Wertkompensation an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft kann diesfalls – anders als bei der übernehmenden Gesellschaft im Falle einer Spaltung zur Aufnahme (siehe Pkt II.2.) – nur durch Übertragung der Anteile der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erfolgen, zumal neue Anteile an der übertragenden Gesellschaft nicht ausgegeben werden. Dies deckt sich auch mit dem Wortlaut des § 14 Abs 2 Z 3 SpaltG, wonach Anteile an den „beteiligten Gesellschaften“, und somit nicht nur an der übernehmenden Gesellschaft, von Gesetzes wegen erworben werden. Der Beteiligungserwerb in der übertragenden (sowie auch in der übernehmenden) Gesellschaft erfolgt daher jedenfalls *ex lege*. Mit Eintragung der Spaltung geht diese Anteilsverschiebung bei der übertragenden Gesellschaft automatisch vonstatten, ohne dass es weiterer Übertragungs-

<sup>21</sup> Vgl Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 1 SpaltG Rz 20 und § 8 SpaltG Rz 21; siehe auch Kallmeyer/Sickinger in Kallmeyer, UmwG<sup>4</sup> (2009) § 128 Rz 4.

<sup>22</sup> Vgl Hügel, Das neue Spaltungsgesetz und die Reform des Umgründungsrecht, eclex 1996, 527 (536), der sich dabei einer teleologischen Korrektur des Gesetzeswortlauts bedient; so im Ergebnis auch Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 2 SpaltG Rz 50.

<sup>23</sup> Vgl Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 14 SpaltG Rz 77 (die Gesellschafter „erhöhen ihre Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft“).

<sup>24</sup> Siehe dazu Kallmeyer/Sickinger in Kallmeyer, UmwG<sup>4</sup>, § 128 Rz 4; Simon in Kölner Komm UmwG, § 126 Rz 77; Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG – UmwStG<sup>5</sup>, § 126 UmwG Rz 105 und § 131 UmwG Rz 102 ff; Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlungen<sup>4</sup> (2012) Rz 1590 – jeweils mV N.

<sup>25</sup> Siehe Hügel, eclex 1996, 536, der sich dabei einer teleologischen Korrektur des Gesetzeswortlauts bedient; siehe auch Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 2 SpaltG Rz 50 und § 14 SpaltG Rz 77.

<sup>26</sup> Siehe Kallmeyer/Sickinger in Kallmeyer, UmwG<sup>4</sup>, § 128 Rz 4.

akte bedarf.<sup>27</sup> Gem § 14 Abs 2 Z 3 SpaltG richtet sich der *Ex lege*-Anteilserwerb nach dem Spaltungsplan, sodass auch die Anteilsverschiebung in der übertragenden Gesellschaft im Spaltungsplan genau festzulegen ist.

## 2. Spaltung zur Aufnahme

### 2.1. Anteilsverschiebung bei der übertragenden Gesellschaft

Auf die Spaltung zur Aufnahme sind gem § 17 SpaltG die Vorschriften über die Spaltung zur Neugründung (neben den verschmelzungsrechtlichen Vorschriften; vgl § 17 Z 5 SpaltG) sinngemäß anzuwenden. Daher muss auch hier (entsprechenden den obigen Ausführungen) gelten, dass die Anteilsverschiebung auf Seiten der übertragenden Gesellschaft zulässig ist und *ex lege* erfolgt.

