

Kalss/Frotz/Schörghofer (Hrsg)

# **Handbuch Vorstand und Geschäftsführung**

2. Auflage

**facultas**

## Der Vorstand bei Umgründungen und Squeeze-out

*Heinrich Foglar-Deinhardstein und Jakob Hartig*

§§: 1409 ABGB; 3 ff, 6 AVRAG; 20 ff, 39 f, 41, 45 f, 52, 65, 70, 84, 99, 100 f, 103, 108, 118, 149 ff, 219 bis 234b AktG; 67 ASVG; 14 BAO; 11 GewO; EU-UmgrG; SpaltG; GesAusG; 10, 38, 202, 221 UGB; 3 FBG; UmgrStG; 163a StGB

### Literatur

*Aburumieh*, Mitwirkung des Aufsichtsrats bei Umstrukturierungen, Aufsichtsrat aktuell 2011 H 5, 8; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Praxisleitfaden Verschmelzung (2015); *Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein*, Internationale Umstrukturierungen, GesRZ 2010, 328; *Aburumieh/E. Gruber*, Verzicht auf Einberufung einer Hauptversammlung gemäß § 231 AktG, GesRZ 2011, 223; *Aburumieh/Hoppel*, Das kleine Einmaleins der Gesellschafterfinanzierung (Teil I), RdW 2020, 739; *Adensamer/Eckert*, Vorstandshaftung nach österreichischem Recht, in *Kalss* (Hg), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 165; *Adensamer/Kerschbaum*, Kapitel Österreich, in *Theisemann* (Hg), Governance International (2011) 405; *Adensamer/Mitterecker* (Hg), HB Gesellschafterstreit (2021); *Althuber/Schopper* (Hg), HB Unternehmenskauf & Due Diligence I<sup>2</sup> (2015); *Artmann/Karollus* (Hg), AktG<sup>6</sup> (2019); *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hg), Konzern – Einheit oder Vielheit? (2019); *Auer*, Gläubigerschutz bei Vermögensbewegungen down-stream (2016); *Bayer/Vetter* (Hg), Lutter-UmwG I<sup>7</sup> (2024); *Bergmann/Kalss* (Hg), HB Rechtsformwahl (2020); *Bingel/Link*, Vorstandsentscheidung bei unklarer Rechtslage, AG 2024, 177; *Birkner* (Hg), HB Übernahmerecht (2012); *Brauneis*, Unternehmensübergang (asset deal): Prüfungspflicht des Firmenbuchgerichts? RdW 2013, 647; *Buck-Heeb*, Die Plausibilitätsprüfung bei Vorliegen eines Rechtsrats – zur Enthftung von Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat, BB 2016, 1347; *A. Burger*, Gleichbehandlung und Squeeze-out-Abfindung zum Börsenkurs, RdW 2012, 393; *Burtscher*, Haftung bei Multiorganschaft (2019); *Dauner-Lieb/Leuring/Wilsing* (Hg), Kölner Kommentar zum UmwG<sup>2</sup> (2024); *P. Doralt/Hügel/Aschauer*, Das neue Übernahmerechts-Änderungsgesetz, in *Institut Österreichischer Wirtschaftsprüfer* (Hg), Wirtschaftsprüfer-JB 2007 (2007) 301; *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hg), AktG<sup>3</sup> (2021); *Dorda/Babinek*, Minderheiten- und Sonderrechte des GmbH-Gesellschafters bei der Umstrukturierung, in *GedS Gruson* (2009) 93; *Elsner*, Die Nachschussobliegenheit in der Gesellschaftskrise (2021); *Enzinger*, Shareholder Value – Modisches Schlagwort oder gesellschaftsrechtlich relevanter Begriff, GesRZ 1997, 218; *von Falkenhausen*, Enthftung durch Hauptversammlungsbeschluss, NZG 2016, 601; *Fellner/Melber*, Haftungsausschluss gemäß § 38 UGB und Haftungsgrenze in Anwendung des § 1409 ABGB, ÖBA 2015, 712; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001); *Fleischer/Bong*, Unternehmensbewertung bei konzernfreien Verschmelzungen zwischen Geschäftsleiterermessen und Gerichtskontrolle, NZG 2013, 881; *H. Foglar-Deinhardstein*, Umwandlung einer GmbH mit Unterbilanz in eine AG zulässig? GES 2011, 10; *H. Foglar-Deinhardstein*, Anmerkungen zum (grenzüberschreitenden) Triangular Merger, GesRZ 2012, 326; *H. Foglar-Deinhardstein*, Schwere Kost – Neues zur verbotenen Einlagenrückgewähr bei der verdeckten Kapitalgesellschaft und zur Abschlussprüferhaftung, GES 2021, 159; *H. Foglar-Deinhardstein*, Wo und wie die angemessene Squeeze-out-Barabfindung durchzusetzen ist, ecolex 2022, 377; *H. Foglar-Deinhardstein*, Gesellschafterausschluss (syndikatsvertraglich) ausgeschlossen, ÖJZ 2022, 911; *H. Foglar-Deinhardstein*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Unternehmensbewertung in Österreich – Zwischen Klarheits- und Komplexitätsfalle, GesRZ 2024, 38; *H. Foglar-Deinhardstein*, FlexCo und Umgründungen – ein Spannungsfeld, ecolex 2024, 512; *H. Foglar-Deinhardstein*, Auf den Punkt gebracht? – Aktuelle Überlegungen zum rechtlichen Rahmen für die Unternehmensbewertung, RWZ 2024, 252; *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hg), GmbHG<sup>2</sup> (2024); *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher*, Leben mit der Unschärfe – OGH entlastet das Nachprüfungsverfahren NZ 2022, 165; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, Cross-Border Merger aus Deutschland, nach Österreich bei weiterbestehendem Listing, GesRZ 2013, 198; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, Erwerb eigener

Aktien bei der Barabfindung anlässlich der (grenzüberschreitenden) Verschmelzung, RWZ 2014, 7; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, Überholender Kontrollwechsel im Zuge eines Aktienerwerbs zu Sanierungszwecken, GesRZ 2015, 99; *H. Foglar-Deinhardstein/Vinazzer*, Kann das EKEG die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital verhindern? ÖBA 2016, 486; *Gaggl*, Gläubigerschutz bei Umgründung der GmbH & Co KG (2021); *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out (2006); *Gelbmann*, Strafrechtliche Absicherung der Corporate Governance, GesRZ 2003, 20; *Goette*, Gesellschaftsrechtliche Grundfragen im Spiegel der Rechtsprechung, ZGR 2008, 436; *Goette/Habersack/Kalss* (Hg), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz V<sup>6</sup> (2023); *Graewe/v. Harder*, Enthaftung der Leitungsorgane durch Einholung von Rechtsrat bei unklarer Rechtslage, BB 2017, 707; *E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein*, Satzungsstrenge und neue Spielräume für „autonome“ Satzungsbestimmungen, GesRZ 2014, 73; *M. Gruber*, Zustimmungsvorbehalte im Konzern, GesRZ 2021, 291; *Gruber/Harrer* (Hg), GmbHG<sup>2</sup> (2018); *Grünwald*, Ausgewählte Zweifelsfragen rund um die aktienrechtliche Verschmelzung nach dem EU-GesRAG, GesRZ 1997, 172; *Harrer/Neumayr/Told* (Hg), Organhaftung (2022); *Haßler*, Anwendbarkeit von § 93 Abs 4 Satz 3 AktG im Rahmen der Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften, AG 2016, 388; *T. Hayden/Thorbauer/Gröhs*, Sanierungsinstrumente für Gesellschaften in der „Krise“, PSR 2020, 8; *Hlawati/Glas/H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger*, Squeeze-out: Spatz in der Hand statt Taube auf dem Dach? GesRZ 2016, 29; *Holle*, Die Binnenhaftung des Vorstands bei unklarer Rechtslage, AG 2016, 270; *Huber* (Hg), ÜbG<sup>2</sup> (2016); *Hübner-Schwarzinger*, Steuerliche Konsequenzen einer verunglückten Einbringung, SWK 2008, *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993); *Hügel*, Aktuelle Probleme des Spaltungsrechts, WBl 2001, 394; *Hügel*, Zwischenausschüttungen bei der GmbH, GesRZ 2016, 100; *Kalss*, Fragen zur Spaltung im Konzern, GesRZ 1998, 142; *Kalss*, Ausprägungen und Auswirkungen des Transparenzgebots im Kapitalmarkt-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, in FS Doralt (2004) 275; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> (2021); *Kalss/Eckert*, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007, 583; *Kalss/Fleischer/Vogt* (Hg), Bahnbrechende Entscheidungen (2016); *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017); *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarkrecht<sup>2</sup> (2015); *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner* (Hg), HB verdeckte Gewinnausschüttung<sup>3</sup> (2021) 1; *Karollus*, Debt Push Down bei der Akquisitionsfinanzierung, Verbot der Einlagenrückgewähr und Finanzierungsverbot, eoclex 2022, 868; *Kasiske*, Gesellschaftsrechtliche Legalitätspflicht und Untreue, ZIP 2024, 2561; *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG (2005); *G. Kodek*, Aktuelle Fragen der Organhaftung im Gesellschaftsrecht – ausgewählte neuere Judikatur, in *Lewisich* (Hg), JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012 (2012), 181; *Koppensteiner*, Zum Umtauschverhältnis bei der Konzentrationsverschmelzung, in FS Hügel (2016); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007); *Maier*, Zur Rolle des Börsenkurses beim Gesellschafterausschluss, eoclex 2011, 131; *Mitterecker*, Grenzüberschreitende Sitzverlegungen (2015); *Mitterecker*, Organhaftung bei unklarer Rechtslage: Braucht es eine Legal Judgment Rule? GesRZ 2022, 14; *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> (2015); *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka* (Hg), AktG (2020); *Ch. Nowotny*, Anlegerhaftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates bei Kursverlusten? RdW 1995, 132; *Ch. Nowotny*, Entscheidung durch die Hauptversammlung (§ 103 Abs 2 AktG) und Informationspflichten, RdW 1997, 119; *Ch. Nowotny*, Wertpapierleihe – ein Weg zum partiellen Squeeze-out? RdW 2009, 509; *Ch. Nowotny*, Unternehmerische Entscheidung und Organhaftung, in FS Koppensteiner (2016) 193; *Ch. Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschaftsrecht, Umgründungsrecht, Übernahmerecht<sup>3</sup> (2015); *R. Perner/P. Schörghofer*, Haftung von Vorstand/Geschäftsführung und Aufsichtsrat bei Verschmelzungen, Aufsichtsrat aktuell 2012, H 6, 14; *R. Perner/P. Schörghofer*, Haftung von Vorstand/Geschäftsführung und Aufsichtsrat bei Spaltungen, Aufsichtsrat aktuell 2013, H 1, 9; *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015); *J. Reich-Rohrwig*, Ausgewählte zivilrechtliche Fragen bei der Einbringung von Unternehmen (Betrieben) nach dem StruktVG, in FS Helbich (1990) 149; *J. Reich-Rohrwig*, GmbHR I<sup>2</sup> (1996); *J. Reich-Rohrwig*, Grundsatzen der Kapitalerhaltung (2004); *Rohregger*, Die falsch bewertete Sacheinlage – ein Vermögensnachteil für die Gesellschaft? in *Lewisich* (Hg), JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014 (2014) 41; *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht (2002); *Rüffler*, Zur

Verzinsung der Barabfindung und zugesprochener barer Zuzahlungen gemäß § 6 GesAusG; Zugleich eine Kritik an OGH 12.5.2021, 6 Ob 246/20z, GesRZ 2021, 209; *Ruhmannseder/Wess* (Hg), *Corporate Compliance* (2022); *G. Schima*, (Konzern-)Weisungen an den AG-Vorstand, GesRZ 2021, 310; *K. Schmidt/Lutter*, AktG I<sup>4</sup> (2020); *Schopper/Walch*, Vorstandshaftung bei Vertrauen auf unrichtigen Rechtsrat, GES 2012, 215; *Stanek*, Die Kapitalerhaltung bei Einbringungen ohne Anteilsgewähr gemäß § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG, GesRZ 2018, 158; *Stanek*, Einlagen und Umgründungen im Konzern (2024); *Steinhart*, Die Einbringung von negativen Gesellschaftsanteilen aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht, RdW 2011, 119; *Stingl*, Gesamtrechtsnachfolge im Gesellschaftsrecht (2016); *Straube/Ratka/Rauter* (Hg), UGB I<sup>4</sup> (Stand 15.5.2024); *Straube/Ratka/Rauter* (Hg), GmbHG (inkl 168 Lfg, Stand 15.10.2024); *Told*, Die Gesellschaft zwischen Gesellschafterinteresse und einem etwaig davon losgelösten Eigeninteresse, in FS Koppensteiner (2016) 339; *Topp*, Bankenfusionen – Eine kritische Betrachtung der Entscheidungsprozesse, ÖBA 2000, 491; *Torggler* (Hg), GmbHG (2014); *Torggler* (Hg), UGB<sup>3</sup> (2019); *U. Torggler*, Down-Stream-Einlagenrückgewähr, in FS Konecny (2022) 655; *Veith*, Die „Legal Judgment Rule“ – unklares Haftungsregime bei unklarer Rechtslage?, RdW 2024, 669; *C. Völkl*, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationshaftung, ÖJZ 2006, 97; *Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen, (24 Lfgen, Stand Oktober 2023); *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht (2008); *Winner*, Zum Umtauschverhältnis bei Verschmelzungen, in FS Torggler (2013) 1371; *Winner*, Wertermittlung bei dominierten Transaktionen, in *Fleischer/Kalss/Vogt* (Hg), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013 (2014) 109; *Wundsam/Zöchling/Huber/Khun* (Hg), UmgrStG<sup>6</sup> (2022); *Zib/Dellinger* (Hg), UGB I/1 (2010) und I/2 (2013).

<b>Gliederung</b>	<b>Rz</b>
I. Einleitung .....	1–10
A. Begriff der Umgründung .....	1–3
B. Umgründungseffekte auf Gesellschaft, Aktionäre und Vorstand .....	4–8
C. Überblick .....	9–10
II. Prinzipien der Verantwortlichkeit des Vorstands im Umgründungsrecht .....	11–48
A. Adressaten der Schutzpflichten des Vorstands .....	11–21
1. Unternehmenswohl und andere Bezugspunkte der Vorstandspflichten .....	11–13
2. Die Interessen der (Minderheits-)Aktionäre, der Gläubiger und der Arbeitnehmer .....	14
3. Informationsvorsprung, Transparenz, Organhaftung .....	15–19
4. Schutzpflichten des Vorstands beim Squeeze-out (und beim MBO) .....	20–21
B. Zentrale Pflichten des Vorstands bei einer Umgründung .....	22–23
C. Verantwortlichkeit des Vorstands nach § 84 AktG .....	24–38
1. Haftungsvoraussetzungen .....	24–27
2. Haftungsbefreiender HV-Beschluss .....	28–34
3. Mehrgliedriger Vorstand .....	35–37
4. Haftung aus unzutreffenden Prognosen und Bewertungen .....	38
D. Aktionärsseitige Weisungen an den Vorstand .....	39–43
1. Aktienrechtliches Kompetenzgefüge .....	39–41
2. Umgründungen: Aktionärsseitige Initiativen und Weisungen .....	42–43
E. Kapitalerhaltung/Verbot der Einlagenrückgewähr .....	44–45
F. Strafbares Verhalten .....	46–48
II Verschmelzung .....	49–134
A. Charakteristik der Verschmelzung .....	49–52
B. Arten der Verschmelzung .....	53–55

C.	Rechte und Pflichten des Vorstands .....	56–120
1.	Verschmelzungsvertrag .....	56–69
2.	Zur Festlegung des angemessenen Umtausch- verhältnisses .....	70–74
3.	Verbot der Einlagenrückgewähr bei der Verschmelzung .....	75–79
4.	Verschmelzungsbericht des Vorstands .....	80–83
5.	Mitwirkung an der Prüfung der Verschmelzung .....	84–92
6.	Vorbereitung der Hauptversammlung .....	93–102
7.	Hauptversammlung – Änderungen des Verschmelzungsvertrags .....	103–106
8.	Anmeldung zum Firmenbuch .....	107–115
9.	Nachprüfungsverfahren .....	116–120
D.	Haftung des Vorstands .....	121–134
1.	Haftung des Vorstands der übertragenden Gesellschaft .....	122–128
2.	Haftung des Vorstands der übernehmenden Gesellschaft .....	129–131
3.	Haftung des Vorstands der neuen Gesellschaft .....	132
4.	Haftung nach § 84 AktG .....	133
5.	Strafbares Verhalten .....	134
IV.	Einbringung .....	135–192
A.	Charakteristik der Einbringung .....	135–137
B.	Arten der Einbringung .....	138–140
C.	Rechte und Pflichten des Vorstands .....	141–182
1.	Einbringung im Zuge einer Sachgründung .....	141–152
a)	Vereinbarung der Sacheinlage .....	142–144
b)	Gründungsprüfung .....	145–148
c)	Hauptversammlung .....	149–150
d)	Anmeldungen zum Firmenbuch .....	151–152
2.	Einbringung im Zuge einer Kapitalerhöhung .....	153–162
a)	Ablauf .....	153–158
b)	Hauptversammlung .....	159–160
c)	Anmeldungen zum Firmenbuch .....	161–162
3.	Einbringung als Sacheinlage ohne Anteilsgewähr ....	163–182
a)	Allgemein .....	163–166
b)	Interessenlage .....	167–170
c)	HV-Zuständigkeit .....	171–174
d)	Anmeldungen zum Firmenbuch .....	175–176
e)	Kapitalerhaltung/Verbot der Einlagen- rückgewähr .....	177–181
f)	Alternative Gestaltungsmöglichkeiten .....	182
D.	Haftung des Vorstands .....	183–192
1.	Haftung nach § 84 AktG .....	183–184
2.	Haftung bei einer Sachgründung/Sachkapital- erhöhung .....	185–191
3.	Strafbares Verhalten .....	192
V.	Spaltung .....	193–256
A.	Charakteristik der Spaltung .....	193–195
B.	Arten der Spaltung .....	196–203
C.	Rechte und Pflichten des Vorstands .....	204–243
1.	Spaltungsplan .....	204–209
2.	Spaltungs- und Übernahmungsvertrag .....	210–211
3.	Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (Verbot der Einlagenrückgewähr) bei der Spaltung .....	212–217

4.	Spaltungsbericht durch den Vorstand .....	218
5.	Restvermögensprüfung durch den Vorstand.....	219–221
6.	Gründungsprüfung durch den Vorstand .....	222–224
7.	Mitwirkung an der Prüfung der Spaltung.....	225–229
8.	Vorbereitung der Hauptversammlung .....	230–238
9.	Hauptversammlung – Änderungen des Spaltungs- und Übernahmevertrags .....	239–240
10.	Anmeldung zum Firmenbuch.....	241–243
D.	Haftung des Vorstands .....	244
1.	Spaltung zur Neugründung .....	245–251
2.	Spaltung zur Aufnahme .....	252–254
3.	Haftung nach § 84 AktG .....	255
4.	Strafbares Verhalten .....	256
VI.	Squeeze-out .....	257–305
A.	Charakteristik des Squeeze-out .....	257–259
B.	Arten des Squeeze-out .....	260–261
C.	Rechte und Pflichten des Vorstands .....	262–297
1.	Verlangen des Hauptgesellschafters .....	264–266
2.	Gemeinsamer Bericht .....	267–272
3.	Verbot der Einlagenrückgewähr beim Squeeze-out ...	273–275
4.	Mitwirkung an der Prüfung des Squeeze-out .....	276–279
5.	Vorbereitung der Hauptversammlung .....	280–284
6.	Hauptversammlung .....	285–288
7.	Anmeldung zum Firmenbuch .....	289–292
8.	Zahlung der Barabfindung .....	293–297
D.	Haftung des Vorstands .....	298–305
1.	Haftung nach § 84 AktG.....	298–300
2.	Außenhaftung des Vorstands der Zielgesellschaft gegenüber Aktionären? .....	301–304
3.	Strafbares Verhalten .....	305
VII.	Fazit .....	306–312

## I. Einleitung

### A. Begriff der Umgründung

**Umgründungen** sind gesellschaftsrechtliche Maßnahmen, bei denen vorhandene unternehmerische Erscheinungsformen umgestaltet werden. Der Wechsel eines bereits bestehenden Unternehmens in eine andere Form oder Struktur unterscheidet die *Umgründung* von der *Neugründung*; die Neugründung ist der rechtsvorgängerlose Beginn eines Unternehmens,<sup>1</sup> genauer: einer neuen Unternehmensstruktur in Form einer neuen Gesellschaft.

Als **Umgründung ieS** oder **übertragende Umgründung** wird eine gesetzlich vorgeprägte Strukturmaßnahme bezeichnet, die (i) zu einer Vermögensübertragung auf Ebene der beteiligten Gesellschaften führt, (ii) allenfalls auch in die Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter (Aktionäre) eingreift und (iii) – soweit

<sup>1</sup> Wiesner in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen I (16. Lfg, 2017) Einführung in das UmgrStR Rz 1. Allerdings kann derselbe Vorgang aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zugleich eine Umgründung und eine Neugründung in sich bergen, zB bei einer Verschmelzung – oder Spaltung – zur Neugründung (s Rz 53, 197) oder bei einer Einbringung zur Sachgründung (s Rz 141).

sie die Voraussetzungen des UmgrStG erfüllt – steuerlich begünstigt sein kann.<sup>2</sup> Bei Aktiengesellschaften sind **Verschmelzung** (s Rz 49 ff), **Einbringung** (s Rz 135 ff) und **Spaltung** (s Rz 193 ff) die häufigsten Formen der übertragenden Umgründungen.<sup>3</sup>

- 3 **Umgründungen iwS** sind demgegenüber Umstrukturierungen, die keine Übertragung von Vermögen des betroffenen Rechtsträgers nach sich ziehen (s Rz 8); mangels Vermögensübertragung findet auch aus steuerlicher Sicht kein Tausch- oder Liquidationsvorgang statt, der stille Reserven aufdecken könnte, weshalb keine Begünstigung nach dem UmgrStG erforderlich ist.<sup>4</sup>

## B. Umgründungseffekte auf Gesellschaft, Aktionäre und Vorstand

- 4 Eine Umgründung stellt regelmäßig einen entscheidenden Einschnitt im Bestand einer Aktiengesellschaft dar und erfordert eine sorgfältige Planung, Vorbereitung und Durchführung.
- 5 Auf *Ebene der an der Umgründung beteiligten Gesellschaften* kommt es häufig zu Auswirkungen auf **Vermögen** und **Kapital** der Gesellschaft sowie auf die **Interessen der Arbeitnehmer und Gläubiger**. Abgesehen von rechtlichen Fragestellungen sind bei den beteiligten Gesellschaften auch die Auswirkungen auf die **Bilanzierung** und die **steuerlichen Konsequenzen** einer Umgründungsmaßnahme zu beachten.
- 6 Auf *Ebene der Aktionäre* kann die Umgründung zu einer **Veränderung der Aktionärsstruktur** und damit auch der bestehenden **Mehrheitsverhältnisse** führen. Außerdem kann aus einer Umgründung eine **Mediatisierung** der Informations-, Einfluss- und Vermögensrechte der Aktionäre resultieren.<sup>5</sup> Unter Mediatisierung ist jener mögliche (aber keineswegs zwingende) Effekt einer Umgründung zu verstehen, wonach die Aktionäre nach abgeschlossener Umgründung ihre Beteiligung am Vermögensträger nicht mehr – wie davor – direkt, sondern nur mehr vermittelt über eine Zwischengesellschaft halten. Sie können ihren rechtlichen Einfluss demnach nur mehr „gefiltert“ geltend machen, während im Gegenzug die Position von Vorstand und Aufsichtsrat in den an der Umgründung beteiligten Gesellschaft gestärkt wird (s auch Rz 63, 143, 194). Das österreichische Umgründungsrecht gestattet grundsätzlich die Mediatisierung der Aktionäre **auch gegen den Willen**

<sup>2</sup> Vgl *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 3/1123; *Pira in Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> Anh § 101 Übersicht UmgrStR Rz 1 FN 1.