*Beispiel 5: Der Gesellschafter A hält 90 % und der Gesellschafter B 10 % an der X-GmbH (Wert 200). An der Y-GmbH (Wert 180) ist Gesellschafter C mit 100 % beteiligt. Die X-GmbH beabsichtigt, einen Teilbetrieb (Wert 20) auf die Y-GmbH zu übertragen. Auf Anteilsgewähr an der neu zu gründenden Gesellschaft wird gem § 224 AktG verzichtet. Nach der Spaltung sollen A zu 5 %, B zu 5 % und C zu 90 % an der Y-GmbH beteiligt sein.*

*Wertausgleich in Beispiel 5: Die Spaltung führt zu einem Wertverlust bei A in Höhe von 8 (Wert des Anteils von A an der X-GmbH vor der Spaltung 180; nach der Spaltung an beiden Gesellschaften 172) bzw zu einem Wertzuwachs bei B in Höhe von 8. Der Beteiligungswert von C bleibt unverändert. Der Wertverlust von A ist durch eine um 4,444 % höhere Beteiligung in der X-GmbH auszugleichen, sodass nach der Spaltung A 94,444 % und B 5,555 % an der X-GmbH halten. Die Anteilsverschiebung erfolgt dabei *ex lege* zwischen den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft (siehe dazu Beispiel 3).*

*Beispiel 6: Die Gesellschafter A und B sind zu 90 % und 10 % an der X-GmbH (Wert 100) und Y-GmbH (Wert 100) beteiligt. Die X-GmbH beabsichtigt, einen Teilbetrieb (Wert 20) auf die Y-GmbH zu übertragen. Wegen Beteiligungsidentität entfällt die Anteilsgewähr durch die Y-GmbH. Nach der Spaltung sollen A 95 % und B 5 % der Anteile an der Y-GmbH halten.*

*Wertausgleich in Beispiel 6: Die Spaltung führt zu einem Wertverlust bei B in Höhe von 6 (Wert des Anteils von B an beiden Gesellschaften vor der Spaltung 20; nach der Spaltung 14) bzw zu einem Wertzuwachs bei A in Höhe von 6. Der Wertverlust von B ist durch eine um 7,5 % höhere Beteiligung in der X-GmbH auszugleichen, sodass nach der Spaltung A 82,5 % und B 17,5 % an der X-GmbH halten. Die Anteilsverschiebung erfolgt dabei *ex lege* zwischen den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft (siehe dazu Beispiel 3).*

### 2.2. Anteilsverschiebung bei der übernehmenden Gesellschaft

#### 2.2.1. Anteilsgewährung durch die übernehmende Gesellschaft

Fraglich ist jedoch, ob eine Anteilsverschiebung auch bei der übernehmenden Gesellschaft idS zulässig ist, dass mit der Eintragung die Anteile automatisch übertragen werden, ohne dass es weiterer Übertragungshandlungen bedarf. Nach der

gesetzlichen Idealvorstellung sollen die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteile an der übernehmenden Gesellschaft im Wege der Kapitalerhöhung erhalten. Denkbar ist auch, dass die übernehmende Gesellschaft eigene Anteile besitzt und diese an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft überträgt.<sup>28</sup> In beiden Fällen erfolgt keine Übertragung von Anteilen auf Gesellschafterebene (keine Anteilsverschiebung).<sup>29</sup> Nur in diesen Fällen erfolgt bei der übernehmenden Gesellschaft im Zeitpunkt der Eintragung der Spaltung (vgl § 14 Abs 2 Z 3 SpaltG) der Anteilserwerb von Gesetzes wegen. Nach dem gesetzlichen Grundkonzept hat die Gegenleistung in Form von Anteilen somit durch die übernehmende Gesellschaft zu erfolgen.

Werden den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft eigene Anteile der übernehmenden gewährt, so ist auch hierfür ausreichend, dass der Spaltungs- und Übernahmevertrag die Regelung enthält, dass die übernehmende Gesellschaft den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft ihre eigenen Anteile überträgt bzw die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteile der übernehmenden Gesellschaft erhalten. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft müssen diese Anteile jedoch nicht in Form einer Annahmeerklärung übernehmen. Vielmehr gehen die Anteile auch hier (wie bei der Ausgabe im Wege einer Kapitalerhöhung) automatisch mit der Eintragung der Spaltung über. Dies gilt auch dann, wenn nicht sämtliche Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft erhalten sollen, der Spaltung zustimmen. Denn nach dem gesetzlichen Konzept erwerben die Gesellschafter die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft unabhängig davon, ob sie der Spaltung zustimmen oder nicht.<sup>30</sup> Daraus ergibt sich, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft der Abtretung der Anteile nicht zustimmen müssen. Weitere Übertragungsakte sind somit nicht erforderlich.<sup>31</sup> Auch im Verschmelzungsrecht (das gem § 17 Z 5 SpaltG auf die Spaltung zur Aufnahme anzuwenden ist)<sup>32</sup> erfolgt der Erwerb der Anteile an der übernehmenden Gesellschaft *ex lege*; eine gesonderte Übertragung der Anteile ist nicht erforderlich.<sup>33</sup>

#### 2.2.2. Anteilsgewährung durch die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft

Zu einer Anteilsverschiebung bei der übernehmenden Gesellschaft auf der Ebene der Gesellschafter hingegen kann es nur dann kommen, wenn die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft ihre Anteile an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft übertragen bzw abtreten, dh, die Anteile von bestehenden Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft stammen. Eine solche Anteilsverschiebung wird jedoch nur dann erfolgen, wenn die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, die einen gesetzlichen Anspruch auf Anteilsgewährung durch die übernehmende Gesellschaft haben, auf diese Anteile gem § 224 AktG verzichten bzw eine Anteilsgewähr nach § 224 AktG entfällt, und sich sodann Anteile von den Gesellschaftern

<sup>28</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 17 SpaltG Rz 61; *Napokoj*, Praxishandbuch, 47.

<sup>29</sup> Dies gilt natürlich unter der Prämisse, dass man die Gesellschaft, die eigene Anteile hält, in diesem Fall nicht als Gesellschafter betrachtet.

<sup>30</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 14 SpaltG Rz 71; siehe auch zur Verschmelzung *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 225a AktG Rz 13.

<sup>31</sup> *Brix in Straube*, GmbHG, § 14 SpaltG Rz 32.

<sup>32</sup> Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 14 SpaltG Rz 78.

<sup>33</sup> Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 225a AktG Rz 13.

<sup>27</sup> Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 14 SpaltG Rz 77; *Kallmeyer/Sickinger in Kallmeyer*, UmwG<sup>2</sup>, § 128 Rz 4.

der übernehmenden Gesellschaft gewähren lassen.<sup>34</sup> Erfolgt nämlich kein Anteilsverzicht bzw besteht keine Ausnahme von der Anteilsgewähr, hat die übernehmende Gesellschaft Anteile an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft auszugeben. Dies ist schließlich ein Wesensmerkmal der Spaltung.<sup>35</sup>

Eine Anteilsverschiebung kommt dabei in folgenden Spaltungskonstellationen in Betracht:

**Beispiel 7:** Die Gesellschafter A und B sind zu 90 % und 10 % an der X-GmbH (Wert 100) und Y-GmbH (Wert 100) beteiligt. Die X-GmbH beabsichtigt, einen Teilbetrieb (Wert 20) auf die Y-GmbH zu übertragen. Wegen Beteiligungsidentität entfällt die Anteilsgewähr durch die Y-GmbH. Nach der Spaltung sollen A 95 % und B 5 % der Anteile an der X-GmbH halten.

**Wertausgleich in Beispiel 7:** Die Spaltung führt zu einem Wertverlust bei B in Höhe von 4 (Wert des Anteils von B an beiden Gesellschaften vor der Spaltung 20, nach der Spaltung 16) bzw zu einem Wertzuwachs bei A in Höhe von 4. Der Wertverlust von B ist durch eine um 3.333 % höhere Beteiligung in der X-GmbH auszugleichen, sodass nach der Spaltung A 86,667 % und B 13,333 % an der X-GmbH halten. Die Anteilsverschiebung hat hier auf Ebene der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft zu erfolgen.