<sup>3</sup> Seltener sind die **verschmelzende Umwandlung** einer AG auf den Hauptaktionär, die **errichtende Umwandlung** einer AG auf eine Personengesellschaft oder die **Anwachsung** einer AG & Co KG oder AG & Co OG auf die AG, die in diesem Beitrag nicht behandelt werden.

<sup>4</sup> *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 1/127.

<sup>5</sup> Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 224 AktG Rz 18; *Hügel*, Aktuelle Probleme des Spaltungsrechts, WBI 2001, 394; *Kalss*, Fragen zur Spaltung im Konzern, GesRZ 1998, 142; *Deutsch/Leonhartsberger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 103 Rz 26 und 39; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 50 Rz 9; *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht 458, 500 und 518; *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 97 und 98 ff; *H. Foglar-Deinhardstein*, Anmerkungen zum (grenzüberschreitenden) Triangular Merger, GesRZ 2012, 326 (330).

**der Minderheit**,<sup>6</sup> den Minderheitsaktionären kann allenfalls nach den Umständen des Einzelfalls eine Anfechtungsklage gegen den genehmigenden HV-Beschluss zustehen.<sup>7</sup> Daraus lässt sich uE das allgemeine Prinzip ableiten, dass – anders als im deutschen Umwandlungsrecht – bei Umgründungen der Vermögensabgang bei den Aktionären der übertragenden Gesellschaft nicht zwingend durch Gewähr von neuen (oder Verschiebung von bestehenden) Aktien an der übernehmenden Gesellschaft (**Mitgliedschaftsperpetuierung**) ausgeglichen werden muss. Eine solche Mitgliedschaftsperpetuierung ist vielmehr dann nicht erforderlich, wenn der Wertabgang ohnedies durch die gegenläufige Erhöhung des Werts bereits bestehender Aktien vollständig und verhältnismäßig ausgeglichen werden kann.<sup>8</sup>

Beim Planen, Steuern und Überwachen allfälliger Auswirkungen einer Umgründung kommt dem **Vorstand** der betroffenen Aktiengesellschaft jeweils eine zentrale Rolle zu, wiewohl die letztgültige Entscheidung zur Durchführung einer Umgründung idR von der **Hauptversammlung** getroffen wird (s Rz 93, 149 f, 159 f, 171 ff, 230, 280). 7

**Squeeze-out** (s Rz 257 ff) und auch **Management Buy-out** (nachstehend auch: **MBO**) (Kapitel 30) sind keine Umgründungen (ieS) (s Rz 3), weil sie idR nicht mit einer Vermögensbewegung auf Ebene der betroffenen Gesellschaft(en) verbunden sind.<sup>9</sup> Eine Parallele zu den klassischen Umgründungsformen ergibt sich aber ua daraus, dass auch bei Squeeze-out und MBO die anwendbaren gesetzlichen Regelungen dem Vorstand eine Schlüsselfunktion zuweisen. 8

## C. Überblick

Zur näheren Beleuchtung dieser **Schlüsselfunktion des Vorstands** bei Umgründungen und Squeeze-out folgen hier zunächst (unter **II.**) Ausführungen zu allgemeinen Themen, die sich bei jeder Umgründungsform stellen können; anschließend wird (unter **III.**, **IV.**, **V.** und **VI.**) – exemplarisch – die Rolle des Vorstands bei Verschmelzung, Einbringung, Spaltung und Squeeze-out skizziert. Der MBO wird in einem eigenen Kapitel 30 behandelt; gerade beim MBO spielt der Vorstand aber naturgemäß eine besonders wichtige Rolle. 9

Soweit nicht anders erwähnt, wird in diesem Beitrag stets davon ausgegangen, dass sämtliche an einer Umgründung beteiligte Gesellschaften **Aktiengesellschaften** sind. Auf die Bestimmungen des **Börserechts**, des **Bankrechts**, des **Kapitalmarktrechts**, des **Übernahmerechts**,<sup>10</sup> des **Grundverkehrsrechts** sowie 10

<sup>6</sup> Siehe § 224 Abs 2 Z 1 AktG; vgl *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 653.

<sup>7</sup> Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 224 AktG Rz 18; *U. Torggler* in *Torggler*, GmbHG § 115 Rz 17.

<sup>8</sup> *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2012, 330 mwN.

<sup>9</sup> Vgl *Pira* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> Anh § 101 Übersicht UmgrStR Rz 1 FN 1; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 85; *H. Foglar-Deinhardstein*, Umwandlung einer GmbH mit Unterbilanz in eine AG zulässig? GES 2011, 10 (16 FN 41, 43) mwN. Ebensovienig ist die **formwechselnde (identitätswahrende) Umwandlung** einer GmbH in eine AG oder einer AG in eine GmbH eine Umgründung ieS. Auch die formwechselnde Umwandlung einer AG durch **grenzüberschreitende Sitzverlegung** gemäß EU-UmgrG ist identitätswahrend.

<sup>10</sup> Zum Verhältnis von Umgründungs- und Übernahmerecht *Winner*, Übernahmeangebot bei Verschmelzung? in *Kalss/Fleischer/Vogt*, Bahnbrechende Entscheidungen 45; *Kalss/Op-*

des **Kartellrechts**, die auch bei jedem Umgründungsvorgang zu prüfen sind, wird hier nicht eingegangen.

## II. Prinzipien der Verantwortlichkeit des Vorstands im Umgründungsrecht

### A. Adressaten der Schutzpflichten des Vorstands

#### 1. Unternehmenswohl und andere Bezugspunkte der Vorstandspflichten

- 11 Der Vorstand hat die AG gem § 70 AktG so zu leiten, wie dies das **Wohl des Unternehmens** erfordert,<sup>11</sup> wobei die **Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer und der Öffentlichkeit sowie** (trotz mangelnder Erwähnung in § 70 AktG wegen Gesamtanalogie) auch **der Gläubiger** zu berücksichtigen sind. Nach hM ist das Wohl des Unternehmens das vorrangige Ziel; die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer und der Gläubiger sowie das öffentliche Interesse sind – grds untereinander gleichrangig – als Nebenziele miteinzubeziehen und müssen in einem Abwägungsvorgang in die konkrete Entscheidungsfindung einfließen, soweit sie mit dem Unternehmenswohl vereinbar sind.
- 12 Bei **Umgründungen** kann es uE zu einer **Verschiebung dieser Rangordnung** kommen, zumal eine Umgründung naturgemäß und gesetzlich legitimiert in die Struktur einer bestehenden Gesellschaft einzugreifen vermag, sodass das Hauptziel des Unternehmenswohls zurücktreten kann, während die Nebenziele jedenfalls weiterhin ihre Leitfunktion behalten (es kommt also uE nicht zu einer Situation, in der der Vorstand nach freiem Gutdünken entscheiden kann). Führt die Umgründung etwa – wie (idealtypisch) bei der Abspaltung – zur Übertragung von Gesellschaftsvermögen in die Sphäre der Aktionäre, oder resultiert sie sogar – wie es bei der Verschmelzung oder der Aufspaltung der Fall ist – im Untergang der

*pitz/Zollner*, Kapitalmarkrecht<sup>2</sup> § 24 Rz 131 f; *Edtbauer*, Das Pflichtangebot, in *Birkner*, HB Übernahmerecht 59 ff; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, Überholender Kontrollwechsel im Zuge eines Aktienerwerbs zu Sanierungszwecken, GesRZ 2015, 99 (FN 3) mwN; *Hlawati/Glas/H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger*, Squeeze-out: Spatz in der Hand statt Taube auf dem Dach? GesRZ 2016, 29.

<sup>11</sup> „Das Interesse der Aktiengesellschaft darf daher abstrakt mit dem Wohl des in der Gesellschaft betriebenen Unternehmens gleichgesetzt werden [...]“ (*Told*, Die Gesellschaft zwischen Gesellschafterinteresse und einem etwaig davon losgelösten Eigeninteresse, in FS Koppensteiner 339 [346]; vgl *Ch. Nowotny* in FS Koppensteiner 193 [195]; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 25 Rz 36; *Burtscher*, Haftung bei Multiorganschaft 20; *Adensamer* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 70 Rz 15 ff). Zur Frage einer etwaigen Relevanz des shareholder value *Enzinger*, Shareholder Value – Modisches Schlagwort oder gesellschaftsrechtlich relevanter Begriff, GesRZ 1997, 218; *Adensamer* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 70 Rz 19. Zur Berücksichtigung öffentlicher Interessen und von Nachhaltigkeitsaspekten *Zehetner/Haberer*, (Kein) Licht am Ende des Tunnels? ecolex 2022, 261; *Lettenbichler*, Der Einfluss von Nachhaltigkeitsaspekten auf die Willensbildung des Leitungsorgans einer AG, GesRZ 2024, 7; *Andessner*, Die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses durch Energieunternehmen im öffentlichen Eigentum, ÖZW 2024, 36; *Leixnering/P. Doralt*, Die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses ist geboten, nicht verboten! GesRZ 2024, 88; *Sottner*, Europäische Klimaschutzvorgaben und nationales Aktienrecht, wbl 2025, 200.

*übertragenden* Gesellschaft, kann das Wohl des Unternehmens der übertragenden Gesellschaft schon denklogisch nicht mehr oberste Richtschnur für das Verhalten des Vorstands dieser Gesellschaft sein.<sup>12</sup> Kommt es zum umgründungsbedingten Untergang der übertragenden Gesellschaft, erlöschen dann auch die Organmandate der Vorstandsmitglieder dieser Gesellschaft.<sup>13</sup> Anderes gilt naturgemäß, wenn die übertragende Gesellschaft – wie bei der Einbringung oder der Abspaltung – fortbesteht. Aus der Perspektive des Vorstands der *übernehmenden* Gesellschaft bleibt das Unternehmenswohl selbstverständlich wichtigster Bezugspunkt.

Dieser Befund *de lege lata* steht freilich in einem gewissen Spannungsverhältnis zur rechtstatsächlichen Beobachtung, dass in der Verschmelzungspraxis die Wahl der Verschmelzungsrichtung – und somit die Entscheidung, ob einer verschmelzungsbeteiligten Gesellschaft die Rolle einer übertragenden oder die einer übernehmenden Gesellschaft zufällt – häufig flexibel ist und idR erst im Zuge der rechtlichen und steuerlichen Strukturierung der Transaktion – etwa in Hinblick auf Liegenschaftsvermögen und damit verbundene grundverkehrsrechtliche und grunderwerbsteuerliche Fragen – getroffen wird. Die Interessen der Minderheitsaktionäre, Gläubiger und Arbeitnehmer sind meist unabhängig von der Wahl der Verschmelzungsrichtung die gleichen.<sup>14</sup>

## 2. Die Interessen der (Minderheits-)Aktionäre, der Gläubiger und der Arbeitnehmer

Hinsichtlich der **Interessen der Aktionäre**, die gem § 70 AktG als Nebenziel zu wahren sind, ist strittig, ob das Gesetz die Berücksichtigung der (typisierten) Interessen aller Aktionäre<sup>15</sup> oder bloß die Berücksichtigung der Interessen des Mehrheitsaktionärs<sup>16</sup> verlangt. Im Fall eines Alleinaktionärs kann jedenfalls auf das konkrete Aktionärsinteresse abgestellt werden;<sup>17</sup> gleiches gilt grds, wenn die HV nach Vorlage durch den Vorstand gem § 103 Abs 2 AktG (s Rz 28 ff) eine Sachentscheidung in der betreffenden Angelegenheit trifft.<sup>18</sup> In der wirtschaftlichen Realität orientiert sich das Handeln des Vorstands idR zwanglos an den Interessen der Aktionärsmehrheit. Zumindest soweit die Umgründung von Gesetzes wegen oder durch freiwillige Entscheidung der Verwaltungsorgane der Beschlussfassung

<sup>12</sup> Daher ordnen die Spezialbestimmungen des § 227 AktG (s Rz 122) und des § 3 Abs 5 SpaltG (s Rz 248) auch eine Außenhaftung des Vorstands gegenüber den Aktionären (und Gläubigern) der übertragenden Gesellschaft an.

<sup>13</sup> Vgl *Haßler*, Anwendbarkeit von § 93 Abs 4 Satz 3 AktG im Rahmen der Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften, AG 2016, 388.

<sup>14</sup> Vgl OGH 24.11.2015, 1 Ob 28/15x – „*Kneisz II*“ = NZ 2016, 147 (*Auer*) = GesRZ 2016, 219 (*Arlt*) = *Mitterecker*, GES 2016, 150.

<sup>15</sup> So *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 3/431; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 70 Rz 12.

<sup>16</sup> So noch *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 70 AktG Rz 24; **aA** (Interessen aller Aktionäre) *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 70 Rz 97; *G. Schima*, (Konzern-) Weisungen an den AG-Vorstand, GesRZ 2021, 310 (323 FN 129).

<sup>17</sup> *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 70 Rz 12.

<sup>18</sup> *Told*, Die Gesellschaft zwischen Gesellschafterinteresse und einem etwaig davon losgelösten Eigeninteresse, in FS Koppensteiner 339 (346); *S. Bydlinki/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 103 Rz 18.

durch die Hauptversammlung (mit qualifizierter Mehrheit) unterliegt (im Einzelnen dazu unter C.), kann die Umgründung ohnedies gegen den Willen der **Aktionärsmehrheit** gar nicht durchgeführt werden, sodass der Majorität ein starker Kontrollmechanismus zur Verfügung steht. Demgegenüber ist, wie sich aus der Zusammenschau der umgründungsrechtlichen Gesetzesregeln ergibt, dem Vorstand im Kontext der Umgründung insbesondere auch die **Wahrung der Interessen** jener Gruppen aufgetragen, die die Umgründung grds nicht verhindern können, nämlich **der Minderheitsaktionäre, der Gläubiger und der Arbeitnehmer**.

### 3. Informationsvorsprung, Transparenz, Organhaftung

- 15 Der Vorstand ist für die Wahrung der Interessen der Minderheitsaktionäre, der Gläubiger und der Arbeitnehmer die geeignete Stelle, weil bei ihm schon aufgrund seiner Organfunktion alle Informationen über die geplante Umgründung zusammenlaufen, sodass es rechtsökonomisch effizient ist, ihm eine Bringschuld zuzuordnen. Eine Holschuld der *stakeholders* würde demgegenüber Kontrollkosten erhöhen und Ineffizienzen erzeugen.
- 16 Um daher die **Informationsasymmetrie**, die die schutzwürdigen Interessengruppen – **Minderheitsaktionäre, Gläubiger und Arbeitnehmer** – benachteiligt, auszugleichen, setzt das Gesetz insb bei Verschmelzung, Spaltung und Squeeze-out primär auf vom Vorstand verlangte **Transparenz**.<sup>19</sup> Transparenz im rechtlichen Sinn wird dabei nicht durch eine – allenfalls sogar kontraproduktive – ungesteuerte Informationsüberflutung gewährleistet; vielmehr geht es um eine nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ angemessene Aufbereitung und Darbietung der Information, die deren Erschließbarkeit und Verständlichkeit sicherstellt.<sup>20</sup>
- 17 Durch die ausdrücklich angeordneten Informations-, Berichts und Prüfungspflichten bricht das Gesetz im Umgründungskontext das allgemeine Prinzip auf, dass der Vorstand **Souverän der gesellschaftsrechtlichen Information** ist, der in eigenem Ermessen unter Abwägung von Gesellschaftsinteresse und Geheimhaltungspflicht entscheidet, welche Informationen offengelegt werden können und welche geheim zu halten sind.<sup>21</sup>
- 18 Die geforderte Transparenz wird durch **flankierende Prüfpflichten** seitens unabhängiger Sachverständiger und des Aufsichtsrats und verschiedene Offenle-

<sup>19</sup> „Informationskonflikten in mitgliedschaftlich verfassten Verbänden begegnet das Gesellschaftsrecht mit einem feinmaschig gesponnenen Netz von Auskunftsrechten und Informationspflichten“ (Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht 520). Vgl zum Schutz der von einer Umgründung Betroffenen durch Transparenz Grünwald/Ch. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen II (18. Lfg, 2018) zu Art VI UmgrStG Rz 87 ff; Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> § 4 SpaltG Rz 4; A. Burger, Gleichbehandlung und Squeeze-out-Abfindung zum Börsenkurs, RdW 2012, 393. Allgm zu Transparenz, Information und Informationshaftung Kals, Ausprägungen und Auswirkungen des Transparenzgebots im Kapitalmarkt-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, in FS Doralt 275; C. Völkl, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationshaftung, ÖJZ 2006, 97.

<sup>20</sup> Kals in FS Doralt 275 (278).

<sup>21</sup> Vgl allgm Adensamer/Kerschbaum, Kapitel Österreich, in Theiselmann, Governance International, 405 (444 f).

gungspflichten abgesichert;<sup>22</sup> die Erstattung der erforderlichen Berichte ist zudem Voraussetzung für die Eintragung der Verschmelzung oder Spaltung in das **Firmenbuch**, wobei das Firmenbuchgericht idR zumindest formal das Vorliegen aller notwendigen Berichte prüft. Die Erfüllung der angeführten Offenlegungs-, Informations-, Prüf- und Berichtspflichten kann zwar zum Teil bei Verzicht aller Aktionäre unterbleiben. Für **Arbeitnehmer** und **Gläubiger** kommen aber bei Umgründungen jedenfalls zusätzlich noch spezifische Schutzbestimmungen zur Anwendung (zB **Kapitalerhaltungsvorschriften** – s Rz 44, § 15 SpaltG, §§ 3 ff AVRAG).

Angesichts der detaillierten Bestimmungen zu **Transparenz** sowie Berichts- und Prüfpflichten fällt auf, dass das Gesetz bei Umgründungen nur spärlich umgründungsspezifische **Organhaftungsgrundlagen** anordnet. Offenbar vertraut das Gesetz in erster Linie auf die Schutzwirkung von **Transparenz**, von möglichen **Anfechtungsklagen** bei Verletzung von Informations-, Offenlegungs- und Berichtspflichten (die die Umgründung blockieren können) sowie der **Firmenbuchkontrolle** und greift nur subsidiär zur „Haftungskeule“ für die Verwaltungsorgane. Zur Absicherung der Erfüllung der Berichtspflichten ist das Gesetz freilich streng und bedroht die Erteilung falscher oder unvollständiger Informationen in **§ 163a StGB** sogar mit **gerichtlicher Strafe**.<sup>23</sup> 19

#### 4. Schutzpflichten des Vorstands beim Squeeze-out (und beim MBO)

Auch bei **Squeeze-out** und **MBO** (zum MBO s Kapitel 30) ist das Interesse des Unternehmens nicht der primäre Bezugspunkt für die Schutzpflichten des Vorstands, zumal sich Squeeze-out und MBO idR nur auf der Aktionärebene abspielen und daher mglw ohne jegliche unmittelbare Auswirkung auf das Unternehmen der betroffenen Gesellschaft sind.<sup>24</sup> Beim Squeeze-out ergibt sich aus einer Gesamtschau des GesAusG, dass der Vorstand – losgelöst von der Frage, ob der Squeeze-out im Unternehmensinteresse steht oder nicht – grds jedenfalls zur **Mitwirkung** verpflichtet ist, dabei aber insb die Interessen der Minderheitsaktionäre zu wahren hat.<sup>25</sup> 20

Ein Squeeze-out ist (wie auch ein MBO) aus Sicht des Vorstands von einem **strukturellen und institutionalisierten Interessenkonflikt** geprägt. Die rechtliche Beleuchtung dieses zugespitzten Interessenkonflikts lässt daher Rückschlüsse auf den rechtlichen Rahmen erwarten, innerhalb dessen der Vorstand sich generell bei Umgründungen zu bewegen hat. 21

<sup>22</sup> Vgl zum Squeeze-out *P. Doralt/Hügel/Aschauer*, Das neue Übernahmerechts-Änderungsgesetz, in *Institut Österreichischer Wirtschaftsprüfer*, Wirtschaftsprüfer-JB 2007 301 (311); *Maier*, Zur Rolle des Börsenkurses beim Gesellschafterausschluss, *ecolex* 2011, 131 FN 5; *Haberer/Purtscher*, Wirtschaftliche und rechtliche Fragen der Unternehmensbewertung, in *Althuber/Schopper*, HB Unternehmenskauf & Due Diligence I<sup>2</sup>, 163 (197).

<sup>23</sup> Allgm *Kalss* in FS Doralt 275 (295 f); *Gelbmann*, Strafrechtliche Absicherung der Corporate Governance, *GesRZ* 2003, 20. Zur Frage, ob die umgründungsrechtlichen Informations- und Berichtspflichten auch als schadenersatzrechtlich relevante Schutzgesetze zu qualifizieren sein können, vgl im Kontext des Squeeze-out *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 6 GesAusG Rz 34; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 490.

<sup>24</sup> Vgl (zum MBO) *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht 540 f. „[...] der Mitgliederwechsel [berührt] schützenswerte Belange der Gesellschaft regelmäßig nicht [...]“.

<sup>25</sup> *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 286.

## B. Zentrale Pflichten des Vorstands bei einer Umgründung

22 Im Lichte der vorstehend skizzierten Informationspflichten und Haftungsregeln ergibt sich reflexiv der Katalog der zentralen Pflichten des Vorstands bei einer Umgründung. Der Vorstand hat insbesondere<sup>26</sup>

- vor Einleitung der Umgründung die möglichen **wirtschaftlichen, rechtlichen und steuerlichen Auswirkungen** der geplanten Umgründung – insb auf **bestehende Vermögens- und Rechtsverhältnisse** der Gesellschaft (Marktposition, Kunden- und Lieferantenbeziehungen, Geschäftschancen, Anlage- und Umlaufvermögen, Verträge, Forderungen, Verbindlichkeiten, Rechtsstreitigkeiten, Dienstverhältnisse, Finanzierungen, Beteiligungen, Immobilien etc) – zu untersuchen;
- **Vermögenslage, Kapitalausstattung, Verschuldung und Liquidität** der beteiligten Gesellschaften sorgfältig zu prüfen;<sup>27</sup>
- Zahlen-, Planungs- und Bilanzangaben sowie Prognoserechnungen und darauf aufbauende **Bewertungen** kritisch zu hinterfragen und zu plausibilisieren;
- **Umtauschverhältnisse**, bare Zuzahlungen, Barabfindungen, Ausgabebeträge von neuen Aktien und sonstige **Gegenleistungen** sorgfältig festzulegen;
- die gesetzlich angeordnete **Umgründungsdokumentation** mit der gebotenen Sorgfalt und unter Einhaltung aller Offenlegungs-, Zustimmungs-, Frist- und Formerfordernisse vorzubereiten und zu errichten;
- dabei auch bei der Ausübung von gesetzlich eingeräumten **Wahlrechten** (etwa ob die **Anteilsgewähr** oder die **Befassung der HV** entfallen sollen) und beim Treffen von Ermessensentscheidungen die gebotene Sorgfalt einzuhalten;
- alle vom Gesetz angeordneten **Prüf-, Berichts-, Informations- und Auskunftspflichten** sorgfältig zu erfüllen;
- insbesondere auf die Einhaltung aller **Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften** zu achten und die Einhaltung der **Vorschriften zum Schutz der Minderheitsaktionäre, der Arbeitnehmer und der Gläubiger** zu überwachen;
- den Bedarf an erforderlichen **Sachverständigen und Beratern** zu ermitteln und die konkret beizuziehenden Experten mit der gebotenen Sorgfalt auszuwählen und zeitgerecht beizuziehen und im notwendigen Ausmaß zu informieren;<sup>28</sup> und
- die im Zusammenhang mit der Umgründung auf Ebene der Gesellschaft notwendigen **Verfahren vor Gerichten und Behörden** (insb **Firmenbuch-**

<sup>26</sup> Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 227 AktG Rz 5; *Erkens* in Kölner-Komm UmwG<sup>2</sup> § 25 Rz 26 ff; *Grunewald* in *Bayer/Vetter*, Lutter-UmwG I<sup>7</sup> § 25 Rz 9 ff.