**Beispiel 8:** Die Gesellschafter A und B sind zu je 50 % an der X-GmbH (Wert 100) und Y-GmbH (100) beteiligt. Die X-GmbH beabsichtigt, einen Teilbetrieb (Wert 50) auf die Y-GmbH zu übertragen. Nach der Spaltung soll A Alleingesellschafter der Y-GmbH und B soll Alleingesellschafter der X-GmbH sein.

**Wertausgleich in Beispiel 8:** Dieser Spaltungsvorgang führt im Ergebnis zu keiner Wertminderung der Beteiligung der Gesellschafter, jedoch zu einem Wertzuwachs beim Gesellschafter A. Dies ist nur dann zulässig, wenn sich die Gesellschafter auf dieses Umtauschverhältnis geeinigt haben.<sup>36</sup> Andernfalls liegt ein unangemessenes Umtauschverhältnis vor. Hier erfolgt in beiden spaltungsbeteiligten Gesellschaften eine Anteilsverschiebung auf Gesellschafterebene. An der übertragenden Gesellschaft geschieht dies ex lege (Anteilswachstum gem § 75 Abs 2 GmbHG); anders jedoch bei der übernehmenden Gesellschaft (siehe sogleich).

Allen diesen Fällen ist gemeinsam, dass die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft durch deren Gesellschafter gewährt werden. Dies gilt auch für den Spaltungsvorgang in Beispiel 8, da durch die Spaltung mE weder eine Anwachsung des Anteils des ausscheidenden Gesellschafters noch eine automatische Erhöhung der Beteiligung der restlichen Gesellschafter erfolgt. Vielmehr ist der Anteil des Gesellschafters B an der Y-GmbH durch einen Übertragungsakt an den Gesellschafter A zu übertragen. Der Anteilserwerb erfolgt in all diesen Fällen nicht ex lege. Zwar sieht § 14 Abs 2 Z 3 SpaltG vor, dass die Anteile an den „beteiligten Gesellschaften“ erworben werden. Als „beteiligte“ Gesellschaft gilt jedenfalls auch die übernehmende Gesellschaft. Der Gesetzgeber hat bei dieser Regelung mE allerdings nur den typischen Fall der Spaltung bedacht, dass die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft von der übernehmenden Gesellschaft gewährt werden. Bei der Anteilsgewährung durch Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft handelt es sich jedoch um einen gesetzlich untypischen Spaltungsvorgang. Der Ex-lege-Erwerb gem § 14

Abs 2 Z 3 SpaltG bleibt somit beschränkt auf 1.) den Erwerb von Anteilen an der übertragenden Gesellschaft sowie 2.) den Erwerb von Anteilen durch Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft an der übernehmenden Gesellschaft, die 3.) durch die übernehmende Gesellschaft selbst ausgegeben werden. Dafür spricht auch, dass die Spaltung nach der gesetzlichen Intention darauf ausgerichtet ist, den spaltungsbedingten Vermögensverlust bei der übertragenden Gesellschaft (und deren Gesellschaftern) durch einen Beteiligungserwerb an der übernehmenden Gesellschaft auszugleichen.<sup>37</sup> Nur aus diesem Grund sollen die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteile an der übernehmenden Gesellschaft erhalten.<sup>38</sup> Eine Anteilsverschiebung zwischen den Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft selbst wird dabei nicht ins Auge gefasst. Sie stellt vielmehr ein gesondertes Rechtsgeschäft (Abtretung) dar, das mit der Spaltung kombiniert wird.<sup>39</sup>

Es kann somit festgehalten werden, dass die Gewährung von Anteilen durch Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft bzw eine Übertragung zwischen den Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft eines gesonderten Übertragungsaktes bedarf. Fraglich ist jedoch, ob eine solche Übertragung ausdrücklicher Abtretungs- und Annahmeerklärungen (im Spaltungs- und Übernahmevertrag) bedarf.

### 2.2.3. Form des Übertragungsaktes

Fraglich ist, in welcher Form die Anteilsübertragung zwischen Gesellschaftern an der übernehmenden Gesellschaft zu erfolgen hat.

Im Ideal- und Regelfall enthält der Spaltungs- und Übernahmevertrag eine ausdrückliche Abtretungs- und Annahmeerklärung hinsichtlich der abzutretenden Anteile an der übernehmenden Gesellschaft. Die Abtretungsklausel lautet idR wie folgt: „Gesellschafter X tritt seinen Anteil ... an Gesellschafter Y ab. Gesellschafter Y nimmt diese Abtretung an.“ Freilich reicht eine solche Klausel nur für die Übertragung von GmbH-Anteilen oder unverbrieften Namensaktien.<sup>40</sup> Da der Spaltungs- und Übernahmevertrag von den Vorständen/ Geschäftsführern der spaltungsbeteiligten Gesellschaften errichtet und unterzeichnet wird, können solche Abtretungs- und Annahmeerklärungen keine Rechtswirkungen entfalten. Vielmehr liegt (hinsichtlich der Anteilsverschiebung) ein Vertrag zugunsten Dritter vor, der erst mit Zustimmung der von der Anteilsverschiebung betroffenen Gesellschafter in diesem Punkt Wirksamkeit entfalten kann.

Die Zustimmung kann einerseits in der – in der Praxis eher seltenen – Art erfolgen, dass die betroffenen Gesellschafter den Spaltungs- und Übernahmevertrag mitunterzeichnen.<sup>41</sup> Andererseits durch Zustimmung zur Spaltung und damit gleichzeitig zum Spaltungs- und Übernahmevertrag, in

<sup>37</sup> Vgl. *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 1 SpaltG Rz 9; *Napokoj*, Praxishandbuch, 36.

<sup>38</sup> Vgl. *Schröder* in *Semler/Stengel*, UmwG<sup>3</sup>, § 128 Rz 6.

<sup>39</sup> Vgl. *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 220 AktG Rz 35.

<sup>40</sup> Für die Abtretung von verbrieften Aktien bedarf es zusätzlich der Übertragung der Aktienurkunde, vgl. *Haberer/Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>3</sup> (2011) § 62 Rz 25; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/100 mwN; *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> (2012) § 61 Rz 14; Inhaberaktien sind gem § 10 Abs 2 Satz 2 AktG zwingend zu verbriefen, sodass eine Übertragung durch Zession allein nicht genügt, vgl. *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>2</sup>, § 10 Rz 38 ff.

<sup>41</sup> So auch *Napokoj*, Praxishandbuch, 48.

<sup>34</sup> Vgl. *Napokoj*, Praxishandbuch, 36 FN 165.

<sup>35</sup> Vgl. *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 1 SpaltG Rz 9.

<sup>36</sup> Vgl. *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 2 SpaltG Rz 36.

dem die Anteilsübertragung geregelt ist.<sup>42</sup> Der Zustimmung zur Spaltung durch die betroffenen Gesellschafter im Rahmen des Spaltungsbeschlusses, die auch den Spaltungs- und Übernahmevertrag umfasst, ist ein Übertragungs-/Annahmewille (Rechtsfolgewille) beizumessen, zumal die Gesellschafter dadurch (ausdrücklich) den Willen zum Ausdruck bringen, Anteile zu übertragen bzw zu erwerben. Die Zustimmungen begründen dabei zugleich das Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.<sup>43</sup> Bei der Abtretung von GmbH-Anteilen ist die Formpflicht gem § 76 Abs 2 GmbHG zu beachten. Wird der notariatsaktspflichtige Spaltungs- und Übernahmevertrag<sup>44</sup> nicht von den von der Anteilsverschiebung betroffenen Gesellschaftern mitunterzeichnet (was der Regelfall sein dürfte), so ist mE jedenfalls zulässig, dass in Form eines Notariatsaktes sowohl der (nach dem Gesetz notariell zu beurkundende) Spaltungsbeschluss durch sämtliche Gesellschafter gefasst wird als auch in einem gesonderten Punkt im selben Notariatsakt die *ausdrücklichen Abtretungs- und Annahmeerklärungen* jener Gesellschafter abgegeben werden, die an der Anteilsübertragung in der übernehmenden Gesellschaft beteiligt sind.<sup>45</sup> Es muss jedoch auch ausreichend sein, dass nur der nach dem Gesetz notariell zu beurkundende Spaltungsbeschluss in Form eines Notariatsaktes gefasst wird, da nach der hier vertretenen Ansicht für die Abtretung der Geschäftsanteile an einer GmbH die *Zustimmung* der von der Anteilsübertragung betroffenen Gesellschafter zur im Spaltungs- und Übernahmevertrag geregelten Anteilsübertragung für die wirksame Übertragung genügt.