<sup>27</sup> Dies wird idR eine **Due Diligence-Prüfung** bei den Gesellschaften, die der Vorstand nicht kennt, erfordern. Vgl *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 227 Rz 11; *Erkens* in Kölner-Komm UmwG<sup>2</sup> § 25 Rz 26; *Grunewald* in *Bayer/Vetter*, Lutter-UmwG I<sup>7</sup> § 25 Rz 9.

<sup>28</sup> Zu Pflichten des Vorstands bei unklarer Rechtslage und/oder unklarem Rechtsrat *H. Foglar-Deinhardstein*, Schwere Kost – Neues zur verbotenen Einlagenrückgewähr bei der verdeckten Kapitalgesellschaft und zur Abschlussprüferhaftung, GES 2021, 159 (169 ff); *Mitterecker*, Organhaftung bei unklarer Rechtslage: Braucht es eine Legal Judgment Rule? GesRZ 2022, 14; *Veith*, Die „Legal Judgment Rule“ – unklares Haftungsregime bei unklarer Rechtslage?, RdW 2024, 669; *Adensamer* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 84 Rz 26; *Eckert/Madari* in *Ruhmannseder/Wess*, Corporate Compliance, Rz 3.24 ff;

verfahren, Grundbuchverfahren, grundverkehrsbehördliche Genehmigungsverfahren) sorgfältig und unter Einhaltung aller Frist- und Formerfordernisse zu betreiben.

Besonderes Augenmerk ist uE auf die **arbeitsrechtliche, rechnungslegungsrechtliche und steuerliche Strukturierung** sowie auf die Planung und Verteilung der Transaktionskosten zu richten. 23

## C. Verantwortlichkeit des Vorstands nach § 84 AktG

### 1. Haftungsvoraussetzungen

Gerade eine Umgründung und ein dadurch allenfalls ausgelöster „Machtwechsel“ auf Ebene der Organe und/oder der Aktionäre sind in der Praxis häufiger Anlass, die Gebarung der bisherigen Organwaller kritisch zu hinterfragen und allfällige Schadenersatzansprüche zu prüfen.<sup>29</sup> 24

§ 84 AktG regelt allgemein die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft für sorglose Geschäftsführung, unabhängig davon, ob sie im Zuge einer Umgründung oder in anderem Kontext erfolgt. Die Vorstandsmitglieder sind zur Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verpflichtet (§ 84 Abs 1 AktG). Entsprechend der sogenannten *business judgement rule* handelt ein Vorstandsmitglied gemäß § 84 Abs 1a AktG jedenfalls dann mit der gebotenen Sorgfalt, wenn es sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt, angemessen informiert ist und deshalb davon ausgehen darf, bei seiner Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft zu agieren. Bei der Abwägung von Chancen gegen Risiken sind einander die möglichen Vorteile und die drohenden Nachteile, jeweils multipliziert mit der Eintrittswahrscheinlichkeit, gegenüberzustellen.<sup>30</sup> 25

Verstößt ein Vorstandsmitglied gegen seine Pflichten, wozu auch die Einhaltung der oben beschriebenen Sorgfalt gehört, so ist es **gegenüber der Gesellschaft** zum Ersatz des dieser dadurch verursachten Schadens verpflichtet (§ 84 Abs 2 I. Satz AktG). Schuldhaftes Verhalten des Vorstandsmitglieds ist zur Haftungs begründung erforderlich (leichte Fahrlässigkeit genügt), doch wird das Verschulden 26

*Told/Warto*, Die Leitung des Unternehmens: Zur Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder, in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung (2022) 3 (74); *Kasiske*, Gesellschaftsrechtliche Legalitätspflicht und Untreue, ZIP 2024, 2561; *Bingel/Link*, Vorstandsentscheidung bei unklarer Rechtslage, AG 2024, 177; *Graewe/v. Harder*, Enthaltung der Leitungsorgane durch Einholung von Rechtsrat bei unklarer Rechtslage, BB 2017, 707; *Holle*, Die Binnenhaftung des Vorstands bei unklarer Rechtslage, AG 2016, 270; *Buck-Heeb*, Die Plausibilitätsprüfung bei Vorliegen eines Rechtsrats – zur Enthaltung von Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat, BB 2016, 1347. Zur Qualifikation des Vertrauens des Vorstands auf verschiedene Formen der Rechtsberatung *Schopper/Walch*, Vorstandshaftung bei Vertrauen auf unrichtigen Rechtsrat, GES 2012, 215.

<sup>29</sup> Vgl *G. Kodek*, Aktuelle Fragen der Organhaftung im Gesellschaftsrecht – ausgewählte neuere Judikatur, in *Lewis*, JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 181 (182).

<sup>30</sup> *F. Hörlsberger* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG<sup>2</sup> § 25 Rz 27; *Ch. Nowotny* in *Doral/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 84 Rz 9b; *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 84 Rz 205; *Fleischer* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG I<sup>4</sup> § 57 Rz 28.

bei Eintritt eines Schadens vermutet. Das Vorstandsmitglied kann sich dann durch Erbringung des Gegenbeweises zur Einhaltung der gebotenen Sorgfalt von seiner Ersatzpflicht befreien (§ 84 Abs 2 2. Satz AktG).

- 27 § 84 AktG statuiert primär einen etwaigen Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen ihre Vorstandsmitglieder (**Innenhaftung**). Die **Gesellschafter (Aktionäre)** haben grds keinen direkten Anspruch gegen die Vorstandsmitglieder.<sup>31</sup> Unter den Voraussetzungen des § 84 Abs 5 AktG können aber **Gläubiger** der Gesellschaft Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Vorstandsmitglieder nach § 84 AktG geltend machen (**Außenhaftung**).

## 2. Haftungsbefreiender HV-Beschluss

- 28 Nach § 84 Abs 4 AktG kommt es grds zu keiner Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber ihrer Gesellschaft, wenn die schadensverursachende Handlung des Vorstands **von einem Beschluss der HV gebilligt** war. Diese Haftungseinschränkung besteht nur gegenüber der Gesellschaft. Gegenüber **Gläubigern** der Gesellschaft, die gemäß § 84 Abs 5 AktG gegen Vorstandsmitglieder vorgehen (s Rz 27), wirkt diese Einschränkung nicht.<sup>32</sup>
- 29 Da bei Verschmelzung, Spaltung und Squeeze-out jedenfalls (soweit keine gesetzliche Ausnahmebestimmung eingreift) und bei Einbringung und MBO (s Kapitel 30 Rz 22) mglw einzelfallbezogen eine Beschlussfassung durch die HV erforderlich ist, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit von § 84 Abs 4 AktG in diesem Zusammenhang. Zu untersuchen ist, ob der gesetzmäßige HV-Beschluss über die Umgründung, den Squeeze-out oder den MBO zur Haftungsfreiheit des Vorstands führt:
- 30 Im **Verschmelzungsrecht** ordnet freilich § 227 AktG eine spezielle Schadenersatzpflicht der Vorstandsmitglieder der *übertragenden* Gesellschaft – und zwar auch direkt gegenüber den Aktionären und den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft – an. In diesem Zusammenhang ist in § 227 Abs 1 letzter Halbsatz AktG auch ausdrücklich geregelt, dass § 84 Abs 4 erster Satz AktG (also die erwähnte Haftungsbefreiung durch gesetzmäßigen HV-Beschluss) im Rahmen dieses Sonderregimes nicht gilt. Daraus folgt, dass der Verschmelzungsbeschluss der Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft grds hinsichtlich der Haftung nach § 227 AktG keine entlastende Wirkung für den Vorstand dieser Gesellschaft hat.<sup>33</sup> Nach einhelliger Auffassung gilt der Ausschluss der Haftungsbefreiung eines HV-Beschlusses analog auch für § 3 Abs 5 SpaltG, die parallele Regelung zur Organhaftung im **Spaltungsrecht**.<sup>34</sup> Eine analoge Anwendung auf die übertragende

<sup>31</sup> Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 84 Rz 23.

<sup>32</sup> Vgl G. Kodek in Lewisch, JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 181 (183).

<sup>33</sup> Nach überzeugender Ansicht lässt aber ein gesonderter HV-Beschluss, der nach ordnungsgemäßer Informationserteilung eine ganz konkrete Vorgangsweise iZm einer Verschmelzung billigt, für jene Aktionäre, die dem Beschluss zugestimmt haben, die Anspruchsgrundlage gegenüber dem Vorstand entfallen. Vgl Szep in Artmann/Karollus, AktG III<sup>6</sup> § 227 Rz 14.

<sup>34</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 3 SpaltG Rz 53; Napokoj, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 222; Grünwald/Ch. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen II (18. Lfg) zu Art VI UmgrStG Rz 81.

Gesellschaft bei der **Einbringung** ist nicht geboten, sodass uE dort der Vorstand in den Genuss der haftungsbefreienden Wirkung eines allfälligen HV-Beschlusses kommen kann.

Umstritten ist, ob § 227 Abs 1 letzter Halbsatz AktG, der die haftungsbefreiende Wirkung von § 84 Abs 4 erster Satz AktG für die übertragende Gesellschaft ausschließt, auch für die *übernehmende* Gesellschaft gilt.<sup>35</sup> UE ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien zu § 229 AktG, dass die Haftungsbefreiung des § 84 Abs 4 AktG nur für die übertragende Gesellschaft ausgeschlossen sein soll, weil die übernehmende Gesellschaft ohnedies fortbesteht.<sup>36</sup> Soweit die entlastende Wirkung des § 84 Abs 4 AktG nicht ausgeschlossen ist, kann die Haftungsbefreiung uE auch dann greifen, wenn der Vorstand die HV freiwillig – dh ohne gesetzliche Verpflichtung – befasst.<sup>37</sup> Dies gilt im Ergebnis für die übernehmende Gesellschaft bei **Verschmelzung, Spaltung und Einbringung**. 31

Bei einem **Squeeze-out** (wie auch beim MBO) wird pflichtwidriges Handeln des Vorstands idR nicht zu einem Schaden der Aktiengesellschaft, sondern – wenn überhaupt – eher zu einem Nachteil der Aktionäre führen.<sup>38</sup> Im seltenen Fall einer Schädigung der Gesellschaft selbst hätte aber ein HV-Beschluss uE entlastende Wirkung (s Rz 299). 32

Wichtig ist, dass § 84 Abs 4 erster Satz AktG lediglich Ansprüche *der Gesellschaft* selbst einschränkt, während Ansprüche *der Gläubiger* gem § 84 Abs 5 AktG unberührt bleiben.<sup>39</sup> Im Übrigen setzt die Haftungsbefreiung gem § 84 Abs 4 AktG voraus, dass der Vorstand die HV vor der Beschlussfassung vollständig 33

<sup>35</sup> So *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 227 AktG Rz 6, § 231 AktG Rz 17, § 3 SpaltG Rz 53; implizit auch *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 231 Rz 5; *aA Grünwald/Ch. Nowotny* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen II (18. Lfg) zu Art I UmgrStG Rz 217; (zum GmbH-Recht) *Eckert/Schopper* in *Torggler*, GmbHG § 98 Rz 11; offen *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI.F Rz 3, 13.

<sup>36</sup> ErlRV 32 BlgNR 20. GP 100 f. „Während die Schadenersatzpflicht der Verwaltungsträger der übertragenden Gesellschaft eigens geregelt wird – dies insbesondere deshalb, weil die übertragende Gesellschaft untergeht – gilt für die Schadenersatzpflicht der Verwaltungsträger der übernehmenden Gesellschaft allgemeines Gesellschafts- und Zivilrecht; als Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche kommen insbesondere die §§ 84 und 99 (was bisher im Gesetz – § 231 Abs. 1 – ausdrücklich erwähnt war), aber auch §§ 100 f. in Betracht; die ausdrückliche Erwähnung dieser Haftungsgrundlagen ist aber überflüssig. Während nach allgemeinem Aktienrecht, somit bei der Haftung der übernehmenden Gesellschaft, gemäß § 84 Abs. 4 der rechtmäßige Hauptversammlungsbeschluss der Gesellschaft (also der Beschluss, mit dem der Verschmelzungsvertrag genehmigt wird) die Haftung der Organmitglieder, welche vollständig informiert haben, ausschließt, ist entsprechend der bisher herrschenden Lehre ein solcher Haftungsausschluss für die Organe der übertragenden Gesellschaft in der Sonderregel des § 227 f. idF des vorliegenden Entwurfs nicht vorgesehen.“

<sup>37</sup> Vgl auch *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 231 AktG Rz 17, § 227 AktG Rz 6; *Eckert/Schopper* in *Torggler*, GmbHG § 98 Rz 11; *aA Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 231 Rz 5.

<sup>38</sup> *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht 540 f; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 489 ff.

<sup>39</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI.F Rz 13.

informiert<sup>40</sup> und generell den Beschluss nicht pflichtwidrig herbeigeführt hat.<sup>41</sup> Strittig ist, ob ein anfechtbarer HV-Beschluss, der wegen Fristablaufs nicht mehr anfechtbar ist, von der Ersatzpflicht befreit.<sup>42</sup> Bei Verstößen gegen das **Verbot der Einlagenrückgewähr** (näher s Rz 44) scheidet die haftungsbefreiende Wirkung eines HV-Beschlusses von vornherein aus.<sup>43</sup>

- 34 Erkennt der Vorstand nachträglich, dass die geplante und allenfalls schon beschlossene Umgründung nachteilig und/oder rechtswidrig ist, kann ihn die Verpflichtung treffen, deren Durchführung (unter Einsatz der ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe und faktischen Einflussmöglichkeiten) zu verhindern.<sup>44</sup>

### 3. Mehrgliedriger Vorstand

- 35 Bei einem mehrgliedrigen Vorstand trifft die Haftung nach § 84 AktG (s Rz 25 ff) grds alle Vorstandsmitglieder solidarisch. Ist jedoch eine (nicht bloß vom Vorstand allein beschlossene) Ressortverteilung eingerichtet, so haftet zunächst das jeweils ressortzuständige Vorstandsmitglied. Nicht-ressortzuständige Vorstandsmitglieder haften nur bei Verletzung ihrer allgemeinen Überwachungs-pflicht. Trotz einer Ressortverteilung treffen die übrigen nicht-ressortzuständigen Vorstandsmitglieder dennoch Informations-, Überwachungs- und Interventions-pflichten hinsichtlich der anderen Geschäftsbereiche. Grundlegende Fragen der Geschäftspolitik sind überdies auch bei einer Ressortverteilung dem Gesamtvorstand zugewiesen.<sup>45</sup>
- 36 Je nach Relevanz der Umgründung für die jeweilige Aktiengesellschaft wird schon in der Vorbereitungsphase neben den ressortzuständigen Vorstandsmitgliedern (idR wohl zumindest CEO, CFO und das für rechtliche Angelegenheiten zuständige Vorstandsmitglied) allenfalls auch der Gesamtvorstand einzubinden sein. Die *up-stream*-Verschmelzung einer operativ bereits stillgelegten Tochtergesell-

<sup>40</sup> *Grünwald/Ch. Nowotny* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen II (18. Lfg) zu Art I UmgrStG Verschmelzung Unternehmensrecht Rz 217 FN 826; *Ch. Nowotny*, Entscheidung durch die Hauptversammlung (§ 103 Abs 2 AktG) und Informationspflichten, RdW 1997, 119.

<sup>41</sup> *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 84 Rz 30.

<sup>42</sup> Dafür *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 3/541; *Adensamer/Eckert*, Vorstandshaftung nach österreichischem Recht, in *Kalss*, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, 165 (187); *von Falkenhausen*, Enthaltung durch Haupt-versammlungsbeschluss, NZG 2016, 601; dagegen *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 84 Rz 29 f; *Told* in FS Koppensteiner 339 (346); abwägend *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 84 Rz 404 (Haftung bei pflichtwidriger Nicht-anfechtung durch den Vorstand). Mit dieser Diskussion hängt die Frage zusammen, ob den Vorstand eine Verpflichtung zur Anfechtung eines HV-Beschlusses treffen kann.

<sup>43</sup> *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 52 Rz 1; vgl OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h – „*Fehring*“ = JBl 1997, 108 (*Hügel*) = *Saurer*, RdW 1998, 593; OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f = RWZ 2004/11, 38 (*Wenger*); OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p = RWZ 2016/28, 125 (*Wenger*) = EvBl-LS 2016/81 (*Rohrer*); OGH 26.4.2016, 6 Ob 72/16f; *Karollus* in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, HB vGA<sup>3</sup> 1 (70).

<sup>44</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI.F Rz 2; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 227 Rz 12.

<sup>45</sup> Vgl *G. Kodek* in *Lewis*, JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 181 (182 f).

schaft in die Konzernholding oder die ausgliedernde Einbringung eines Teilbetriebs in eine 100%-Tochter-GmbH wird freilich anders zu gewichten sein als die Abspaltung eines wesentlichen Unternehmensteils oder gar die Verschmelzung mit einem Mitbewerber. Spätestens die Unterfertigung des zentralen **Umgründungsdokuments** (zB Verschmelzungsvertrag, Einbringungsvertrag, Spaltungsplan/Spaltungs- und Übernahmevertrag, Gemeinsamer Bericht über den Gesellschafterausschluss) sowie die allfällige Einberufung der HV, die über die Umgründung beschließen soll, bedürfen jeweils eines **Vorstandsbeschlusses**.<sup>46</sup>

Innerhalb des Vorstands erfolgt die Willensbildung durch Mehrheitsbeschluss, 37 soweit die Satzung nicht besondere Regelungen vorsieht. Führt der Gegenstand einer Beschlussfassung des Vorstands zu einer Haftung nach § 84 AktG, so trifft die Haftung primär diejenigen Vorstandsmitglieder die für den Beschluss gestimmt, sich enthalten oder der Beschlussfassung unentschuldig ferngeblieben sind. Aber auch jene Vorstandsmitglieder die gegen den relevanten Beschluss gestimmt haben, können nach § 84 AktG für daraus entstandene Schäden haften, wenn sie nicht alle zumutbaren Schritte unternommen haben, um die haftungsbegründende Maßnahme zu verhindern (zB durch Involvierung des Aufsichtsrats, Verlangen einer Vorstandssitzung etc).<sup>47</sup>

#### 4. Haftung aus unzutreffenden Prognosen und Bewertungen

Die Haftung des Vorstands im Zusammenhang mit Umgründungen ist immer **verschuldensabhängig**. Soweit sich Prognosen, Planungsrechnungen und Bewertungen des Vorstands, die er im Zusammenhang mit einer Umgründung herangezogen hat (s Rz 22), *ex post* als unzutreffend erweisen, lässt dies keineswegs automatisch auf ein Verschulden des Vorstands schließen; entscheidend ist nämlich, dass die zukunftsorientierte Betrachtung *ex ante* korrekt war, dh sorgfältig und *lege artis* ermittelt wurde und plausibel war.<sup>48</sup> 38

## D. Aktionärsseitige Weisungen an den Vorstand

### 1. Aktienrechtliches Kompetenzgefüge

Charakteristisches Merkmal einer AG ist, dass der Vorstand als Geschäftsführungs-, Vertretungs- und Leitungsorgan der Gesellschaft rechtlich nicht an **Weisungen oder Initiativen der HV oder des Aufsichtsrates** gebunden ist.<sup>49</sup> Eine rechtliche Bindung an Entscheidungen der HV in Geschäftsleitungsangelegenhei- 39

<sup>46</sup> Zum Abschluss des Verschmelzungsvertrags *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 220 AktG Rz 9; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. A Rz 4; *Szep in Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 220 AktG Rz 2. Zur Einberufung der HV *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 221a AktG Rz 19 ff; vgl *Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 70 Rz 26.

<sup>47</sup> *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 84 AktG Rz 352.

<sup>48</sup> Vgl *J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 (Stand 1.9.2022) Rz 415; allgm *Goette*, Gesellschaftsrechtliche Grundfragen im Spiegel der Rechtsprechung, ZGR 2008, 436 (448); *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss 217 ff.

<sup>49</sup> *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 3/422; vgl OGH 09.10.2014, 6 Ob 77/14p = RWZ 2014, 364 (*Wenger*) = ZFR 2015, 128 (*Auer*) = GesRZ 2015, 136 (*Cach*) = JAP 2014/2015, 234 (*Rauter*) = AnwBl 2015, 184 (*Saurer*).

ten ergibt sich idR nur, soweit der Vorstand die jeweilige Angelegenheit aus eigenem Antrieb gem § 103 Abs 2 AktG der HV zur Beschlussfassung vorlegt, und die HV eine beschlussmäßige Entscheidung trifft.

- 40 Daraus ist jedoch nicht zu folgern, dass eigeninitiative Weisungen an den Vorstand – zumal durch einen Kern-, Mehrheits- oder Alleinaktionär – im Aktienrecht schlechthin unzulässig wären.<sup>50</sup> Freilich fehlt derartigen Weisungen die rechtliche Verbindlichkeit, und der Vorstand darf sich auch nicht unbesehen zur generellen Einhaltung aktionärsseitiger Weisungen verpflichten.
- 41 Einzelaktionäre mit namhaften Beteiligungen haben aber ein – grundsätzlich legitimes – Interesse an effizienter Kontrolle ihrer Beteiligung; nicht selten wollen sie der Gesellschaft auch Geschäftschancen vermitteln oder Zielvorgaben, Richtlinien, „Weisungen“ und Empfehlungen an die Gesellschaft richten. Solche Maßnahmen seitens der Aktionäre sind sicherlich nicht verboten.<sup>51</sup> Vielmehr liegt es am Vorstand, im Rahmen des ihn treffenden pflichtgemäßen Ermessens zu entscheiden, ob eine Richtlinie, eine „Weisung“ oder eine Empfehlung befolgt werden kann oder nicht. Richtschnur ist dabei § 70 Abs 1 AktG, insbesondere also, ob die „Weisung“ oder Empfehlung dem Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der sonstigen in § 70 AktG genannten Interessen (s Rz 11 ff) entspricht.<sup>52</sup> Im Rahmen des § 70 AktG hat der Vorstand durchaus auch die Interessen der Aktionäre mitzubersichtigen, wobei im Fall eines Alleinaktionärs nicht das typisierte, sondern sogar das konkrete Aktionärsinteresse in Betracht zu ziehen ist.<sup>53</sup>

## 2. Umgründungen: Aktionärsseitige Initiativen und Weisungen

- 42 Mit Blick auf Umgründungen bedeuten die vorstehend skizzierten Grundsätze uE, dass es Aktionären unbenommen ist, die Initiative für eine Umgründung an den Vorstand heranzutragen. Einer derartigen Initiative kommt grds keine rechtliche Verbindlichkeit zu (s Rz 40); anders ist dies jedenfalls beim **Squeeze-out**, wo das GesAusG die rechtliche Relevanz und Verbindlichkeit des Verlangens des Hauptaktionärs auf Durchführung eines Gesellschafterausschlusses in § 1 Abs 1 GesAusG ausdrücklich festschreibt (s Rz 264). Wenn der Vorstand eine rechtlich unverbindliche aktionärsseitige Initiative auf Durchführung einer Umgründung würdigt, gelten uE die unter II.A. dargestellten Modifikationen der Bezugspunkte des § 70 AktG (s Rz 11 ff).