Die Zustimmung zur Spaltung bzw zum Spaltungs- und Übernahmevertrag ist nur dann als eine Übertragung-/Abtretungserklärung zu deuten, wenn sich dem Spaltungs- und Übernahmevertrag bzw Spaltungsbeschluss<sup>46</sup> entnehmen lässt, an welchen Gesellschafter wessen Anteile an der übernehmenden Gesellschaft zu übertragen sind. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Spaltungs- und Übernahmevertrag ausdrückliche Übertragungs- und Annahmeerklärungen (idR in der dritten Person; siehe oben) enthält. Trifft dies nicht zu, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob eine Übertragung erfolgt ist.<sup>47</sup> So ist zu ermitteln, ob sich aus dem Verhalten des jeweiligen Gesellschafters (hier Zustimmung zur Spaltung) ein Übertragungswille ableiten lässt.<sup>48</sup> Dieser Übertragungswille muss sowohl die beteiligten Gesellschafter als auch den Übertragungs-/Abtretungsgegenstand ausreichend bestimmen (Bestimmtheits-

grundsatz).<sup>49</sup> Dasselbe gilt auch für den Willen bzw die Annahme der Anteilsübertragung durch den Erwerber.

Es muss also im Spaltungs- und Übernahmevertrag nicht ausdrücklich eine Übertragungs- und Annahmeerklärung enthalten sein.<sup>50</sup> Vielmehr reicht es aus, wenn im Spaltungs- und Übernahmevertrag beschrieben ist, wessen Anteile in welcher Höhe auf welchen Gesellschafter zum welchen Zeitpunkt übergehen sollen, so zB: „Vor der Spaltung sind an der übernehmenden Gesellschaft X der Gesellschaft A mit 90 % und Gesellschafter B mit 10 % beteiligt. Mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Eintragung der Abspaltung zur Aufnahme im Firmenbuch werden an der übernehmenden Gesellschaft der Gesellschafter A 95 % und der Gesellschafter B 5 % halten.“ Zu beachten ist hierbei, dass eine Anteilsübertragung nur dann erfolgen kann, wenn die von der Übertragung/Abtretung betroffenen Gesellschafter selbst (oder durch Vertreter) dem Spaltungsbeschluss zustimmen.

Entfällt eine Beschlussfassung bei der übernehmenden Gesellschaft, muss auch hier im Spaltungs- und Übernahmevertrag keine ausdrückliche Übertragungs- und Annahmeerklärung enthalten sein.<sup>51</sup> Allerdings ist der Spaltungs- und Übernahmevertrag von den von der Abtretung betroffenen Gesellschaftern mitzuunterzeichnen, da sonst in keiner Weise ein Übertragungswille der von der Anteilsübertragung betroffenen Gesellschafter erkennbar ist.<sup>52</sup>

### III. Zusammenfassung

Das SpaltG lässt keine spaltungsbedingte Beteiligungswertverschiebung zwischen den an der Spaltung teilnehmenden Gesellschaftern zu. Eine solche Vermögenseinbuße auf Gesellschafterebene kommt nur bei der nicht verhältnismäßigen Spaltung in Betracht. Hier muss mithilfe des Aufteilungs- und Umtauschverhältnisses für einen angemessenen Wertausgleich gesorgt werden, sofern von der Wertverschiebung betroffene Gesellschafter auf diesen nicht verzichten.