<sup>50</sup> Vgl OGH 25.11.2020, 6 Ob 209/20h – „*Wagner Biro*“ = wbl 2021, 8346 (*Koppensteiner*) = *M. Gruber*, GesRZ 2021, 291 = *G. Schima*, GesRZ 2021, 310.

<sup>51</sup> Zu Möglichkeiten der rechtlichen Verankerung von Zustimmungs- und Weisungsrechten in der konkreten Satzung *E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein*, Satzungsstrenge und neue Spielräume für „autonome“ Satzungsbestimmungen, GesRZ 2014, 73 (80).

<sup>52</sup> OGH 28.09.2007, 9 ObA 28/07v = DRdA 2009, 497 (*Jabornegg*); 25.11.2020, 6 Ob 209/20h – „*Wagner Biro*“ = wbl 2021, 8346 (*Koppensteiner*) = *M. Gruber*, GesRZ 2021, 291 = *G. Schima*, GesRZ 2021, 310. Vgl *Kalss/Eckert*, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007, 583; *P. Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 15 Rz 48, 52, 54; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss* AktG<sup>3</sup> § 70 Rz 7 f; *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus* AktG II<sup>6</sup> § 70 Rz 40, 83 ff.

<sup>53</sup> *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 70 Rz 12.

Darüber hinaus entspricht es der hA, dass die HV den Vorstand sogar **rechtsverbindlich zur Vorbereitung und Durchführung einer Umgründung anhalten** kann, wobei der diesbezügliche Beschluss der gleichen Mehrheit wie die Genehmigung der Umgründung selbst bedarf.<sup>54</sup> Insoweit besteht bei Umgründungen eine Abweichung vom allgemeinen Grundsatz, dass die HV gegenüber dem Vorstand nicht mit rechtlicher Verbindlichkeit initiativ werden kann.<sup>55</sup> Diese umgründungsspezifische Ausnahme von der aktienrechtlichen Regel kann uE aus dem für die hier interessierende Frage gegenläufigen Prinzip des Aktienrechts abgeleitet werden, dass maßgebliche Strukturmaßnahmen stets der Letztentscheidung der Anteilshaber vorbehalten werden sollen.<sup>56</sup>

### E. Kapitalerhaltung/Verbot der Einlagenrückgewähr

Umgründungen können bei fehlerhafter Strukturierung oder Durchführung gegen das **Verbot der Einlagenrückgewähr** gem § 52 AktG verstoßen (im Detail s Rz 75 ff, 177 ff, 212 ff, 273 ff). Eine allfällige (konstitutive) Firmenbucheintragung der Umgründung bleibt zwar durch einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr unberührt. Die Firmenbucheintragung heilt aber nicht den Verbotsverstoß an sich, womit aus dem Verstoß resultierende Haftungsansprüche weiterhin offen stehen.<sup>57</sup> Diese **Haftungsansprüche** können sich auch **gegen die handelnden Vorstandsmitglieder persönlich** richten.

Der Umstand, dass die Strukturierung einer Umgründung im Einklang mit den steuerlichen Regeln des UmgrStG steht, schließt keineswegs aus, dass die Umgründung nicht trotzdem die zwingenden Kapitalerhaltungsregeln verletzt. Umgekehrt kann eine Strukturierung, die die Kapitalerhaltungsregeln befolgt, dazu führen, dass die steuerlichen Begünstigungen des UmgrStG auf die betroffene Umgründung nicht angewendet werden können, was aber gesellschaftsrechtlich wiederum per se unschädlich ist.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 220 Rz 3; *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 70 Rz 55 f; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 220 AktG Rz 7, § 2 SpaltG Rz 97; *Grünwald*, Ausgewählte Zweifelsfragen rund um die aktienrechtliche Verschmelzung nach dem EU-GesRÄG, GesRZ 1997, 172 (173); *G. Schima*, (Konzern-) Weisungen an den AG-Vorstand, GesRZ 2021, 310 (314 f).

<sup>55</sup> Zu diesem Grundsatz OGH 09.10.2014, 6 Ob 77/14p = RWZ 2014, 364 (*Wenger*) = ZFR 2015, 128 (*Auer*) = GesRZ 2015, 136 (*Cach*) = JAP 2014/2015, 234 (*Rauter*) = AnwBI 2015, 184 (*Saurer*).

<sup>56</sup> Vgl *Schörghofer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 231 Rz 7; *Aburumieh/E. Gruber*, Verzicht auf Einberufung einer Hauptversammlung gemäß § 231 AktG, GesRZ 2011, 223 (224).

<sup>57</sup> OGH 24.11.2015, 1 Ob 28/15x = „*Kneisz II*“ = NZ 2016, 147 (*Auer*) = GesRZ 2016, 219 (*Arlt*) = *Mitterecker*, GES 2016, 150.

<sup>58</sup> *Steinhart*, Die Einbringung von negativen Gesellschaftsanteilen aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht, RdW 2011, 119 (119, 122); *Stanek*, Einlagen und Umgründungen im Konzern Rz A33 ff.

## F. Strafbares Verhalten

- 46 Vorsätzlich **falsche oder unvollständige Information** durch den Vorstand im Zuge einer Umgründung kann den Straftatbestand des § 163a StGB erfüllen.
- 47 Stellt der Vorstand einer AG in einem Bericht an die Aktionäre, den Aufsichtsrat oder die Öffentlichkeit oder in einem Vortrag bzw einer Auskunft in der Hauptversammlung oder bei einer Auskunft an einen Prüfer eine wesentliche Information, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage der Gesellschaft betrifft oder die für die künftige Entwicklung der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage bedeutsam ist, in unvertretbarer Weise vorsätzlich falsch oder unvollständig dar, so kann dies abhängig von bestimmten weiteren Umständen eine Strafbarkeit des Vorstandsmitglieds nach § 163a StGB nach ziehen. So muss das Verhalten des Vorstands insb geeignet sein, einen erheblichen Schaden für die AG, deren Aktionäre, Gläubiger oder Anleger herbeizuführen, um eine Strafbarkeit nach § 163a StGB zu begründen.
- 48 Der **Strafrahmen** für eine Strafe nach § 163a StGB beträgt bis zu zwei Jahre Freiheitsstrafe. Bei einer börsennotierten AG beträgt er bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe.

## III. Verschmelzung

### A. Charakteristik der Verschmelzung

- 49 Nach § 219 AktG können Aktiengesellschaften miteinander verschmolzen werden. Auch eine (rechtsformübergreifende) Verschmelzung mit einer GmbH oder einer SE ist zulässig. Neben nationalen Verschmelzungen können Aktiengesellschaften auch mit Kapitalgesellschaften aus anderen EU- und EWR-Mitgliedstaaten verschmolzen werden.<sup>59</sup>
- 50 Die Verschmelzung ermöglicht somit die **Zusammenführung rechtlich selbständiger Rechtsträger**, unabhängig davon, ob diese bereits beteiligungsmäßig verflochten gewesen sind oder nicht. Die Verschmelzung kommt daher sowohl bei der **Umstrukturierung von Unternehmen(sgruppen)** als auch bei der Durchführung von **Unternehmenserwerben (M&A-Transaktionen)** – häufig auch als vor- oder nachgelagerter Schritt zur eigentlichen Transaktion – zum Einsatz.<sup>60</sup>
- 51 Charakteristischer Weise wird bei einer Verschmelzung das gesamte Vermögen einer oder mehrerer übertragender Gesellschaften auf eine übernehmende Gesellschaft im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge**, dh *uno actu* und unter Außerachtlassung des sachenrechtlichen Spezialitätsprinzips, übertragen. Die übertragenden Gesellschaften erlöschen dabei ohne Liquidation. Für den Erwerb des übertragenen Vermögens schuldet die übernehmende Gesellschaft der übertragenden Gesellschaft keinerlei Gegenleistung; es muss daher kein Kaufpreis finanziert werden.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung III. A Rz 1 f; Talos/Berghuber in Talos/Winner, EU-UmgrG § 27 Rz 4.

<sup>60</sup> Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung I. Rz 1.

<sup>61</sup> Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung I. Rz 2.

Zum Ausgleich für den Verlust der Mitgliedschaft an der untergehenden übertragenden Gesellschaft erhalten deren Aktionäre in der Regel Aktien an der übernehmenden Gesellschaft. Bei manchen Formen der Verschmelzung im Konzern *muss* diese **Anteilsgewähr** jedoch unterbleiben; bei anderen Formen *kann* sie unter bestimmten Voraussetzungen unterbleiben (s Rz 62). Nur bei einer **rechtsformübergreifenden** oder einer **grenzüberschreitenden Verschmelzung** haben dissentierende Aktionäre der übertragenden Gesellschaft alternativ zur Anteilsgewähr auch die Möglichkeit, gegen Erhalt einer **angemessenen Barabfindung** aus der Gesellschaft auszuscheiden.<sup>62</sup> 52

## B. Arten der Verschmelzung

Möglich ist eine Verschmelzung entweder durch Übertragung des Vermögens einer oder mehrerer übertragender Gesellschaften auf eine bereits bestehende übernehmende Gesellschaft (**Verschmelzung durch Aufnahme**) oder – der praktisch deutlich seltenere Fall – durch Übertragung des Vermögens zweier oder mehrerer übertragender Gesellschaften auf eine durch die Verschmelzung neu gegründete Gesellschaft (**Verschmelzung durch Neugründung**). Das AktG enthält detaillierte Regelungen zur Verschmelzung durch Aufnahme. Die Verschmelzung durch Neugründung ist – wie auch die **rechtsformübergreifende** Verschmelzung – vom Gesetzgeber als Ausnahme dazu konzipiert. 53

Handelt es sich bei den an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften um beteiligungsmäßig verflochtene oder gar (konzernmäßig) verbundene Rechtsträger, spricht man von einer **Konzernverschmelzung**, sonst – bei vor der Verschmelzung nicht verflochtener Gesellschaften – von einer **Konzentrationsverschmelzung**.<sup>63</sup> 54 Die Konzernverschmelzung ist in der Praxis der signifikant häufigere Fall. Bei der seltenen Konzentrationsverschmelzung ist die ohnedies gegebene Schlüsselstellung des Vorstands noch deutlich ausgeprägter als bei der Konzernverschmelzung.

Bei einer **nicht-verhältnismäßigen Verschmelzung** werden die Aktionäre einer übertragenden Gesellschaft in einem anderen Verhältnis zueinander an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt, als sie untereinander an der übertragenden Gesellschaft beteiligt waren. Dies wird als zulässig angesehen, sofern sämtliche betroffenen Aktionäre zustimmen.<sup>64</sup> 55

## C. Rechte und Pflichten des Vorstands

### 1. Verschmelzungsvertrag

Eine Verschmelzung beruht stets auf einem zwischen den beteiligten Gesellschaften abgeschlossenen **Verschmelzungsvertrag**. Der Verschmelzungsvertrag bedarf der Form eines Notariatsaktes und ist spätestens vor der Anmeldung zum 56

<sup>62</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung III. D Rz 1 f; im Detail *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, Erwerb eigener Aktien bei der Barabfindung anlässlich der (grenzüberschreitenden) Verschmelzung, RWZ 2014, 7; *Obradović in Talos/Winner*, EU-UmgrG § 40 Rz 1.

<sup>63</sup> Vgl *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht, 405 ff, 455 ff.

<sup>64</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 220 AktG Rz 35; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung IV. F Rz 1.

Firmenbuch zwischen den beteiligten Gesellschaften abzuschließen. Dabei werden die beteiligten Gesellschaften jeweils durch ihren **Vorstand** vertreten. Bei einem mehrgliedrigen Vorstand genügt zum Vertragsabschluss die **Unterfertigung in vertretungsbefugter Anzahl**. Im Innenverhältnis ist jedoch (auch bei einer Ressortverteilung) der **Gesamtvorstand** zur Entscheidung über den Abschluss des Verschmelzungsvertrages zuständig (Plenarzuständigkeit) (s Rz 36).<sup>65</sup>

- 57 Zur Vorbereitung einer Verschmelzung haben die Vorstände sämtlicher an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften entweder gleich einen Verschmelzungsvertrag abzuschließen oder zumindest einen schriftlichen Entwurf des Verschmelzungsvertrages aufzustellen (§ 220 Abs 1 AktG). Da zur Wirksamkeit des Verschmelzungsvertrages idR ohnehin die **Zustimmung der Hauptversammlung** der beteiligten Gesellschaften (näher s Rz 93) erforderlich ist, kann es sich für die beteiligten Vorstände empfehlen, den Verschmelzungsvertrag erst nach Genehmigung durch die jeweilige Hauptversammlung tatsächlich abzuschließen.<sup>66</sup>
- 58 Obwohl die Verschmelzung eine grundlegende Angelegenheit für die beteiligten Aktionäre und Gesellschaften darstellt und zum Untergang der übertragenden Gesellschaft führt, muss einer Verschmelzung – anders als beim Gesellschafterausschluss – kein dahingehender **Initiativantrag von Aktionärsseite** vorausgehen. Der Vorstand kann somit auch aus eigener Entscheidung aktiv werden. Die HV kann aber mit entsprechendem Beschluss vom Vorstand die Aufstellung eines Verschmelzungsvertrages verlangen<sup>67</sup> (s Rz 43). Liegt ein derartiger den Vorstand verpflichtender HV-Beschluss nicht vor, sollte der Vorstand uE idR nur dann mit der (tendenziell kostspieligen) Vorbereitung einer Verschmelzung beginnen, wenn er unter Einhaltung pflichtgemäßer Sorgfalt annehmen darf, dass die Verschmelzung – soweit erforderlich – von der HV mit überwiegender (>50%) Wahrscheinlichkeit wirksam beschlossen werden wird, oder wenn für Kostenersatz der Gesellschaft (etwa durch die andere Gesellschaft oder einen an der Verschmelzung interessierten Aktionär) bei Unterbleiben der Verschmelzung gesorgt ist. Anderes kann nach den Umständen des Einzelfalles gelten, zB wenn aus der Verschmelzung (allenfalls hohe) wertsteigernde Synergieeffekte zu erwarten sind.<sup>68</sup>
- 59 Der Verschmelzungsvertrag muss einen bestimmten, in § 220 Abs 2 AktG festgelegten Mindestinhalt aufweisen. So hat der Vertrag zwingender Weise Firma und den Sitz der beteiligten Gesellschaften, eine Vereinbarung über die Vermögensübertragung und einen **Verschmelzungsstichtag** zu enthalten. Ab diesem Stichtag, der nicht mehr als 9 Monate vor der Anmeldung der Verschmelzung zum Firmenbuch liegen darf, gelten Handlungen der übertragenden Gesellschaften aus Sicht der Rechnungslegung als für die übernehmende Gesellschaft vorgenommen (§ 220 Abs 2 Z 5 AktG).

<sup>65</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 220 AktG Rz 9; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. A Rz 4; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 220 AktG Rz 2.

<sup>66</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. A Rz 14.

<sup>67</sup> *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 220 AktG Rz 3; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 220 AktG Rz 7, § 2 SpaltG Rz 97.

<sup>68</sup> Vgl. *J. Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 277.

Zentraler Bestandteil eines Verschmelzungsvertrages ist weiters die **Vereinbarung eines Umtauschverhältnisses der Aktien und die Höhe etwaigerbarer Zuzahlungen** samt den Einzelheiten zur Gewährung von Aktien an der übernehmenden Gesellschaft. Als Ausgleich für den Verlust ihrer Beteiligung an der bei der Verschmelzung untergehenden übertragenden Gesellschaft erhalten deren Aktionäre idealtypischer Weise Anteile an der übernehmenden Gesellschaft. Angesichts der Bestimmungen des § 220b Abs 4 AktG (Prüfung der Angemessenheit durch den Verschmelzungsprüfer) und der §§ 225c ff AktG (nachgelagertes gerichtliches Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses) ist ein *angemessenes* Umtauschverhältnis zwischen Aktien der übertragenden Gesellschaften und Aktien der übernehmenden Gesellschaft im Verschmelzungsvertrag zu vereinbaren.<sup>69</sup> Näher zur Festlegung des **angemessenen Umtauschverhältnisses** s Rz 70 ff.

Beim Umtausch der Aktien auf Grundlage dieses Verhältnisses bleiben regelmäßig Rest- bzw Differenzbeträge übrig. Diese „Spitzen“ werden durch sog bare Zuzahlungen ausgeglichen, welche ebenfalls im Verschmelzungsvertrag anzuführen sind. 61

**Keine Gewährung von Anteilen** an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft gibt es jedoch, soweit die übernehmende Gesellschaft selbst Aktionärin der übertragenden Gesellschaft ist (*up-stream-merger*), und soweit die übertragende Gesellschaft eigene Aktien besitzt (§ 224 Abs 1 AktG). Außerdem kann die Anteilsgewähr unterbleiben, wenn die Aktionäre sowohl an der übertragenden Gesellschaft als auch an der übernehmenden Gesellschaft (zumindest indirekt) im selben Verhältnis beteiligt sind (*side-stream-merger*), oder wenn die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft auf die Gewährung von Anteilen verzichten (§ 224 Abs 2 AktG). Werden den Aktionären der übertragenden Gesellschaften keine Aktien an der übernehmenden Gesellschaft gewährt, so sind (anstelle des Umtauschverhältnisses) die Gründe für die fehlende Gewährung von Aktien im Verschmelzungsvertrag anzugeben (§ 220 Abs 2 Z 3 AktG). 62

Wird die Verschmelzung ohne Anteilsgewähr durchgeführt, kann dies zu einer **Mediatisierung** der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft (s Rz 6) und im Ergebnis zu einer faktischen Verwässerung ihrer Informations-, Vermögens- und Einflussrechte kommen. Die Mediatisierung ist als (zulässige) Konsequenz der Verschmelzung vom Vorstand gem § 220a AktG zu erläutern und zu begründen. Die Aktionäre sind nach den Umständen des Einzelfalls auf die Anfechtung des Verschmelzungsbeschlusses verwiesen.<sup>70</sup> 63

Nur im Falle einer rechtsformübergreifenden oder einer grenzüberschreitenden Verschmelzung steht den dissentierenden Aktionären der übertragenden 64

<sup>69</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 220 AktG Rz 20, 25; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. A Rz 32; *Szep* in *Artmann/Karolus*, AktG III<sup>6</sup> § 220 AktG Rz 9; *H. Foglar-Deinhardstein*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Unternehmensbewertung in Österreich – Zwischen Klarheits- und Komplexitätsfalle, GesRZ 2024, 38 (41 ff); *H. Foglar-Deinhardstein*, Auf den Punkt gebracht? – Aktuelle Überlegungen zum rechtlichen Rahmen für die Unternehmensbewertung, RWZ 2024, 252 (252 f).

<sup>70</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 224 AktG Rz 18.

Gesellschaft alternativ zur Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft ein **Austrittsrecht gegen angemessene Barabfindung** zu.<sup>71</sup> In diesen Fällen hat der Verschmelzungsvertrag gemäß § 234b Abs 1 AktG bzw gemäß § 28 Abs 1 Z 13 iVm § 40 EU-UmgrG auch die Bedingungen der Barabfindung zu enthalten, die den Anteilsinhabern der übertragenden Gesellschaft(en) von der übernehmenden oder neuen Gesellschaft oder einem Dritten angeboten wird. Nur bei Verzicht sämtlicher Aktionäre der übertragenden Gesellschaft ist diese Angabe nicht erforderlich.

- 65 In den Verschmelzungsvertrag ist ferner eine Regelung über den Zeitpunkt aufzunehmen, ab dem die gewährten Aktien einen Anteil am Bilanzgewinn der übernehmenden Gesellschaft gewähren. Außerdem sind etwaige Rechte, die einzelnen Aktionären oder Inhabern von Vorzugsaktien, Schuldverschreibungen oder Genussrechten gewährt werden, im Verschmelzungsvertrag anzuführen.
- 66 Allfällige besondere Vorteile, die einem Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied oder einem Abschlussprüfer einer an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft oder einem Verschmelzungsprüfer gewährt werden, sind ebenfalls im Verschmelzungsvertrag anzugeben.
- 67 Viele Bestimmungen des Verschmelzungsvertrages (insb die Regelung zum Umtauschverhältnis) betreffen die Rechtsverhältnisse der Aktionäre. Bei der Aufstellung des Verschmelzungsvertrags haben die beteiligten Vorstände uE insbesondere die Interessen ihrer Aktionäre zu berücksichtigen, zumal idR auch die Zustimmung der HV für die Verschmelzung benötigt wird. Für den Vorstand der übertragenden Gesellschaft ist in § 227 AktG außerdem eine spezifische **Haftung gegenüber den Aktionären** dieser Gesellschaft vorgesehen (siehe 122 ff).
- 68 Schließlich hat jede übertragende Gesellschaft zur Vorbereitung der Verschmelzung eine Schlussbilanz auf den Verschmelzungstichtag aufzustellen, für die die Vorschriften über den Jahresabschluss und dessen Prüfung gelten (§ 220 Abs 3 AktG). Der Vorstand einer übertragenden AG hat deshalb diese Bilanz aufzustellen und vom Aufsichtsrat feststellen zu lassen. Außerdem ist die Schlussbilanz einer AG einer Prüfung zu unterziehen. Eine Veröffentlichung der Schlussbilanz durch den Vorstand ist aber nicht erforderlich.
- 69 Unter bestimmten Umständen ist für eine Verschmelzung auch die Aufstellung einer Zwischenbilanz erforderlich (§ 221a Abs 2 Z 3 AktG). Bei einer Verschmelzung durch Neugründung ist außerdem eine Eröffnungsbilanz der neuen Gesellschaft aufzustellen.<sup>72</sup> Für Zwecke des Steuerrechts ist gemäß § 2 Abs 5 UmgrStG von der übertragenden Gesellschaft eine Verschmelzungsbilanz zum Verschmelzungstichtag aufzustellen.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung III. D Rz 1 f; im Detail *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, Erwerb eigener Aktien bei der Barabfindung anlässlich der (grenzüberschreitenden) Verschmelzung, RWZ 2014, 7; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG § 40 Rz 1, 38.

<sup>72</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. B Rz 17.

<sup>73</sup> *Hischler* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen I (16. Lfg) Art I Verschmelzung § 2 UmgrStG Rz 44a; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. B Rz 20 mwN.