Häufig sind mit der Spaltung Anteilsverschiebungen zwischen den Gesellschaftern verbunden. Die Art der Vollziehung solcher Anteilsverschiebungen hängt davon ab, in welcher Gesellschaft (der übertragenden oder übernehmenden) die Anteilsverschiebung erfolgt. Nur im Falle eines gesetzestypischen Spaltungsvorgangs werden Anteile an den spaltungs-beteiligten Gesellschaften von Gesetzes wegen ohne gesonderte Übertragungshandlungen erworben, wie sich aus § 14 Abs 2 Z 3 SpaltG ergibt. Typisch ist eine Spaltung nach dem SpaltG dann, wenn Anteile an der übertragenden Gesellschaft verschoben werden und/oder wenn Anteile an der übernehmenden Gesellschaft durch die übernehmende Gesellschaft selbst gewährt werden. Untypisch hingegen ist eine Spaltung, bei der die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft durch deren Gesellschafter gewährt werden. Dies kann naturgemäß nur bei einer Spaltung zur Aufnahme erfolgen, da bei der Spaltung zur Neugründung die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft erstmals originär erworben werden. Eine solche Anteilsverschiebung vollzieht sich nicht von Gesetzes wegen, sondern bedarf eines gesonderten Übertragungsaktes.

<sup>42</sup> Vgl Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG – UmwStG<sup>2</sup>, § 126 UmwG Rz 107; in diese Richtung den § 128 dUmwG, der Einstimmigkeit bei nicht verhältnismäßiger Spaltung fordert, deutend Hügel, ecolx 1996, 536: „Die Zustimmung sanktioniert dann wohl auch die (vom Wortlaut des Gesetzes nicht gedeckte) Anteilsübertragung.“

<sup>43</sup> AA Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG – UmwStG<sup>2</sup>, § 126 UmwG Rz 107, der die schuldrechtliche Verpflichtung (jedoch hinsichtlich der im Spaltungsvertrag geregelten Ausgleichszahlungen) bereits im Spaltungsplan (-vertrag) erblicken will.

<sup>44</sup> So entgegen dem Gesetzeswortlaut in § 17 Z 1 SpaltG die hL; vgl Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 17 SpaltG Rz 18; Napokoj, Praxishandbuch, 43; Brix in Straube, GmbHG, § 17 SpaltG Rz 16 – jeweils mwN.

<sup>45</sup> Zur Zulässigkeit des Ersatzes der notariellen Beurkundung durch einen Notariatsakt siehe OGH 15.1.1969, 5 Ob 337/68; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>2</sup>, § 49 Rz 13; Rauter/Milchrahm in Straube, GmbHG, § 49 Rz 102; Gellis/Feil, GmbHG<sup>2</sup> (2006) § 49 Rz 6 – jeweils mwN.

<sup>46</sup> Häufig wird der Spaltungsbeschluss die Anteilsverschiebung in verkürzter Form wiedergeben. Ausdrückliche Abtretungs- und Annahmeerklärungen im Spaltungsbeschluss sind unüblich.

<sup>47</sup> Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> (2013) § 15 Rz 22 („Gebrauch des Wortes Abtretung oder Übertragung nicht erforderlich“); Winter in Scholz, GmbHG I<sup>90</sup> (2006) § 15 Rz 40.

<sup>48</sup> Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup>, § 15 Rz 22.

<sup>49</sup> Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup>, § 15 Rz 22.

<sup>50</sup> Vgl Winter in Scholz, GmbHG I<sup>90</sup>, § 15 Rz 40.

<sup>51</sup> AA offenbar Napokoj, Praxishandbuch, 48.

<sup>52</sup> Vgl Napokoj, Praxishandbuch, 48.