## 2. Zur Festlegung des angemessenen Umtauschverhältnisses

Das **Umtauschverhältnis** definiert, in welchem Verhältnis Aktien an der übernehmenden Gesellschaft im Austausch für Aktien an der untergehenden übertragenden Gesellschaft zugeteilt werden. Im Regelfall wird das Umtauschverhältnis unter Bezugnahme auf das **relative Wertverhältnis** zwischen Vermögen der übertragenden und Vermögen der übernehmenden Gesellschaft ermittelt. 70

Um ein **angemessenes Umtauschverhältnis** festsetzen zu können, ist daher grds von den beteiligten Vorständen zunächst der Wert der jeweiligen beteiligten Gesellschaften zu ermitteln (idR im Wege einer Unternehmensbewertung).<sup>74</sup> Grundlage für ein angemessenes Umtauschverhältnis ist jeweils die Relation dieser Unternehmenswerte zueinander. Abhängig von der Höhe des Grundkapitals und dem Nennwert der Aktien der beteiligten Gesellschaften ergibt sich schließlich ein konkretes Umtauschverhältnis zwischen Aktien einer (untergehenden) übertragenden Gesellschaft und den als Ausgleich gewährten Aktien der übernehmenden Gesellschaft.<sup>75</sup> 71

Auch beim *down-stream merger* auf die 100%ige Tochtergesellschaft ist grundsätzlich ein Umtauschverhältnis zu bestimmen. In dieser Konstellation kann es aber ohne Bezugnahme auf das relative Wertverhältnis und nur durch Vergleich der Grundkapitalziffern der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft festgelegt werden, weil 100% der Aktien an der übernehmenden Gesellschaft als wirtschaftliche Gegenleistung für die Aufgabe der Mitgliedschaftsrechte an der übertragenden Gesellschaft zur Verfügung stehen und es somit zu keiner Verwässerung der Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft kommen kann.<sup>76</sup> 72

Umstritten ist, welche Bedeutung der **privatautonomen Festlegung des Umtauschverhältnisses** beizumessen ist.<sup>77</sup> Bei einer **Konzentrationsverschmelzung**, dh einer Verschmelzung beteiligungsmäßig nicht verflochtener Rechts- 73

<sup>74</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 220 AktG Rz 21; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. A Rz 32 ff; *Grünwald/Ch. Nowotny* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen II (18. Lfg) zu Art I UmgrStG Rz 32; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 220 AktG Rz 10 ff; *H. Foglar-Deinhardstein*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Unternehmensbewertung in Österreich – Zwischen Klarheits- und Komplexitätsfälle, GesRZ 2024, 38 (42 ff); *H. Foglar-Deinhardstein*, Auf den Punkt gebracht? – Aktuelle Überlegungen zum rechtlichen Rahmen für die Unternehmensbewertung, RWZ 2024, 252 (253).

<sup>75</sup> Näher *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. A Rz 33.

<sup>76</sup> Vgl *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, Cross-Border Merger aus Deutschland nach Österreich bei weiterbestehendem Listing, GesRZ 2013, 198 (199 f) mwN.

<sup>77</sup> Zur Diskussion vgl nur *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 161, 163 ff, 174 f, 196; *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht 410 ff, 416, 455 ff; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 220 AktG Rz 20; *Winner*, Zum Umtauschverhältnis bei Verschmelzungen, in FS Torggler 1371; *Winner*, Wertermittlung bei dominierten Transaktionen, in *Fleischer/Kalss/Vogt*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013, 109 (133); *Fleischer/Bong*, Unternehmensbewertung bei konzernfreien Verschmelzungen zwischen Geschäftsleiterermessen und Gerichtskontrolle, NZG 2013, 881; *Koppensteiner*, Zum Umtauschverhältnis bei der Konzentrationsverschmelzung, in FS Hügel 217; OLG Stuttgart 08.03.2006, 20 W 5/05 = AG 2006, 420; OLG Stuttgart 14.10.2010, 20 W 16/06 – „Daimler Benz/Daimler Chrysler“ = AG 2011, 49.

träger, ist das Umtauschverhältnis Verhandlungsgegenstand und Ergebnis eines Preisbildungsprozesses zwischen den voneinander unabhängigen Vorständen der Vertragsparteien. Die Interessen der Aktionäre werden durch ihre Genehmigungskompetenz (§ 221 AktG) berücksichtigt. Der zwischen unverbundenen Vertragspartnern bestehende Interessengegensatz, jeweils einen möglichst hohen Preis für die eigene Leistung zu erzielen, selbst aber einen möglichst niedrigen zu bezahlen, sollte für eine sachgerechte Wertrelation sorgen. Die dadurch bewirkte Richtigkeitsgewähr wäre im Normalfall geeignet, auch die Interessen der Minderheitsaktionäre zu schützen. Angemessenheit bedeutet nach dieser Auffassung bei der Konzentrationsverschmelzung daher weniger eine inhaltliche Angemessenheit als vielmehr eine informierte, frei von Interessenkonflikten, somit „angemessen zustande gekommene“ Entscheidung.<sup>78</sup>

- 74 Andere Stimmen bezweifeln, dass die Verhandlungsführung durch die Vorstände strukturell geeignet ist, den Schutz der Aktionäre, die an den Verhandlungen nicht beteiligt sind, sicherzustellen.<sup>79</sup> UE sollten die Verhandlungsergebnisse jedenfalls dort Berücksichtigung finden, wo ein substantielles Schutzbedürfnis der (Minderheits-)Aktionäre, denen die Angemessenheitskontrolle verpflichtet ist, nicht besteht oder zumindest in den Hintergrund rückt, insb wenn aufgrund der Aktionärsstruktur tendenziell von einem Interessengleichklang der verschiedenen Aktionärsgruppen auszugehen ist, sodass faktische Einflussnahmen der Aktionäre auf die Vertragsverhandlungen grundsätzlich auf ein möglichst vorteilhaftes Umtauschverhältnis gerichtet sein werden. In einem solchen Fall sollte dem erzielten Verhandlungsergebnis zumindest Indizwirkung *in puncto* Angemessenheit zukommen.<sup>80</sup>

### 3. Verbot der Einlagenrückgewähr bei der Verschmelzung

- 75 Der Vorstand hat zu prüfen, ob die geplante Verschmelzung gegen das **Verbot der Einlagenrückgewähr** (Gebot der Kapitalerhaltung) verstößt. Diese Problematik kann sich grds nur bei der **Konzernverschmelzung** stellen, dh, wenn die verschmelzungsbeteiligten Gesellschaft direkt oder indirekt beteiligungsmäßig verflochten sind (s aber Rz 77).<sup>81</sup> Dabei sind *up-stream*-Verschmelzungen wegen der parallelen Gefahrenlage in der Beurteilung ihrer Zulässigkeit grds mit dem gleichen Maßstab wie *down-stream*-Verschmelzungen zu beurteilen.<sup>82</sup>
- 76 Für die Zulässigkeit der Verschmelzung in Hinblick auf das Verbot der Einlagenrückgewähr ist grds erforderlich, dass das (Gesamt-)Vermögen der *übertragenden* Gesellschaft (Nettoaktivvermögen) einen **positiven Verkehrswert** hat. Auch das Vermögen der *übernehmenden* Gesellschaft unmittelbar vor der Ver-

<sup>78</sup> Referierend *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. A Rz 37.

<sup>79</sup> Kritisch aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Topp*, Bankenfusionen – Eine kritische Betrachtung der Entscheidungsprozesse, ÖBA 2000, 491.

<sup>80</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. A Rz 39.

<sup>81</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VII. B Rz 2; *Brauneis*, Unternehmensübergang (asset deal): Prüfungspflicht des Firmenbuchgerichts? RdW 2013, 647 (648).

<sup>82</sup> OGH 24.11.2015, 1 Ob 28/15x – „*Kneisz II*“ = NZ 2016, 147 (*Auer*) = GesRZ 2016, 219 (*Arlt*) = *Mitterecker*, GES 2016, 150.

schmelzung und das Vermögen der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft sollten einen positiven Verkehrswert haben. Ist eine Gesellschaft an der anderen beteiligt, darf der Wert der Beteiligung bei der Ermittlung des positiven Verkehrswerts des Vermögens der Muttergesellschaft nicht mitberücksichtigt werden. Sind die Voraussetzungen des positiven Verkehrswerts nicht erfüllt, müssen Ausgleichsmaßnahmen ergriffen werden, um die Zulässigkeit der Verschmelzung zu erreichen.<sup>83</sup>

Aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr resultiert auch das Verbot der **Kapitalentsperrung**, das freilich nicht nur bei der Konzern-, sondern auch bei der **Konzentrationsverschmelzung** anwendbar ist: Hat die *übertragende* Gesellschaft ein höheres gebundenes Eigenkapital (Summe aus Grundkapital und gebundenen Rücklagen) als die *übernehmende* Gesellschaft, führt die Verschmelzung zu einem kapitalentsperrenden Effekt. Die Verschmelzung ist diesfalls unzulässig, sofern nicht Maßnahmen ergriffen werden, die die Kapitalentsperrung ausgleichen.<sup>84</sup> 77

Gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr kann auch die **Verschmelzung** von Gesellschaften verschiedener **Konzernnäste** (zB zwischen 2 Enkelgesellschaften oder einer Nichte auf eine Tante) oder einer Enkelin auf die Großmutter verstoßen, und zwar dann, wenn dadurch eine Zwischengesellschaft ohne Gegenleistung entreichert wird.<sup>85</sup> 78

Zum **Debt-push-down Merger** s Kapitel 30 Rz 20. 79

#### 4. Verschmelzungsbericht des Vorstands

Nach § 220a AktG hat der Vorstand jeder der beteiligten Gesellschaften einen ausführlichen, **schriftlichen Bericht über die Verschmelzung** zu erstatten. Darin sind insb die voraussichtlichen Folgen, der Verschmelzungsvertrag bzw sein Entwurf und das Umtauschverhältnis der Aktien rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen. In der Praxis wird zulässigerweise regelmäßig ein **gemeinsamer Bericht** sämtlicher beteiligter Vorstände erstattet.<sup>86</sup> 80

Der Verschmelzungsbericht dient dem Schutz der jeweiligen Aktionäre, nicht aber dem Schutz von Gläubigern oder Arbeitnehmern.<sup>87</sup> Gemäß § 232 Abs 2 AktG können die Verschmelzungsberichte der Vorstände deshalb bei schriftlichem Verzicht sämtlicher Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften unterbleiben. 81

<sup>83</sup> Näher *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VII. A Rz 11; VII. C Rz 8 ff; VII. C Rz 26 ff; *Eckert*, Die Neutronics-Entscheidung des OGH, in *Kalss/Fleischer/Vogt*, Bahnbrechende Entscheidungen, 225; *Mitterecker*, GES 2016, 150 (152).

<sup>84</sup> Näher *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VII. A Rz 11; VII. C Rz 40 ff; *Eckert*, Die Neutronics-Entscheidung des OGH, in *Kalss/Fleischer/Vogt*, Bahnbrechende Entscheidungen, 225; *Mitterecker*, GES 2016, 150 (152).

<sup>85</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. F Rz 43, 46; VII. A Rz 9; vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 17f.

<sup>86</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 220a AktG Rz 8.

<sup>87</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 220a AktG Rz 8; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 220a AktG Rz 1.

- 82 Auch ohne gesonderten Verzicht kann der Verschmelzungsbericht bei der Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf ihre Muttergesellschaft gemäß § 232 Abs 1 AktG unterbleiben.<sup>88</sup>
- 83 Bei **grenzüberschreitenden Verschmelzungen** dient der Bericht der Vorstände gemäß § 29 iVm § 11 EU-UmgrG auch dem Schutz von Arbeitnehmern. Ein Verzicht auf den gesamten Bericht durch die Aktionäre ist deshalb nicht möglich, wohl aber ein Verzicht auf den sie betreffenden Abschnitt des Verschmelzungsberichts.<sup>89</sup>

### 5. Mitwirkung an der Prüfung der Verschmelzung

- 84 Gemäß § 220b AktG ist der Verschmelzungsvertrag (bzw dessen Entwurf) für jede der beteiligten Gesellschaften durch einen **Verschmelzungsprüfer** zu prüfen. Die Bestellung dieses externen Prüfers hat grds durch den Aufsichtsrat zu erfolgen. Soll jedoch ein gemeinsamer Verschmelzungsprüfer für alle beteiligten Gesellschaften bestellt werden, so ist eine Bestellung durch das Gericht über Antrag der jeweiligen Aufsichtsräte erforderlich.
- 85 Die Vorstände der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften sind den Verschmelzungsprüfern (auch denen, die andere an der Verschmelzung beteiligte Gesellschaften prüfen) zur Auskunftserteilung verpflichtet.
- 86 Bei einer 100%-*up-stream*-Verschmelzung ist die Verschmelzungsprüfung nicht erforderlich (§ 232 Abs 1 AktG). Außerdem kann sie bei jeder Verschmelzung unterbleiben, wenn sämtliche Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften darauf verzichten (§ 232 Abs 2 AktG).<sup>90</sup>
- 87 Nach § 220c AktG ist die Verschmelzung auch von den **Aufsichtsräten** der beteiligten Gesellschaften auf Grundlage des Verschmelzungsberichts und des Berichts des Verschmelzungsprüfers zu prüfen. Über seine Prüfung hat der jeweilige Aufsichtsrat einen Bericht zu erstatten.
- 88 Prüfung und Bericht durch den Aufsichtsrat können jedoch insbesondere bei Verzicht sämtlicher Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften oder bei einer 100%-*up-stream*-Verschmelzung entfallen (§ 232 AktG). Bei Entfall der Prüfung durch den Aufsichtsrat ist jeder Vorstand der beteiligten Gesellschaften zur unverzüglichen Information seines Aufsichtsrates über die beabsichtigte Verschmelzung verpflichtet (§ 232 Abs 3 AktG). Dabei hat der Vorstand gegebenenfalls auch über Auswirkungen auf die **Arbeitnehmer** zu informieren (§ 232 Abs 3 letzter Satz AktG).<sup>91</sup>
- 89 Bei einer Verschmelzung durch Aufnahme kommt es idealtypisch zu einer **Kapitalerhöhung** bei der übernehmenden Gesellschaft, um die Gewähr von Anteilen an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft zu ermöglichen. Nach § 223

<sup>88</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. C Rz 22.

<sup>89</sup> *Talos/Rericha in Talos/Winner*, EU-UmgrG § 29 Rz 12, 36, 41 f.

<sup>90</sup> Ähnliches gilt bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, vgl § 30 Abs 4 u 5 iVm § 12 Abs 4 EU-UmgrG.

<sup>91</sup> Vgl *Aburumieh*, Mitwirkung des Aufsichtsrats bei Umstrukturierungen, Aufsichtsrat aktuell 2011 H 5, 8 (11 f).

Abs 1 AktG kommen dabei einige allgemeine Regelungen zur Kapitalerhöhung bei einer AG (etwa zum Bezugsrecht der Aktionäre) nicht zu Anwendung.

Die Kapitalerhöhung im Rahmen einer Verschmelzung wird als Sachkapitalerhöhung betrachtet.<sup>92</sup> Eine eigene Sacheinlageprüfung durch den Vorstand der übernehmenden Gesellschaft ist aber nicht erforderlich.<sup>93</sup> Jedoch ist nach § 223 Abs 2 AktG bei der übernehmenden Gesellschaft ein externer **Kapitalerhöhungsprüfer** gerichtlich zu bestellen, der eine entsprechende Prüfung durchzuführen und darüber Bericht zu erstatten hat. Der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft hat die Bestellung des Prüfers bei Gericht zu beantragen. Der Kapitalerhöhungsprüfer kann gleichzeitig auch Verschmelzungsprüfer sein. Die Vorstände der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften sind gemäß §§ 223 Abs 2 iVm 27 Abs 1 AktG verpflichtet, dem Kapitalerhöhungsprüfer erforderliche Auskünfte zu erteilen.<sup>94</sup> 90

Bei einer Verschmelzung durch **Neugründung** ist gemäß § 233 Abs 3 AktG auch eine Prüfung der Gründung durch einen gerichtlich zu bestellenden **Gründungsprüfer** erforderlich. Die Bestellung des Gründungsprüfers durch das Gericht ist von den Vorständen der als Gründer anzusehenden übertragenden Gesellschaften zu beantragen. Der vom Gericht bestellte Prüfer kann gleichzeitig auch Verschmelzungsprüfer sein. 91

Die Gründung der neuen Gesellschaft im Rahmen der Verschmelzung wird im Ergebnis wie eine (gründungsprüfungspflichtige) Gründung mit Sacheinlagen angesehen.<sup>95</sup> Die Vorstände der übertragenden Gesellschaften als Gründer sind dem Gründungsprüfer zur Erteilung der erforderlichen Auskünfte verpflichtet (§ 233 Abs 3 iVm § 27 Abs 1 AktG). 92

## 6. Vorbereitung der Hauptversammlung

Eine Verschmelzung erfordert grds die **Zustimmung der Hauptversammlung** jeder beteiligten Gesellschaft (§ 221 Abs 1 AktG, zu den Ausnahmen siehe sogleich Rz 97 ff). 93

Zur Vorbereitung auf die Hauptversammlung hat der Vorstand jeder beteiligten Gesellschaft den Verschmelzungsvertrag (bzw dessen Entwurf) **zumindest einen Monat vor der Hauptversammlung** bei dem Firmenbuchgericht einzureichen, in dessen Sprengel diese Gesellschaft ihren Sitz hat. Außerdem ist ein Hinweis auf diese Einreichung gemäß § 18 AktG (dh jedenfalls in der Elektronischen Verlautbarungs- und Informationsplattform des Bundes) zu veröffentlichen (§ 221a Abs 1 AktG). Alternativ zu diesen beiden Schritten kann der jeweilige Vorstand den Verschmelzungsvertrag (bzw dessen Entwurf) aber samt entsprechendem Hinweis in der Ediktsdatei veröffentlichen (§ 221a Abs 1a AktG). Nur wenn sämtliche Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften schriftlich darauf verzichten, kann die Ver- 94

<sup>92</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. F Rz 28; *Schörghofer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 223 Rz 3.

<sup>93</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. F Rz 37; *Schörghofer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 223 Rz 9; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 223 AktG Rz 34.

<sup>94</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. F Rz 34.

<sup>95</sup> *Schörghofer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 223 Rz 3.

öffentlichung des Verschmelzungsvertrages (bzw dessen Entwurfs) gänzlich unterbleiben (§ 232 Abs 2 AktG). Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung ist gemäß § 33 iVm § 15 EU-UmgrG zwingend eine Einreichung beim zuständigen Firmenbuchgericht erforderlich.

- 95 Außerdem hat der Vorstand während eines Monats vor der Hauptversammlung seiner an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft eine Reihe von Unterlagen gemäß § 108 Abs 3 bis 5 AktG (Auflegung am Sitz der Gesellschaft bzw Bereitstellung auf der im Firmenbuch eingetragenen Internetseite der Gesellschaft) bereitzustellen (§ 221a Abs 2 AktG). Im Einzelnen sind das der Verschmelzungsvertrag (bzw dessen Entwurf), bestimmte Jahresabschlüsse der beteiligten Gesellschaften, die Schlussbilanz und eine etwaige Zwischenbilanz sowie die Verschmelzungsberichte der Vorstände, die Prüfungsberichte der Verschmelzungsprüfer und die Berichte der Aufsichtsräte. Nach § 232 Abs 2 AktG ist die Bereitstellung dieser Unterlagen nicht erforderlich, wenn sämtliche Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften schriftlich darauf verzichten.
- 96 Schließlich hat der Vorstand jeder an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft eine Hauptversammlung zur Fassung des Verschmelzungsbeschlusses ordnungsgemäß einzuberufen.<sup>96</sup> In bestimmten Fällen ist die Zustimmung der Hauptversammlung zur Verschmelzung aber nicht erforderlich.
- 97 Gemäß § 231 Abs 1 AktG kann der Vorstand einer *übernehmenden* Gesellschaft dann auf die **Einholung der Zustimmung der Hauptversammlung** dieser Gesellschaft **verzichten**, wenn sich zumindest 90% des Grundkapitals der übertragenden Gesellschaft in der Hand der übernehmenden Gesellschaft befinden (*up-stream*-Verschmelzung), oder wenn die zu gewährenden Aktien 10% des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft nicht übersteigen (insb bei *side-stream*- und *down-stream*-Verschmelzungen oder bei Verzicht auf Anteilsgewähr). Nichtsdestotrotz ist der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft in solch einem Fall zur Veröffentlichung der Verschmelzung durch Einreichung bei Gericht bzw in der Ediktsdatei nach § 221a Abs 1 bzw 1a AktG und zur Bereitstellung der Unterlagen gemäß § 221a Abs 2 AktG verpflichtet. Diese Veröffentlichung bzw Bereitstellung hat dann zumindest einen Monat vor der Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft zu erfolgen, soweit nicht sämtliche Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften gemäß § 232 Abs 2 AktG darauf verzichten.<sup>97</sup> Der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft entscheidet über den Verzicht auf Einholung der Zustimmung der HV gem § 231 Abs 1 AktG nach pflichtgemäßem Ermessen; die Grundsätze der *Holz Müller*-Doktrin (s Rz 171) sind dabei nicht zu berücksichtigen.<sup>98</sup>
- 98 Wird auf die Einholung der Zustimmung der Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft verzichtet, so können Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft, die zusammen 5% des Grundkapitals dieser Gesellschaft halten, innerhalb

<sup>96</sup> Zu den zT abweichenden Regelungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung vgl § 32 iVm § 14 Abs 1 EU-UmgrG.

<sup>97</sup> Zu den zT abweichenden Regelungen bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung vgl *Rericha/Strass in Talos/Winner*, EU-UmgrG § 34 Rz 28 ff.

<sup>98</sup> *Aburumieh/E. Gruber*, GesRZ 2011, 223 (224 f, 227); *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. I Rz 33.

eines Monats nach der Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft verlangen, dass dennoch eine Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft zur Fassung eines Verschmelzungsbeschlusses einberufen wird (§ 231 Abs 3 AktG).

Der Vorstand einer *übertragenden* Gesellschaft kann gemäß § 232 Abs 1a AktG dann auf die **Einholung der Zustimmung der Hauptversammlung** dieser Gesellschaft **verzichten**, wenn sich alle Aktien dieser übertragenden Gesellschaft (direkt oder indirekt) in der Hand der übernehmenden Gesellschaft befinden (*upstream*-Verschmelzung).<sup>99</sup> Auch hier hat dennoch eine Veröffentlichung der Verschmelzung gemäß § 221a Abs 1 bzw 1a AktG und eine Bereitstellung der Unterlagen gemäß § 221a Abs 2 AktG zu erfolgen, soweit nicht sämtliche Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften darauf verzichten. Erst einen Monat danach ist eine Eintragung der Verschmelzung in das Firmenbuch möglich.

Im Ergebnis kann – bei Zutreffen der Voraussetzungen sowohl von § 231 Abs 1 AktG als auch von § 232 Abs 1a AktG – die Verschmelzung ohne Befassung der Hauptversammlungen der beteiligten Gesellschaften durchgeführt werden (vgl auch § 232 Abs 1a 2. Satz AktG).

Eine **freiwillige Befassung** einer oder beider HVs durch den jeweiligen Vorstand ist uE aber immer zulässig<sup>100</sup> und geht allenfalls mit haftungsbefreiender Wirkung für den jeweiligen Vorstand einher (s schon oben Rz 31).

Bei einer **Verschmelzung durch Neugründung** sind Hauptversammlungen sämtlicher übertragender Gesellschaften erforderlich, die über die Verschmelzung zu beschließen haben.<sup>101</sup> Bestandteil des Verschmelzungsvertrages ist dabei auch die Satzung der neuen Gesellschaft. Die übertragenden Gesellschaften sind als Gründer anzusehen und deren Vorstände haben den ersten Aufsichtsrat und den ersten Abschlussprüfer der neuen Gesellschaft zu bestellen.<sup>102</sup> Diese Bestellungen bedürfen zusätzlich auch der Zustimmung durch die Hauptversammlungen der übertragenden Gesellschaften (§ 233 Abs 2 AktG).

## 7. Hauptversammlung – Änderungen des Verschmelzungsvertrags

In einer Hauptversammlung zur Fassung eines Verschmelzungsbeschlusses müssen jene Unterlagen aufliegen, die gemäß § 221a Abs 2 AktG zuvor bereitzustellen waren. Der **Vorstand** hat ferner den Verschmelzungsvertrag (bzw dessen Entwurf) zu Beginn mündlich zu erläutern und die Aktionäre außerdem davon zu informieren, wenn seit der Aufstellung des Verschmelzungsvertrags (bzw dessen Entwurfes) eine wesentliche Änderung der Vermögens- oder Ertragslage einer der beteiligten Gesellschaften eingetreten ist (§ 221a Abs 5 AktG).

Tritt bei einer der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften nach der Aufstellung des Verschmelzungsvertrags (bzw dessen Entwurfes) eine wesentliche Änderung der Vermögens- oder Ertragslage ein, so hat der Vorstand dieser

<sup>99</sup> Zu den zT abweichenden Regelungen bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung vgl *Rericha/Strass in Talos/Winner*, EU-UmgrG § 34 Rz 34 f.

<sup>100</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. I Rz 33, 39.

<sup>101</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 233 AktG Rz 4 f; *Schörghofer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 233 Rz 3.

<sup>102</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 233 AktG Rz 5 f.

Gesellschaft die anderen beteiligten Gesellschaften unverzüglich darüber zu informieren (§ 221a Abs 5 letzter Satz AktG).

- 105** Die HV kann dem Verschmelzungsvertrag zustimmen oder diesen ablehnen. Für **Änderungen am Verschmelzungsvertrag** bzw an dessen Entwurf bedarf sie uE der Zustimmung des Vorstands.<sup>103</sup> Im Einzelfall kann der Vorstand uE in Ausübung dieser Zustimmungskompetenz verpflichtet sein, eine in der Hauptversammlung beantragte Änderung des Verschmelzungsvertrags zu blockieren, zB wenn aktionärsseitig eine Abänderung des Umtauschverhältnisses oder eine Erhöhung der baren Zuzahlungen und/oder der Barabfindung verlangt wird, die der Vorstand jeweils für unangemessen hält (s zur Verhinderungspflicht des Vorstands schon allgm Rz 34, 37).
- 106** Ab Beschlussfassung in der HV ist der Vorstand grundsätzlich an den Verschmelzungsvertrag in der beschlossenen Fassung gebunden.<sup>104</sup> **Redaktionelle Korrekturen des Verschmelzungsvertrags** dürfen vom Vorstand zwar auch nach Beschluss der HV vorgenommen werden.<sup>105</sup> Weitergehende – dh inhaltliche – Änderungen erfordern aber eine erneute Befassung der HV.<sup>106</sup> Ob auch die vorbereitenden Informationspflichten und die allenfalls erforderliche Prüfung der Verschmelzung wiederholt werden müssen, ist eine Frage des Einzelfalls.<sup>107</sup>

### 8. Anmeldung zum Firmenbuch

- 107** Der Vorstand jeder beteiligten Gesellschaft hat die Verschmelzung bei dem Gericht, in dessen Sprengel die jeweilige Gesellschaft ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden (§ 225 AktG). Erst durch die Eintragung in das Firmenbuch wird die Verschmelzung rechtswirksam (§ 225a Abs 2 AktG). Bis zur Anmeldung zum Firmenbuch muss der Verschmelzungsvertrag in Notariatsaktsform abgeschlossen sein. Auch die erforderlichen Hauptversammlungsbeschlüsse müssen gefasst sein. Die Anmeldung zum Firmenbuch darf außerdem nicht mehr als 9 Monate nach dem Verschmelzungsstichtag liegen.
- 108** Bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine wirksame Verschmelzung sind die Vorstände grds zur **(unverzüglichen und fristgerechten) Anmeldung der Verschmelzung zum Firmenbuch** verpflichtet<sup>108</sup> (s aber Rz 33 f, 37). Die Eingabe an das Firmenbuchgericht ist von Vorstandsmitgliedern in vertretungsbefugter Anzahl zu unterzeichnen und hat öffentlich beglaubigt zu sein. Dazu sind eine Reihe von Beilagen vorzulegen, wie etwa die in § 225 Abs 1 AktG angeführten Unterlagen (Verschmelzungsvertrag, Hauptversammlungsprotokolle etc).

<sup>103</sup> Strittig, so *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. A Rz 18; *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 92; differenzierend *Drygala in Bayer/Vetter*, Lutter-UmwG I<sup>7</sup> § 13 Rz 16; *aA Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 220 AktG Rz 10; § 221 AktG Rz 6, *Schörghofer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 220 Rz 6.

<sup>104</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 220 AktG Rz 10.

<sup>105</sup> Vgl *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 92.

<sup>106</sup> *Szep in Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 220 Rz 24; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. A Rz 18.

<sup>107</sup> Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 2 SpaltG Rz 15 f; § 7 SpaltG 58 f; *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 92.

<sup>108</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. G Rz 2.

Zusätzlich sind dem Firmenbuchgericht am Sitz der übernehmenden Gesellschaft gemäß § 225 Abs 2 AktG sog **Negativerklärungen** vorzulegen. Der Vorstand jeder beteiligten Gesellschaft hat demnach zu erklären, dass eine Klage auf Anfechtung oder auf Nichtigkeit des Verschmelzungsbeschlusses innerhalb eines Monats nach der Hauptversammlung der betroffenen Gesellschaft gar nicht erhoben oder zumindest zurückgezogen worden ist, oder dass alle Aktionäre dieser Gesellschaft auf Erhebung solcher Klagen (in formwirksamer Weise) verzichtet haben. 109

Hat der Vorstand bei Anwendbarkeit der entsprechenden Ausnahmebestimmungen keine Zustimmung der Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft eingeholt (siehe oben Rz 97 ff), so hat er gegenüber dem Firmenbuchgericht eine Erklärung abzugeben, wonach die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft ihr Recht, dennoch die Einberufung einer Hauptversammlung zu verlangen, nicht (fristgerecht) ausgeübt oder auf dieses Recht schriftlich verzichtet haben (§ 225 Abs 2 letzter Satz AktG). 110

Falls bei der übernehmenden Gesellschaft auch eine Kapitalerhöhung in das Firmenbuch einzutragen ist, sind auch die diesbezüglichen Anforderungen an Firmenbuchanmeldung zu beachten (vgl § 155 Abs 1 AktG). Eine Verbindung der Firmenbuchanmeldungen zur Kapitalerhöhung mit jener zur Verschmelzung ist möglich.<sup>109</sup> 111

Eine Verschmelzung *durch Neugründung* ist von den Vorständen der übertragenden Gesellschaften bei dem jeweiligen Gericht anzumelden, in dessen Sprengel diese Gesellschaften ihren Sitz haben. Außerdem hat der Vorstand der neuen Gesellschaft die Verschmelzung und auch die Eintragung dieser neuen Gesellschaft in das Firmenbuch bei dem für den Sitz der neuen Gesellschaft zuständigen Gericht anzumelden. 112

Die Eintragung der Verschmelzung in das Firmenbuch erfolgt für alle Gesellschaften durch jenes Gericht, in dessen Sprengel die übernehmende (bzw neue) Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 225a Abs 1 AktG). 113

Zum Zweck des Aktienumtausches hat der Vorstand jeder übertragenden Gesellschaft einen **Treuhänder** zu bestellen.<sup>110</sup> Mehrere übertragende Gesellschaften können auch denselben Treuhänder bestellen.<sup>111</sup> Erst wenn dieser Treuhänder dem Gericht, in dessen Sprengel die übernehmende bzw neue Gesellschaft ihren Sitz hat, angezeigt hat, dass er im Besitz der zu gewährenden Aktienurkunden und allfälligen baren Zuzahlungen ist, darf die Verschmelzung in das Firmenbuch eingetragen werden (§ 225a Abs 2 AktG). 114

Die Bestellung des Treuhänders kann nach hA unterbleiben, wenn sämtliche Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften darauf verzichten.<sup>112</sup> Außerdem unterbleibt die Bestellung eines Treuhänders, wenn gemäß § 224 AktG keine Aktien gewährt werden. 115

<sup>109</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. G Rz 9.

<sup>110</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI. D Rz 2.

<sup>111</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 225a AktG Rz 16.

<sup>112</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 225a AktG Rz 16; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. I Rz 17.

### 9. Nachprüfungsverfahren

- 116** Zur **Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses**, dh der Äquivalenz der im Zuge der Verschmelzung erfolgten Anteilsgewähr, sieht das AktG ein eigenes, der Durchführung der Verschmelzung nachgeschaltetes Verfahren vor (§§ 225c ff AktG), das aus Sicht der Aktionäre auf die nachträgliche Herstellung der wirtschaftlichen Äquivalenz zwischen ihrer vermögensrechtlichen Stellung vor und nach Verschmelzung zielt.<sup>113</sup>
- 117** Ein allenfalls erforderlicher Ausgleich erfolgt durch Barausgleich oder allenfalls durch Gewährung zusätzlicher Anteile gem § 225j Abs 2 AktG, wobei hier primär vorhandene eigene Anteile zu verwenden sind und nur subsidiär eine Kapitalerhöhung zulässig ist. Die Anfechtung des Verschmelzungsbeschlusses wegen unangemessenen Umtauschverhältnisses bzw diesbezüglicher Informationsmängel ist demgegenüber nicht möglich.<sup>114</sup>
- 118** Das Überprüfungsverfahren kann von jedem Aktionär sowohl der übertragenden als auch der übernehmenden Gesellschaft initiiert werden, sofern dieser vom Zeitpunkt der Beschlussfassung der Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft bis zur Antragstellung Aktionär war und nicht auf Zuzahlungen und zusätzliche Aktien gem § 225d AktG verzichtet hat (vgl § 225c Abs 3 AktG).<sup>115</sup>
- 119** Soweit Mängel im Nachprüfungsverfahren geltend zu machen sind, kann dies die Eintragung der Verschmelzung keinesfalls hindern, weil der Zweck der gesetzlichen Regelungen zum Nachprüfungsverfahren genau darin besteht, die Verschmelzung vom Streit über die Angemessenheit der Abfindungen zu entlasten und ihr sofortiges Wirksamwerden ohne Rücksichtnahme auf einen solchen Streit zu ermöglichen.<sup>116</sup>
- 120** Aktionäre, die einen Schadenersatzanspruch gegen die verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften oder deren Vorstände haben, trifft uE eine **Schadensminderungspflicht** dahingehend, dass sie ihre Ansprüche – soweit möglich – primär im Nachprüfungsverfahren gem § 225c ff AktG verfolgen müssen.<sup>117</sup>

### D. Haftung des Vorstands

- 121** Die Verantwortlichkeit des Vorstands richtet sich im Allgemeinen nach § 84 AktG (siehe oben Rz 24 ff). Bei einer Verschmelzung sind aber auch zusätzliche, spezielle Haftungsbestimmungen zu beachten, insb die §§ 227 bis 229 AktG. Bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung gilt zudem § 5 EU-UmgrG, der eine Haftung der Vorstandsmitglieder einer an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten inländischen Gesellschaft (gegenüber dieser Gesellschaft und

<sup>113</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung III. G Rz 4.

<sup>114</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung III. G Rz 4 f.

<sup>115</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung III. G Rz 5.

<sup>116</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung III. C Rz 5; vgl OGH 31.01.2013, 6 Ob 210/12v „*Austrian Airlines II*“ = GesRZ 2013, 162 (*H. Foglar-Deinhardstein*).

<sup>117</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI. F Rz 6 mwN. Vgl zum Squeeze-out *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 6 GesAusG Rz 34 FN 91, Rz 33; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 498.

auch deren Aktionären) für durch eine Pflichtverletzung bei der Verschmelzung begründete Schäden vorsieht.<sup>118</sup>

### 1. Haftung des Vorstands der übertragenden Gesellschaft

Nach § 227 Abs 1 AktG sind die Vorstandsmitglieder der *übertragenden* Gesellschaft (als Gesamtschuldner) zum Ersatz jenes **Schadens** verpflichtet, den die **Gesellschaft** sowie ihre **Aktionäre** und ihre **Gläubiger** durch die Verschmelzung erleiden (**Innen- und Außenhaftung**). Voraussetzung für eine Ersatzpflicht ist zunächst die Eintragung der Verschmelzung in das Firmenbuch. Außerdem muss das betroffene Vorstandsmitglied bei der Verschmelzung (Vorbereitung oder Durchführung) ein sorgfalts- bzw pflichtwidriges Verhalten gesetzt haben, das einen Schaden für die jeweilige Gesellschaft, deren Aktionäre oder deren Gläubiger bewirkt hat. In Betracht kommen etwa ein sorgfaltswidrig aufgestellter bzw abgeschlossener Verschmelzungsvertrag oder unvollständige oder unrichtige Berichtserstattung.<sup>119</sup> Irrelevant ist es, ob das betroffene Vorstandsmitglied im Zeitpunkt der Eintragung der Verschmelzung selbst noch Mitglied des Vorstands der übertragenden Gesellschaft ist.<sup>120</sup> 122

Die Schadenersatzpflicht des Vorstands setzt ein schuldhaftes Verhalten voraus (s schon Rz 26). Zumindest leichte Fahrlässigkeit ist erforderlich. Bei seinem Verhalten hat der Vorstand den Sorgfaltsmaßstab nach § 84 AktG (ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter) einzuhalten. Bei Eintritt eines Schadens infolge der Verschmelzung wird ein schuldhaftes Verhalten des verursachenden Vorstandsmitglieds vermutet. Von der Ersatzpflicht kann sich das Vorstandsmitglied in diesem Fall nur dann befreien, wenn es die Einhaltung seiner Sorgfaltspflicht nachweist.<sup>121</sup> Die Zustimmung der Hauptversammlung zur Verschmelzung befreit die Vorstandsmitglieder nicht von einer möglichen Schadenersatzpflicht (§ 227 Abs 1 letzter Halbsatz AktG; siehe schon Rz 30). Der **Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens** ist aber uE zulässig.<sup>122</sup> 123

Im Unterschied zur allgemeinen Regelung des § 84 AktG bietet § 227 Abs 1 AktG eine Anspruchsgrundlage, die auch Aktionären und Gläubigern der *übertragenden* Gesellschaft ein direktes Vorgehen gegen Vorstandsmitglieder ermöglicht. Deren zu ersetzender Schaden muss aber ein über den Schaden der Gesellschaft (Reflexschaden) hinausgehender Eigenschaden sein.<sup>123</sup> Gegenüber der übernehmenden Gesellschaft haften die Vorstandsmitglieder der übertragenden Gesellschaft nur nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln. 124

<sup>118</sup> Vgl weiterführend *Rericha/J. Strimitzer in Talos/Winner*, EU-UmgrG § 5 Rz 4 ff.

<sup>119</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI. F Rz 2.

<sup>120</sup> *R. Perner/P. Schörghofer*, Haftung von Vorstand/Geschäftsführung und Aufsichtsrat bei Verschmelzungen, Aufsichtsrat aktuell 2012, H 6, 14 (15).

<sup>121</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 227 AktG Rz 7.

<sup>122</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI. F Rz 3; *Szep in Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 227 Rz 9, 14.

<sup>123</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI. F Rz 5; vgl allgm OGH 22.12.1994, 2 Ob 591/94; *Ch. Nowotny*, Anleghaftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates bei Kursverlusten? RdW 1995, 132.

- 125 Die beschriebenen Schadenersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder der übertragenden Gesellschaft verjähren 5 Jahre nach dem Tag, an dem die Eintragung der Verschmelzung in das Firmenbuch als bekannt gemacht gilt.
- 126 Nach § 227 Abs 2 AktG **gilt die übertragende Gesellschaft trotz der Verschmelzung weiterhin als fortbestehend**, soweit es um die Geltendmachung von Ansprüchen gegen ihre Vorstandsmitglieder nach § 227 Abs 1 AktG bzw um sonstige allgemeine Ansprüche für oder gegen die übertragende Gesellschaft auf Grund der Verschmelzung geht. Für die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 227 Abs 1 AktG (Schadenersatzansprüche gegen die Vorstandsmitglieder) bzw nach § 227 Abs 2 AktG (Ansprüche für oder gegen die übertragende Gesellschaft auf Grund der Verschmelzung) ist gemäß § 228 AktG die Bestellung eines **besonderen Vertreters** für die übertragende Gesellschaft erforderlich, da diese nur als fortbestehend fingiert wird und keine Organe mehr hat.<sup>124</sup> Der besondere Vertreter ist über Antrag eines Aktionärs oder Gläubigers der betroffenen übertragenden Gesellschaft gerichtlich zu bestellen.<sup>125</sup>
- 127 Keine Haftung der Vorstandsmitglieder einer übertragenden Gesellschaft gegenüber ihrer Gesellschaft oder deren Aktionären besteht bei einem 100% *upstream-merger* nach § 232 Abs 1 AktG.<sup>126</sup>
- 128 Mit Wirksamwerden der Verschmelzung erlöschen auch die **Organmandate** der übertragenden Gesellschaft. Eine **Entlastung** der Vorstandsmitglieder durch die HV der übertragenden Gesellschaft kann daher nur mehr bis zur Firmenbucheintragung der Verschmelzung erfolgen.<sup>127</sup> Erwägenswert ist aber eine Entlastungskompetenz der HV der übernehmenden Gesellschaft für solche frühere Vorstandsmitglieder der übertragenden Gesellschaft, die auch einem Organ der übernehmenden Gesellschaft angehören.<sup>128</sup>

## 2. Haftung des Vorstands der übernehmenden Gesellschaft

- 129 Für den Vorstand der *übernehmenden* Gesellschaft gibt es keine spezifische verschmelzungsrechtliche Haftungsregelung. Es gelten deshalb nur die **allgemeinen zivil- bzw gesellschaftsrechtlichen Haftungsregelungen** für Vorstandsmitglieder einer AG (insb § 84 AktG – s sogleich Rz 133 – § 99 und §§ 100 f AktG) (**Innen- und Außenhaftung**). Dementsprechend gibt es bei der übernehmenden Gesellschaft keine eigenständige verschmelzungsrechtliche Grundlage für direkte Schadenersatzansprüche der **Aktionäre** der übernehmenden Gesellschaft gegen deren Vorstandsmitglieder. Soweit es sich um Schäden handelt, die über den mittelbar auch die Aktionäre treffenden Schaden der Gesellschaft (Reflexschaden) hinausgehen, sind Ersatzansprüche der Aktionäre gegen Vorstandsmitglieder – zumindest aufgrund allgemeiner zivilrechtlicher Grundlagen – grds dennoch möglich.<sup>129</sup> **Gläubiger** der übernehmenden Gesellschaft haben ebenfalls keine direkten

<sup>124</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 228 AktG Rz 5.

<sup>125</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI. F Rz 6 ff.

<sup>126</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI. F Rz 10.

<sup>127</sup> Vgl *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI. F Rz 14.

<sup>128</sup> Vgl *Haßler*, AG 2016, 388 (389, 393).

<sup>129</sup> Vgl *Schörghofer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 229 Rz 4; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 229 AktG Rz 5, 7; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 229 AktG

Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder dieser Gesellschaft. Unter den Voraussetzungen des § 84 Abs 5 AktG und des § 101 AktG können sie aber Ansprüche der übernehmenden Gesellschaft gegen deren Vorstandsmitglieder geltend machen.

Ansprüche gegen die Vorstandsmitglieder der übernehmenden Gesellschaft auf Grund der Verschmelzung unterliegen der spezifischen Verjährungsbestimmung des § 229 AktG. Solche Ansprüche verjähren in fünf Jahren ab dem Tag, an dem die Eintragung der Verschmelzung in das Firmenbuch als bekannt gemacht gilt. 130

Zur Haftungsbefreiung durch HV-Beschluss s schon Rz 31. Für nachträgliche Verzicht auf Schadenersatzansprüche gelten in der übernehmenden Gesellschaft die Fünf-Jahres-Schranke und das Minderheitenrecht des § 84 Abs 4 AktG.<sup>130</sup> 131

### 3. Haftung des Vorstands der neuen Gesellschaft

Bei einer Verschmelzung durch Neugründung gibt es ebenfalls keine spezifische verschmelzungsrechtliche Haftungsregelung für den Vorstand der neuen Gesellschaft. Selbst § 229 AktG (Verjährung von Ansprüchen gegen Vorstandsmitglieder auf Grund der Verschmelzung) und § 41 AktG (Verantwortlichkeit des Vorstands bei Gründung) kommen bei einer Verschmelzung durch Neugründung nicht zur Anwendung (§ 233 Abs 1 und Abs 3 AktG *e contrario*). Für die Vorstandsmitglieder der neuen Gesellschaft gilt demnach nur das allgemeine Haftungsregime nach § 84 und §§ 100 f AktG. 132

### 4. Haftung nach § 84 AktG

Auch eine Haftung der Vorstandsmitglieder nach der allgemeinen Bestimmung des § 84 AktG kommt bei einer Verschmelzung in Betracht. Für eine Haftung nach dieser allgemeinen Bestimmung sind die Eintragung der Verschmelzung und der Eintritt eines Schadens gerade auf Grund dieser Verschmelzung – anders als bei verschmelzungsrechtlichen Sonderbestimmungen (§§ 227 und 229 AktG) – nicht erforderlich. Zu den einzelnen Haftungsvoraussetzungen nach § 84 AktG siehe ausführlich oben Rz 24 ff. 133

### 5. Strafbares Verhalten

Vorsätzlich falsche oder unvollständige Berichte, Auskünfte oder Informationen eines Vorstandsmitglieds im Rahmen einer Verschmelzung (etwa an die HV oder einen Prüfer) können den Straftatbestand des § 163a StGB erfüllen. Siehe hierzu ausführlich oben Rz 46 ff. 134

## IV. Einbringung

### A. Charakteristik der Einbringung

Unter „**Einbringung**“ kann der Überbegriff für Übereignungsgeschäfte des Gesellschafters (Aktionärs) an die (Aktien-)Gesellschaft *causa societatis* verstanden werden, wobei nach einer groben Unterscheidung die **Sacheinlage** die Ein- 135

Rz 2; differenzierend *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI. F Rz 11.

<sup>130</sup> *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI. F Rz 14.

bringung gegen Anteilsgewähr und der **(Sach-)Zuschuss** die Einbringung ohne Anteilsgewähr beschreibt.<sup>131</sup>

- 136** Das österreichische Gesellschaftsrecht kennt keine gesetzliche Definition der Einbringung. §§ 202, 221 UGB setzen – ebenso wie übrigens § 11 GewO – den Begriff der Einbringung voraus, ohne ihn zu erläutern. Lediglich für die Zwecke des Steuerrechts wird in **Art III UmgrStG** die Einbringung definiert. Demgemäß handelt es sich bei einer (steuerlich begünstigten) Einbringung um eine Übertragung von bestimmtem Vermögen (Betriebe bzw Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile oder Kapitalanteile) durch den Einbringenden in eine Kapitalgesellschaft aufgrund eines schriftlichen **Einbringungsvertrags (Sacheinlagevertrag)** und einer **Einbringungsbilanz**, idR gegen Gewährung von Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft (§ 12 Abs 1 und § 19 UmgrStG).
- 137** Gesellschaftsrechtlich ist der Begriff der Einbringung jedoch weiter zu verstehen als die im UmgrStG definierten *steuerbegünstigten* Einbringungen. Auch Einbringungen, die nicht durch das UmgrStG steuerlich privilegiert sind, können gesellschaftsrechtlich zulässig sein. Allgemein gesprochen handelt es sich bei einer Einbringung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht um eine Einlage (Übertragung) von Vermögen (üblicherweise Sacheinlagen) eines Einbringenden (idR ein direkter oder indirekter Anteilseigner) in eine Gesellschaft (übernehmende Gesellschaft) im Wege der **Einzelrechtsnachfolge**, und zwar idR gegen Gewähr von Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft.<sup>132</sup> Bei einer Aktiengesellschaft als übernehmender Gesellschaft kommen auf eine **Einbringung gegen Anteilsgewähr** insb die allgemeinen **Regelungen zur Kapitalaufbringung durch Sacheinlage** (s Rz 153 ff) zur Anwendung.

## B. Arten der Einbringung

- 138** Ausgehend von diesem weiten gesellschaftsrechtlichen Einbringungsbegriff lassen sich mehrere Varianten einer Einbringung von Sacheinlagen in eine AG

<sup>131</sup> Zu den Begrifflichkeiten vgl auch OGH 22.05.1978, 1 Ob 575/78; OGH 15.12.1992, 5 Ob 1602/92; OGH 17.09.2014, 6 Ob 35/14m = ecolcx 2014, 1068 (*J. Reich-Rohrwig*) = GesRZ 2015, 203 (*Heidinger*); *J. Reich-Rohrwig*, Ausgewählte zivilrechtliche Fragen bei der Einbringung von Unternehmen (Betrieben) nach dem StruktVG, in FS Helbich 149; *J. Reich-Rohrwig*, GmbHR I<sup>2</sup> Rz 1/245 ff; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 4/349 FN 1338; *Grünwald/Ch. Nowotny* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen II (18. Lfg) zu Art III UmgrStG Rz 1; *H. Foglar-Deinhardstein/Vinazer*, Kann das EKEG die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital verhindern? ÖBA 2016, 486 (488) mwN; *Stanek*, Die Kapitalerhaltung bei Einbringungen ohne Anteilsgewähr gemäß § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG, GesRZ 2018, 158 (158 f); *H. Foglar-Deinhardstein*, FlexCo und Umgründungen – ein Spannungsfeld, ecolcx 2024, 512. Allg zum Gesellschafterzuschuss *Elsner*, Die Nachschussobliegenheit in der Gesellschaftskrise 182 f; *Aburumieh/Hoppel*, Das kleine Einmalein der Gesellschafterfinanzierung (Teil I), RdW 2020, 739 (744 ff); *T. Hayden/Thorbauer/Gröhs*, Sanierungsinstrumente für Gesellschaften in der „Krise“, PSR 2020, 8 (10 ff); *Prinz* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG<sup>2</sup> § 72 Rz 7 ff.

<sup>132</sup> Vgl *Grünwald/Ch. Nowotny* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen II (18. Lfg) zu Art III UmgrStG Rz 3; *Dellinger* in *Zib/Dellinger*, UGB § 38 Rz 25; *U. Torggler* in *Torggler*, GmbHG § 10 Rz 26.

unterscheiden: (i) die Einbringung im Zuge einer **Sachgründung** (s Rz 141 ff), (ii) die Einbringung im Zuge einer **Kapitalerhöhung mit Sacheinlage** (s Rz 153 ff) und (iii) die Einbringung ohne Anteilsgewährung (**Sachzuschuss**) (s Rz 163 ff).<sup>133</sup>

Erfolgt die Einbringung *ohne Anteilsgewähr*, besteht die Gegenleistung aus der Sicht des Einbringenden idR in der **Werterhöhung bereits existierender Aktien** (oder in einer Ausgleichsleistung von dritter Seite). Jedenfalls wird die Gegenleistung bei der Einbringung nicht aus dem bereits vor der Einbringung bestehenden Vermögen der übernehmenden Gesellschaft geleistet, sondern entsteht – soweit sie von der AG selbst und nicht von dritter Seite erbracht wird – gerade erst durch die Zuwendung des Einbringenden.<sup>134</sup> 139

Hat die übernehmende Gesellschaft bereits ein Unternehmen, und bringt der Einbringende in die übernehmende Gesellschaft ein weiteres Unternehmen oder Anteile an einem Unternehmen ein, kann dies als **Konzentrationseinbringung (fusionsähnliche Einbringung)** bezeichnet werden, die die Vereinigung von Unternehmen in der Hand eines Rechtsträgers bewirkt.<sup>135</sup> Bei der **ausgliedern den Einbringung** erfolgt keine Vereinigung bisher unabhängiger Unternehmen, sondern vielmehr – zum Zweck der Umstrukturierung bestehender betrieblicher Strukturen – die Übertragung (eines Teils) des Vermögens der einbringenden Gesellschaft in eine direkte oder indirekte Tochtergesellschaft.<sup>136</sup> 140

## C. Rechte und Pflichten des Vorstands

### 1. Einbringung im Zuge einer Sachgründung

Werden bei der Gründung einer AG Sachwerte in diese Gesellschaft eingebracht, so sind die Regelungen des AktG zur **Gründung mit Sacheinlagen** (§§ 20 ff AktG) zu beachten.<sup>137</sup> Die einbringende Gesellschaft agiert bei einer Sachgründung einer AG als Gründerin und wird hierbei durch ihren eigenen Vorstand vertreten. Außerdem sind auch die ersten Organe der neuen AG (Vorstand und Aufsichtsrat) an deren Gründung beteiligt. 141

#### a) Vereinbarung der Sacheinlage

Einer Sacheinlage im Zuge der Gründung liegt stets ein zwischen dem Einbringenden und den übrigen Gründern bestehender **Sacheinlagevertrag** zugrunde. Dabei müssen gemäß § 20 Abs 1 AktG zumindest der Gegenstand der Sacheinlage, die die Sacheinlage einbringende Person und die Anzahl bzw der Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien in der Satzung der neu zu gründenden AG festgesetzt sein, um gegenüber der neuen AG wirksam zu sein (§ 20 Abs 3 142

<sup>133</sup> Vgl *Grünwald/Ch. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen II (18. Lfg) zu Art III UmgrStG Rz 2; *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 69.

<sup>134</sup> *Rohregger*; Die falsch bewertete Sacheinlage – ein Vermögensnachteil für die Gesellschaft? in *Lewis*, JB Wirtschaftsstrafrecht 2014, 41 (47).

<sup>135</sup> *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 61 ff; *Hartig in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 237 Rz 7, 33; *Eckert/Schopper/Reheis in Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 237 Rz 9 f.

<sup>136</sup> *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 63 ff; *Dellinger in Zib/Dellinger*, UGB § 38 Rz 25; *Eckert/Schopper/Reheis in Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 237 Rz 11, 34.

<sup>137</sup> Vgl *H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in Bergmann/Kalss*, HB Rechtsformwahl Rz 12/108 ff.

AktG).<sup>138</sup> Falls aus steuerlicher Sicht zur Inanspruchnahme der Begünstigungen des UmgrStG angeraten, ist auch eine **Einbringungsbilanz** zu erstellen (vgl § 15 UmgrStG) und ein **Einbringungstichtag** festzusetzen (§ 13 UmgrStG).

- 143** Aus Sicht der einbringenden Gesellschaft stellt die Sacheinlage wirtschaftlich einen Tauschvorgang zwischen dem eingebrachten Vermögen und den dafür gewährten Anteilen an der neuen AG dar. Wie bei jedem Tauschvorgang hat der **Vorstand der einbringenden Gesellschaft** sicherzustellen, dass seine Gesellschaft eine adäquate Gegenleistung für die Einlage des Vermögens in die übernehmende Gesellschaft erhält. Dabei ist das gesamte Vermögen der neuen AG (somit auch die Einlagen anderer Gründer) zu berücksichtigen. Außerdem führt der durch die Einbringung bewirkte Tauschvorgang dazu, dass die einbringende Gesellschaft das ursprünglich eigene Vermögen nur mehr indirekt, nämlich über ihre Beteiligung an der neuen AG, hält. Auch diese **Mediatisierung** (s Rz 6) und somit der Einbringungs- bzw Gründungsvorgang *per se* müssen im Interesse der einbringenden Gesellschaft liegen. In Betracht kommen hierfür etwa betriebliche oder steuerliche Gründe. Häufige betriebliche Gründe sind die Gründung eines Joint Venture, die Trennung von Holding- und operativen Funktionen oder die Erzielung von Synergieeffekten aus der Zusammenführung bisher getrennter Unternehmen(stelle).
- 144** Gleichzeitig haben sowohl der Vorstand der einbringenden Gesellschaft als Gründerin der neuen AG als auch der Vorstand der neu gegründeten AG die **Kapitalaufbringungsvorschriften** zu beachten, die für die neue AG anwendbar sind: Gemäß § 28a Abs 2 AktG sind Sacheinlagen sofort in vollem Umfang zu leisten. Ihr Verkehrswert muss mindestens den Ausgabebetrag der als Gegenleistung gewährten Aktien erreichen.<sup>139</sup>

### b) Gründungsprüfung

- 145** Nach § 24 AktG haben die Gründer der AG einen **Gründungsbericht** über den Hergang der Gründung der AG zu erstellen. Bei einer AG als Gründer (einbringenden Gesellschaft) ist die Erfüllung dieser Berichtspflicht vom Vorstand umzusetzen. Der Gründungsbericht hat insbesondere die wesentlichen Umstände anzuführen, von denen die Angemessenheit der Gegenleistung für eingebrachte Sacheinlagen abhängt.
- 146** Ferner hat auch der (erste) Vorstand der neuen AG (ebenso wie deren erster Aufsichtsrat) einen **Bericht über den Hergang der Gründung der AG** zu erstatten (§ 25 Abs 1 AktG).
- 147** Außerdem ist nach § 25 Abs 2 Z 2 AktG bei einer Gründung mit Sacheinlagen eine Prüfung des Hergangs der Gründung durch einen **gerichtlich bestellten externen Gründungsprüfer** erforderlich. Den Antrag zur gerichtlichen Bestellung dieses Prüfers kann der Vorstand der neuen (künftigen) AG oder auch der Vorstand der einbringenden Gesellschaft als Gründer stellen.<sup>140</sup> Die Gründer sind den Prüfern zur Auskunftserteilung verpflichtet (§ 27 Abs 1 AktG).

<sup>138</sup> Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 20 Rz 42 ff; Grünwald/Ch. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen II (18. Lfg) zu Art III UmgrStG Rz 21.

<sup>139</sup> H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in Bergmann/Kalss, HB Rechtsformwahl Rz 12/111 f.

<sup>140</sup> Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 25 Rz 12; Posani/Schörghofer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 25 Rz 6.

Sowohl der Gründungsprüfer als auch der Vorstand der neuen AG haben bei ihrer Prüfung insbesondere zu prüfen, ob der Verkehrswert der Sacheinlage mindestens den Ausgabebetrag der dafür zu gewährenden Aktien erreicht (§ 26 Abs 1 AktG). 148

### c) Hauptversammlung

Bei der Sachgründung ist keine Mitwirkung der Hauptversammlung der *übernehmenden* Gesellschaft vorgesehen; vielmehr bedarf die Gründung einer AG der individuellen Mitwirkung aller Gründer, von der auch die Mitwirkung an der Genehmigung und Prüfung von Sacheinlagen umfasst ist. 149

Auf Ebene der *einbringenden* Aktiengesellschaft kann sich eine Mitwirkungspflicht der HV aus der *Holzmüller-Doktrin* ergeben (s Rz 171). 150

### d) Anmeldungen zum Firmenbuch

Schließlich haben sowohl sämtliche Vorstandsmitglieder der neuen AG als auch alle Gründer (somit auch die einbringende Gesellschaft als Gründerin, vertreten durch ihren Vorstand) die neue AG beim zuständigen **Firmenbuchgericht** zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden (§ 28 Abs 1 AktG).<sup>141</sup> Die Anmeldung darf erst erfolgen, wenn die zu leistenden Sacheinlagen in der freien Verfügung des Vorstands der neuen AG stehen (§ 28 Abs 2 Z 2 AktG). 151

Bei Einbringung eines Betriebes oder Teilbetriebes ist auch diese Tatsache sowohl bei der einbringenden Gesellschaft als auch bei der neuen Gesellschaft gemäß § 3 Abs 1 Z 15 FBG in das Firmenbuch einzutragen.<sup>142</sup> Zu Firmenbucheintragungen in Hinblick auf § 38 UGB s Rz 176. 152

## 2. Einbringung im Zuge einer Kapitalerhöhung

### a) Ablauf

Die Einbringung von Sacheinlagen in eine AG gegen Gewährung von Aktien kann auch im Rahmen einer Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft erfolgen. Dieser Fall kommt in der Praxis wesentlich häufiger vor als die oben beschriebene Sachgründung. Das AktG lässt nicht nur die **ordentliche Kapitalerhöhung** gegen Sacheinlage zu; die für die eingebrachten Sacheinlagen zu gewährenden Aktien können auch aus **bedingtem Kapital** oder aus **genehmigtem Kapital** gespeist werden (§§ 150, 161 und 172 AktG). 153

Bei der Sachkapitalerhöhung sind der Gegenstand der Sacheinlage, die Person des leistenden Aktionärs und der Nennbetrag bzw die Anzahl der zu gewährenden Aktien im **Kapitalerhöhungsbeschluss der Hauptversammlung** festzusetzen. 154

<sup>141</sup> *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 28 Rz 9.

<sup>142</sup> *Stanek*, Einlagen und Umgründungen im Konzern Rz A35. Diese subsidiäre Eintragungspflicht besteht nur, sofern sich der (Teil-)Betriebsübergang nicht schon (implizit) aus einer anderen Firmenbucheintragung ergibt (vgl *G. Nowotny* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 3 Rz 34; *Potyka* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 3 FBG (Stand 1.4.2020) Rz 17; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 3 FBG Rz 64 ff). Soweit aus der Eintragung der Sachgründung bei der übernehmenden Gesellschaft die (Teil-)Betriebseinbringung bereits ersichtlich ist, entfällt also bei dieser Gesellschaft die Anwendbarkeit von § 3 Abs 1 Z 15 FBG.

Die Einbringung von Sacheinlagen ist auch in der Tagesordnung ausdrücklich anzukündigen. Bei genehmigtem Kapital gegen Sacheinlagen hat die Ermächtigung in der Satzung an den Vorstand vorzusehen, dass die neuen Aktien gegen Sacheinlagen ausgegeben werden dürfen.<sup>143</sup>

- 155** Üblicherweise wird zusätzlich zu den Angaben im Erhöhungsbeschluss und zum **Zeichnungsschein** (§ 152 AktG) ein eigener **Sacheinlagevertrag (Einbringungsvertrag)** zwischen der einbringenden Gesellschaft und der übernehmenden Gesellschaft (jeweils vertreten durch ihren Vorstand) abgeschlossen, in dem die näheren Einzelheiten zur Sacheinlage vereinbart werden.<sup>144</sup> Auch den steuerrechtlichen Anforderungen für die Inanspruchnahme der Begünstigungen des UmgrStG (insb schriftlicher Einbringungsvertrag, Einbringungsstichtag, Einbringungsbilanz) kann mit dieser Vereinbarung nachgekommen werden.
- 156** Außerdem ist eine eigene Prüfung der Sachkapitalerhöhung durch einen **gerichtlich bestellten externen Sacheinlageprüfer** erforderlich (§§ 150 Abs 3, 161 Abs 3 und 172 Abs 3 AktG). Für diese Prüfung gelten die oben unter Rz 147 näher beschriebenen Vorschriften über die Prüfung durch den gerichtlich bestellten Gründungsprüfer bei einer Sachgründung sinngemäß.
- 157** Für den Vorstand der *übernehmenden* Gesellschaft gelten im Übrigen die allgemeinen Bestimmungen zur **Kapitalerhöhung** (§ 149 ff AktG) einschließlich der Regeln für einen allfälligen **Bezugsrechtsausschluss**.
- 158** Für den Vorstand der *einbringenden* Gesellschaft stellt sich auch eine Einbringung in Form einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen wirtschaftlich als Tauschvorgang dar. Er hat daher zu beachten, dass angesichts des **Ausgabekurses** der neuen Aktien (Nominale plus Agio) die gewährte Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft eine adäquate Gegenleistung für das eingebrachte Vermögen darstellt, und dass der Einbringungsvorgang an sich im Interesse der einbringenden Gesellschaft steht. Wie bei der Sachgründung, führt auch der durch die Einbringung im Zuge einer Kapitalerhöhung bewirkte Tauschvorgang dazu, dass die einbringende Gesellschaft das ursprünglich eigene Vermögen nur mehr indirekt, nämlich über ihre Beteiligung an der neuen AG, hält. Diese **Mediatisierung** und somit der Einbringungs- bzw Sacheinlagevorgang *per se* müssen im Interesse der einbringenden Gesellschaft liegen (s Rz 6). Darüber hinaus gelten für die einbringende Gesellschaft die allgemeinen Bestimmungen zur **Kapitalerhöhung** bei einer AG, soweit sie die neu hinzutretenden Aktionäre betreffen.

### b) Hauptversammlung

- 159** Bei der Sachkapitalerhöhung ergibt sich die Mitwirkung der Hauptversammlung der *übernehmenden* Gesellschaft zwingend aus den allgemeinen Vorschriften über die Kapitalerhöhung (§ 149 ff AktG).
- 160** Auf Ebene der *einbringenden* Aktiengesellschaft kann sich eine Mitwirkungspflicht der HV aus der *Holzmüller*-Doktrin ergeben (s Rz 171).

<sup>143</sup> Winner in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 172 Rz 10.

<sup>144</sup> Winner in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 150 Rz 27.

### c) Anmeldungen zum Firmenbuch

Die Kapitalerhöhung bei der *übernehmenden Gesellschaft* ist zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden. Hierfür gelten die für die Kapitalerhöhung jeweils anwendbaren allgemeinen Vorschriften. Im Einzelnen sind dabei – abhängig davon, ob es sich um eine ordentliche Sachkapitalerhöhung, bedingtes Kapital oder genehmigtes Kapital handelt, – verschiedene Tatsachen vom Vorstand (und ggf auch vom Vorsitzenden des Aufsichtsrates bzw seinem Stellvertreter) zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden und auch ein etwaiger Sacheinlagevertrag dem Firmenbuchgericht vorzulegen.<sup>145</sup> 161

Bei Einbringung eines Betriebes oder Teilbetriebes ist diese Tatsache außerdem sowohl bei der einbringenden Gesellschaft als auch bei der übernehmenden Gesellschaft gemäß § 3 Abs 1 Z 15 FBG in das Firmenbuch einzutragen, sofern sich dieser (Teil-)Betriebsübergang nicht schon aus einer anderen Eintragung (zumindest implizit) ergibt.<sup>146</sup> Zu Firmenbucheintragungen in Hinblick auf § 38 UGB s Rz 176. 162

## 3. Einbringung als Sacheinlage ohne Anteilsgewähr

### a) Allgemein

§ 19 Abs 2 UmgrStG führt mehrere Fälle einer Einbringung an, bei denen die Gewährung von Anteilen an die einbringende Gesellschaft aus steuerlicher Sicht unterbleiben kann, ohne dass dies den Steuerbegünstigungen des UmgrStG entgegensteht. Diese Bestimmungen erfassen typische Konzern-Sachverhalte, insb Einbringungen durch den (mittelbaren) Alleingesellschafter oder Einbringungen zwischen Gesellschaften mit (mittelbar) identen Beteiligungsverhältnissen. 163

§ 19 Abs 2 UmgrStG betrifft jedoch nur die steuerliche Behandlung von Einbringungen. Ob eine Einbringung ohne Anteilsgewährung auch gesellschaftsrechtlich zulässig ist, hängt von anderen Kriterien ab. 164

Bei einer Einbringung ohne Anteilsgewähr erübrigt sich die Einhaltung der zwingenden Vorschriften für Sachgründung bzw Sachkapitalerhöhung. Allenfalls – insb bei Einbringungen mit **unbaren und/oder baren Entnahmen** – können freilich die Vorschriften zur **verdeckten Sacheinlage** oder zur **Nachgründung** (§ 45 f AktG) einschlägig sein.<sup>147</sup> 165

Die Vorstände der beteiligten Gesellschaften haben primär an dem Abschluss und der Umsetzung des entsprechenden Einbringungsvertrages mitzuwirken, wobei das Vermögen wie bei einem Barzuschuss *causa societatis* eingebracht wird. Gegebenenfalls ist ein Übergang eines Betriebes bzw Teilbetriebes zur Eintragung 166

<sup>145</sup> S §§ 151 Abs 1, 155 Abs 1 u 3 Z 2, 162, 168 Abs 1 u 170 Abs 1 AktG.

<sup>146</sup> *Stanek*, Einlagen und Umgründungen im Konzern Rz A35. Vgl *G. Nowotny in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 3 Rz 34; *Potyka in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 3 FBG (Stand 1.4.2020) Rz 17; *Zib in Zib/Dellinger*, UGB § 3 FBG Rz 64 ff. Soweit aus der Eintragung der Sachkapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft die (Teil-)Betriebsübertragung bereits ersichtlich ist, entfällt also bei dieser Gesellschaft die Anwendbarkeit von § 3 Abs 1 Z 15 FBG.

<sup>147</sup> Vgl *J. Reich-Rohrwig* in FS Helbich 149 (152). Zur Abgrenzung zwischen verdeckter Sacheinlage und Nachgründung *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 20 Rz 38.

in das Firmenbuch anzumelden (§ 3 Abs 1 Z 15 FBG).<sup>148</sup> Die Vorstände haben zu beachten, dass die Einbringung ohne Anteilsgewähr auch im Interesse ihrer Gesellschaft liegt und die **Kapitalerhaltungsvorschriften** (s Rz 177 ff) eingehalten werden.

### b) Interessenlage

- 167** Aus Sicht der *übernehmenden* Gesellschaft wird die Einbringung ohne Anteilsgewähr als Übernahme von Vermögen ohne Pflicht zur Gegenleistung regelmäßig vorteilhaft sein, soweit dem eingebrachten Vermögen ein **positiver Verkehrswert** zukommt. Der Wert des übernommenen Vermögens, damit verbundene Risiken und etwaige zwingende Bestimmungen zu einer **Erwerberhaftung** sind aber zu berücksichtigen (etwa § 38 Abs 4 UGB, § 1409 ABGB, § 6 AVRAG, § 67 ASVG, §§ 14 BAO).<sup>149</sup>
- 168** Aus Sicht der *einbringenden* Gesellschaft kann eine Einbringung ohne Anteilsgewähr mangels Erhalt einer Gegenleistung nur in Ausnahmefällen vorteilhaft sein. Der Vorstand der einbringenden Gesellschaft hat dazu zu beurteilen, ob die Einbringung an sich im Interesse der Gesellschaft steht und ob die Gewähr von Anteilen in diesem Fall unterbleiben kann (oder gar unterbleiben muss).
- 169** Sofern die einbringende Gesellschaft weder von der übernehmenden Gesellschaft noch von einem Dritten einen angemessenen Ausgleich für die Vermögensübertragung erhält, wird eine Einbringung ohne Anteilsgewähr im Allgemeinen nur dann im Interesse der einbringenden Gesellschaft stehen, wenn es sich um eine Einbringung an eine (allenfalls mittelbare) 100%-Tochtergesellschaft handelt. In diesem Fall erhöht das eingebrachte Vermögen im Gegenzug den Wert der eigenen Beteiligung an der Tochtergesellschaft. Zusätzlich muss aber auch die damit verbundene Vermögensverschiebung an sich (**Mediatisierung** des eingebrachten Vermögens, s Rz 6) im Interesse der einbringenden Gesellschaft stehen (zB aus betrieblichen oder steuerlichen Gründen, s Rz 143).
- 170** Eine Einbringung von Vermögen mit positivem Verkehrswert ohne Anteilsgewähr in eine Tochtergesellschaft, an der auch Dritte beteiligt sind, führt zu einem teilweisen Verlust des eingebrachten Vermögens (**Verwässerungseffekt**), der idR (ohne spezifischen Ausgleich) nicht im Interesse der einbringenden Gesellschaft stehen wird.

### c) HV-Zuständigkeit

- 171** Kern der vom deutschen BGH entwickelten *Holz Müller*-Doktrin ist die Begründung einer – vom Gesetz nicht explizit vorgesehenen – **zwingenden Entscheidungszuständigkeit der HV** einer AG, wenn durch Strukturmaßnahmen die Rechte der Aktionäre maßgeblich beeinträchtigt werden und dadurch einerseits in die Vermögens-, andererseits in die Herrschaftsposition der Aktionäre eingegrif-

<sup>148</sup> Stanek, Einlagen und Umgründungen im Konzern Rz A35.

<sup>149</sup> Dellinger in Zib/Dellinger, UGB § 38 Rz 25; U. Torggler in Torggler, GmbHG § 10 Rz 26; Hartig in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 237 Rz 14 f. Zur Anwendbarkeit von § 38 UGB bei Fällen mit Auslandsbezug Suesserott/U. Torggler in Torggler, UGB<sup>3</sup> § 1 Rz 9 f; Dellinger in Zib/Dellinger, UGB § 38 Rz 204 ff; Wenger, RWZ 2014, 37 (39) mwN.

fen wird.<sup>150</sup> Während der OGH die Anwendbarkeit dieser Doktrin für den österreichischen Rechtsbereich konsequent offenlässt,<sup>151</sup> wird die Anwendbarkeit von der österreichischen Literatur nahezu einhellig befürwortet.<sup>152</sup> Allerdings ist eine ungeschriebene HV-Zuständigkeit wohl nur anzunehmen, wenn eine **tiefgreifende Veränderung** vorgenommen wird. Der Schwellenwert liegt nach der Literatur bei **70% bis 80%**, wobei die Bezugsgröße (Gesellschaftsvermögen, Umsatz, Bilanzsumme) umstritten ist.<sup>153</sup> Für das wirksame Zustandekommen eines solchen HV-Beschlusses bedarf es – abhängig von den konkreten Satzungsregelungen über Unternehmensgegenstand (Konzernklausel), Satzungsänderungen und Umgründungen – nach hA einer **qualifizierten Mehrheit**, die idR mindestens 75% umfassen muss.<sup>154</sup>

Nach hL sind die vorstehenden Grundsätze grds im Kontext der **ausgliedern- den Einbringung** (s Rz 140) auf die einbringende Aktiengesellschaft anwendbar, zumindest soweit die Ausgliederung zu einer Änderung der Vermögensstruktur der ausgliedernden AG führt, die sich durch **Mediatisierung** (s Rz 6) einschränkend auf die Informations-, Vermögens- und Mitwirkungskompetenzen der Aktionäre auswirkt.<sup>155</sup> Gleiches muss uE grundsätzlich auch bei der **Konzentrationseinbringung** (s Rz 140) aus dem Blickwinkel des einbringenden Rechtsträgers gelten, wenn der einbringende Rechtsträger selbst wiederum eine Aktiengesellschaft ist.<sup>156</sup> Erfasst ein Übertragungsvorgang (auf den Hauptgesellschafter bzw eine Konzerngesellschaft oder auch an einen unabhängigen Dritten) das **ganze Gesellschaftsvermögen** einer Aktiengesellschaft, ist dies gemäß § 237 Abs 1 AktG nur auf Grund eines Beschlusses der Hauptversammlung zulässig.<sup>157</sup> Dieser Beschluss

<sup>150</sup> Vgl *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 3/832; *Deutsch/Leonhartsberger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 103 Rz 26 f; *S. Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup>, § 103 Rz 20, 22.

<sup>151</sup> Zuletzt OGH 26.04.2018, 6 Ob 38/18h = GesRZ 2018, 303 (*Zimmermann*) = NZ 2018, 401 (*Wimmer*) = JAP 2018/2019, 35 (*Rauter*); 09.10.2014, 6 Ob 77/14p = RWZ 2014, 364 (*Wenger*) = ZFR 2015, 128 (*Auer*) = GesRZ 2015, 136 (*Cach*) = JAP 2014/2015, 234 (*Rauter*) = AnwBl 2015, 184 (*Saurer*).

<sup>152</sup> *ZB Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 94 ff, 98 ff; *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht 458, 467 ff; *P. Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 15 Rz 146 f.

<sup>153</sup> Vgl *St. Arnold/Ettmayer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 103 Rz 17; *Wenger*, RWZ 2014, 364; *Cach*, GesRZ 2015, 138; *Hügel*, Zwischenausschüttungen bei der GmbH, GesRZ 2016, 100 (101 FN 9). Differenzierend *Eckert/Schopper/Reheis in Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 237 Rz 32.

<sup>154</sup> Vgl *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 3/833; *Wenger*, RWZ 2014, 365; *P. Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 15 Rz 146 f; *Deutsch/Leonhartsberger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup>, § 103 Rz 31; *Cach*, GesRZ 2015, 138; so auch (allerdings mit anderer Begründung – Analogie zu § 92 Abs 5 BWG) *U. Torggler in Torggler*, GmbHG § 115 Rz 17.

<sup>155</sup> *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 3/833 f; *P. Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 15 Rz 146 f; *Deutsch/Leonhartsberger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 103 Rz 30 f; *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 77, 94; *Eckert/Schopper/Reheis in Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 237 Rz 30, 35.

<sup>156</sup> *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 93.

<sup>157</sup> § 237 AktG ist auch auf eine Ausgliederung anwendbar (*Hartig in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 237 Rz 19, 33; *Eckert/Schopper/Reheis in Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 237 Rz 11 f).

bedarf einer Mehrheit von mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals; die Satzung kann diese Mehrheit durch eine größere Kapitalmehrheit ersetzen und noch andere Erfordernisse aufstellen. Für die Anwendbarkeit des § 237 AktG reicht es aus, wenn zwar nicht das „ganze Gesellschaftsvermögen“, aber der **wesentliche Teil der Vermögensaktiven** erfasst ist.<sup>158</sup> Für die nähere Abgrenzung ist darauf abzustellen, ob so viele und solche Aktiven veräußert werden, dass die Veräußerung als solche – also ohne weitere Maßnahmen – materiell eine Änderung des Unternehmensgegenstands der Aktiengesellschaft bewirken würde oder sachlich eine Abwicklung der Gesellschaft praktisch vorwegnimmt.<sup>159</sup> Im Gegensatz zur *Holzmüller*-Doktrin ist die Zustimmung der Hauptversammlung nach § 237 Abs 1 AktG Voraussetzung für die Wirksamkeit des Übertragungsvertrags. Mit „Übertragung“ ist nicht erst die (sachenrechtliche) Verfügung, sondern bereits das Verpflichtungsgeschäft, also der Veräußerungsvertrag gemeint.<sup>160</sup>

- 173 Auf Ebene der **übernehmenden Gesellschaft** stellt sich bei der ausgliedern- den Einbringung die spiegelverkehrte Frage, ob der durch die Einbringung herbeigeführte Erwerbsvorgang eines HV-Beschlusses auf Ebene der übernehmenden Gesellschaft bedarf.<sup>161</sup>
- 174 Eine **freiwillige Befassung** einer oder beider HVs durch den jeweiligen Vorstand ist uE aber immer zulässig und geht allenfalls mit haftungsbefreiender Wirkung für den jeweiligen Vorstand einher (s schon oben Rz 28 ff). Bei Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (näher s Rz 44) scheidet die haftungsbefreiende Wirkung eines HV-Beschlusses allerdings von vornherein aus.<sup>162</sup>

#### d) Anmeldungen zum Firmenbuch

- 175 Wird ein Betrieb oder ein Teilbetrieb ohne Anteilsgewähr eingebracht, so ist dies gemäß § 3 Abs 1 Z 15 FBG sowohl bei der einbringenden als auch bei der übernehmenden Gesellschaft vom Vorstand zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden.<sup>163</sup> Diese Eintragungspflicht ist zwar nur subsidiär, kommt aber bei Einbringungen regelmäßig zur Anwendung, weil es bei einer Einbringung üblicherweise keine andere Firmenbucheintragung gibt, aus der sich ein allfälliger (Teil-) Betriebsübergang ergeben könnte.<sup>164</sup>

<sup>158</sup> OGH 26.04.2018, 6 Ob 38/18h = GesRZ 2018, 303 (*Zimmermann*) = NZ 2018, 401 (*Wimmer*) = JAP 2018/2019, 35 (*Rauter*).

<sup>159</sup> Im Detail *Hartig* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 237 Rz 16 ff.

<sup>160</sup> OGH 26.04.2018, 6 Ob 38/18h = GesRZ 2018, 303 (*Zimmermann*) = NZ 2018, 401 (*Wimmer*) = JAP 2018/2019, 35 (*Rauter*).

<sup>161</sup> Vgl *Hügel*, GesRZ 2016, 100 (100) (101 FN 9); *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 3/834.

<sup>162</sup> *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 52 Rz 1; vgl OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h – „*Fehringer*“ = JBI 1997, 108 (*Hügel*); OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f = RWZ 2004/11, 38 (*Wenger*); OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p = RWZ 2016/28, 125 (*Wenger*) = EvBl-LS 2016/81 (*Rohrer*); OGH 26.4.2016, 6 Ob 72/16f; *Karollus* in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, HB vGA<sup>3</sup>, 70.

<sup>163</sup> *Stanek*, Einlagen und Umgründungen im Konzern Rz A35.

<sup>164</sup> *G. Nowotny* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 3 Rz 34; *Potyka* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 3 FBG (Stand 1.4.2020) Rz 17; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/1 § 3 FBG Rz 70.

Soll die Erwerberhaftung nach § 38 UGB drittwirksam ausgeschlossen werden, ist auch die entsprechende Haftungsausschlussvereinbarung fristgerecht zur Eintragung ins Firmenbuch anzumelden.<sup>165</sup> 176

### e) Kapitalerhaltung/Verbot der Einlagenrückgewähr

Auch bei Einbringungen sind stets die Regelungen zur Kapitalerhaltung, insbesondere das **Verbot der Einlagenrückgewähr**, zu beachten. Diese Regelungen betreffen vor allem Einbringungen an eine (ggf mittelbare) Mutter- oder Schwestergesellschaft ohne Anteilsgewährung. 177

In diesem Zusammenhang wird eine analoge Heranziehung der Grundsätze des § 224 AktG zum möglichen Unterbleiben der Anteilsgewähr befürwortet.<sup>166</sup> Eine Einbringung an eine Schwestergesellschaft (*side-stream*-Einbringung) darf demnach nur dann ohne Anteilsgewähr erfolgen, wenn dies nicht im Einzelfall dem Verbot der Rückgewähr von Einlagen und der Befreiung von Einlageverpflichtungen widerspricht. Eine Einbringung von Vermögen an eine Muttergesellschaft (*up-stream*-Einbringung) darf grundsätzlich nicht gegen Anteilsgewähr erfolgen (weil die Mutter kein zusätzliches Vermögen erhält), erfordert aber aus Sicht der einbringenden Gesellschaft zur Vermeidung einer verbotenen Einlagenrückgewähr eine geeignete **Maßnahme zum Ausgleich der Entreichung** (Kapitalherabsetzung, Liquidation, Ausschüttung des einzubringenden Vermögens als Sachdividende).<sup>167</sup> Alternativ kann die einbringende Gesellschaft zum Ausgleich auch einen entsprechenden Gesellschafterzuschuss erhalten.<sup>168</sup> 178

Eine Einbringung kann weiters gegen § 52 AktG verstoßen, wenn die einbringende AG das einzubringende Vermögen, das einen positiven Verkehrswert hat, (allenfalls sogar in steuerlich zulässiger Weise) ohne Anteilsgewähr und ohne sonstige ausreichende Ausgleichsmaßnahme (zB Gesellschafterzuschuss, Kapitalherabsetzung oder Sachdividendenbeschluss) in eine Tochtergesellschaft, an der sie weniger als 100% hält, an der aber ein verbundenes Unternehmen beteiligt ist, überträgt.<sup>169</sup> 179

Die *down-stream*-Einbringung ohne Anteilsgewähr und sonstige Gegenleistung ist aus Sicht der einbringenden AG unbedenklich, soweit die unentgeltliche 180

<sup>165</sup> Vgl *Dellinger* in *Zib/Dellinger*, UGB I/2 § 38 Rz 25. Zu Frist-, Vorlage- und Antragsfordernissen OGH 21.12.2011, 6 Ob 242/11y = RWZ 2012, 37 (*Wenger*) = JAP 2011/2012, 231 (*Rauter*) = *Jennwein*, GES 2012, 167; OGH 27.02.2013, 6Ob177/12s = *Brauneis*, RdW 2013, 647; OGH 26.02.2015, 8 Ob 2/15z = RWZ 2015, 138 (*Wenger*) = NZ 2015, 226 (*Brugger*) = GesRZ 2015, 319 (*U. Torggler*) = *Fellner/Melber*, ÖBA 2015, 712.

<sup>166</sup> *Grünwald/Ch. Nowotny* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen II (18. Lfg) zu Art III UmgrStG Rz 84; *P. Huber* in *Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG<sup>6</sup> § 19 Rz 42 ff; *Stanek*, Einlagen und Umgründungen im Konzern Rz A60, A151 ff, A155 ff.

<sup>167</sup> *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 672 ff, 685; *Stanek*, Einlagen und Umgründungen im Konzern Rz A60, A121.

<sup>168</sup> *Grünwald/Ch. Nowotny* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen II (18. Lfg) zu Art III UmgrStG Rz 85; *P. Huber* in *Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG<sup>6</sup> § 19 Rz 45 f; *Stanek*, Einlagen und Umgründungen im Konzern Rz A121.

<sup>169</sup> OGH 13.2.1997, 6 Ob 2110/96d = *ecolex* 1997, 851 (*Zehetner*); 11.3.1999, 6 Ob 5/99z; 10.6.1999, 6 Ob 6/99x; 20.1.2000, 6 Ob 288/99t; *J. Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 217 ff; *Steinhart*, RdW 2011, 119 (120).

Zuwendung in die Tochter oder Enkelin deren Beteiligungswert entsprechend erhöht, sodass die einbringende GmbH keine Vermögenseinbuße erleidet.<sup>170</sup> Hingegen verstößt aus Sicht einer übernehmenden AG die *down-stream*-Einbringung von **Vermögen mit** (zB aufgrund **unbarer Entnahmen** der einbringenden AG) **negativem Verkehrswert** ohne Anteilsgewähr gegen § 52 AktG, soweit keine Ausgleichsmaßnahmen ergriffen werden.<sup>171</sup> Selbst wenn der Anteil an einer Kapitalgesellschaft einen negativen Verkehrswert hat, kommt ihm – sofern er nicht mit Verbindlichkeiten, zB offenen Einlageverpflichtungen, verbunden ist – aus Sicht der übernehmenden Gesellschaft nie weniger als ein Wert von 0 zu, weil der Gesellschafter nicht für die Schulden der Kapitalgesellschaft haftet. Die Einbringung eines derartigen Anteils in eine AG kann daher § 52 AktG grds nicht verletzen.<sup>172</sup>

- 181 Wird bei einer Einbringung Vermögen ohne positiven Verkehrswert eingebracht, kann das UmgrStG wegen Fehlens der Voraussetzung des § 12 Abs 1 UmgrStG nicht angewendet werden. Dies ist in der Praxis aber idR unproblematisch, weil die wichtigste steuerliche Begünstigung des UmgrStG – die Buchwertfortführung, dh die Nichtaufdeckung stiller Reserven – diesfalls wohl mangels Vorliegens stiller Reserven gar nicht benötigt wird.<sup>173</sup> Allerdings kann das Fehlen eines positiven Verkehrswerts aus Sicht der übernehmenden GmbH einen Konflikt mit der Kapitalerhaltung oder – falls die Einbringung gegen Gewähr von neu geschaffenen Anteilen erfolgen soll – der Kapitalaufbringung<sup>174</sup> (s 156 ff) bedeuten.

#### f) Alternative Gestaltungsmöglichkeiten

- 182 Eine Einbringung kann auch **gegen Gewährung eigener Aktien** der übernehmenden Gesellschaft oder **gegen Gewährung von bestehenden Aktien an der übernehmenden Gesellschaft** von dritter Seite (**Anteilsverschiebung**) erfolgen (vgl § 19 Abs 2 Z 1 und 2 UmgrStG). Auch in diesem Fall unterbleibt eine Sachgründung bzw eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft.<sup>175</sup>

<sup>170</sup> OGH 26.4.2001, 6 Ob 5/01f; 10.1.2005, 6 Ob 314/04a; 1.10.2008, 6 Ob 132/08t; *Stanek*, Einlagen und Umgründungen im Konzern Rz A87. Ein Vermögenstransfer *down-stream* (an eine direkte oder indirekte Tochtergesellschaft) kann – zumindest bei 100%iger Beteiligung – uE keinen Verstoß gegen § 52 AktG verwirklichen (*Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON § 52 Rz 12, 37, 44, 54; *U. Torggler* in FS Konecny 655; *Karollus*, *ecolex* 2022, 868; *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 126; *Stanek*, Einlagen und Umgründungen im Konzern Rz A88; aA *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 55; *Koppensteiner* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Konzern 67 (71 ff, 81); *Gaggl*, Gläubigerschutz bei Umgründung der GmbH & Co KG 79 ff).

<sup>171</sup> OGH 23.1.2003, 6 Ob 81/02h = RdW 2003/270, 323 (*Ch. Nowotny*) = *ecolex* 2003, 685 (*Konwitschka*) = *J. Reich-Rohrwig/Größ*, *ecolex* 2003, 680; 23.10.2003, 6 Ob 196/03x = *ecolex* 2004, 189 (*Konwitschka*) = *J.P. Gruber*, RdW 2004, 390 = *Ch. Nowotny*, RdW 2004, 392; 1.10.2008, 6 Ob 132/08t; *Steinhart*, RdW 2011, 119 (121); *Ch. Nowotny/Fida*, KapGesR<sup>3</sup> Rz 1/331; *Stanek*, Einlagen und Umgründungen im Konzern Rz A72 ff.

<sup>172</sup> *Steinhart*, RdW 2011, 119 (121 f).

<sup>173</sup> *Steinhart*, RdW 2011, 119 (121); *Hübner-Schwarzinger*, Steuerliche Konsequenzen einer verunglückten Einbringung, SWK 2008, 935 (937).

<sup>174</sup> *Steinhart*, RdW 2011 119 (121 FN 25); *Rohregger* in *Lewisich*, JB Wirtschaftsstrafrecht 2014, 41 (49).

<sup>175</sup> Vgl *H. Foglar-Deinhardstein/Vinazzer*, Kann das EKEG die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital verhindern? ÖBA 2016, 486 (487) mwN.

## D. Haftung des Vorstands

### 1. Haftung nach § 84 AktG

Die Haftung der an einer Einbringung beteiligten Vorstandsmitglieder richtet sich nach der allgemeinen Regelung des § 84 AktG (siehe ausführlich oben Rz 24 ff). Erfolgt die Einbringung im Zuge einer **Sachgründung** oder **Sachkapitalerhöhung**, gelten zusätzlich die speziellen Haftungsbestimmungen zu diesen Vorgängen. 183

Die Vorstandsmitglieder haben insbesondere zu berücksichtigen, ob die Einbringung an sich und die damit einhergehende Vermögensübertragung im Interesse ihrer Gesellschaft liegen und ob die erhaltene Gegenleistung (Anteilsgewähr) angemessen ist. Soll eine Gegenleistung unterbleiben, so erfordert dies eine besondere Rechtfertigung (siehe oben Rz 168 f). Zur Haftungsbefreiung durch HV-Beschluss s schon Rz 174. 184

### 2. Haftung bei einer Sachgründung/Sachkapitalerhöhung

Bei Gründung einer neuen AG gibt es spezifische Regelungen zur Haftung gegenüber der neu gegründeten AG. 185

Nach § 41 AktG haften die Mitglieder des Vorstands einer neuen AG gegenüber der Gesellschaft als Gesamtschuldner für Schäden, die sich aus einer Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht bei der Gründung der AG ergeben. Wie auch bei der Haftung nach § 84 AktG handelt es sich um eine verschuldensabhängige Haftung der Vorstandsmitglieder. Es gilt der Sorgfaltsmaßstab des § 84 AktG.<sup>176</sup> 186

Daneben sehen §§ 39 f AktG auch eine Haftung der Gründer bei der Gründung einer AG vor. Die Gründer als Gesamtschuldner (dh auch die einbringende Gesellschaft als Gründer bei einer Gründung mit Sacheinlagen) haften der neuen AG für die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben (insb auch zu Sacheinlagen; § 39 Abs 1 AktG) und überhaupt auch für vorsätzliche oder grob fahrlässige Schädigung der neuen Gesellschaft durch (Sach-)Einlagen, wie etwa bei überbewerteten Sacheinlagen (§ 39 Abs 2 AktG).<sup>177</sup> Haftet die einbringende AG als Gründer der neu gegründeten AG, so kann hier im Innenverhältnis unter den Voraussetzungen des § 84 AktG ein Ersatzanspruch der einbringenden AG gegen ihre Vorstandsmitglieder bestehen. 187

Nach § 40 Z 2 AktG können auch Dritte (zB einzelne Vorstandsmitglieder eines Gründers) der neu gegründeten AG zum Schadenersatz verpflichtet sein, wenn sie an einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Schädigung der neuen Gesellschaft durch (Sach-)Einlagen wissentlich mitgewirkt haben.<sup>178</sup> 188

Die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder der einbringenden Gesellschaft gegenüber ihrer eigenen Gesellschaft richtet sich auch bei Gründung einer neuen AG nach den allgemeinen Bestimmungen (§ 84 AktG). 189

<sup>176</sup> Siehe ausführlich *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 41 Rz 5 ff; *S.-F. Kraus/Spendel in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 41 Rz 3 ff.

<sup>177</sup> Siehe ausführlich *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 39 Rz 13 ff.

<sup>178</sup> *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 40 Rz 11 f.

- 190 Bei einer *Sachkapitalerhöhung* richtet sich die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder der *übernehmenden Gesellschaft* nach den allgemeinen aktienrechtlichen Bestimmungen zur Verantwortlichkeit des Vorstands (insb § 84 AktG). Die Haftungsbestimmungen zur Gründung einer AG sind nicht anwendbar.<sup>179</sup> Bei Anmeldung der Durchführung einer Kapitalerhöhung zum Firmenbuch haben der Vorstand und der Vorsitzende des Aufsichtsrates die Erklärung abzugeben, wonach die eingebrachten Sacheinlagen in vollem Umfang geleistet wurden sowie sich in der freien Verfügung des Vorstands befinden, und wonach der Wert der eingebrachten Sacheinlagen den Ausgabebetrag der Aktien erreicht (§ 155 Abs 2 iVm § 29 Abs 1 AktG). Für unrichtige Angaben haften die Vorstandsmitglieder in diesem Zusammenhang nach § 84 AktG.<sup>180</sup>
- 191 Für die Vorstandsmitglieder der *einbringenden* Gesellschaft gelten bei einer Sachkapitalerhöhung die allgemeinen Bestimmungen zur Verantwortlichkeit des Vorstands (§ 84 AktG).

### 3. Strafbares Verhalten

- 192 Auch im Rahmen einer Einbringung kann ein Vorstandsmitglied den Straftatbestand des § 163a StGB erfüllen, etwa durch falsche Berichte des Vorstands bei einer Sachgründung, unrichtige Auskünfte in einer Hauptversammlung zur Kapitalerhöhung oder unrichtige Auskünfte an einen Gründungsprüfer (s oben Rz 46 ff).

## V. Spaltung

### A. Charakteristik der Spaltung

- 193 Gemäß § 1 Abs 1 SpaltG können Kapitalgesellschaften – und daher auch AGs – ihr Vermögen spalten. Nach neuer Rechtslage ist die Variante der „Spaltung zur Neugründung“ auch grenzüberschreitend zwischen EU bzw EWR-Gesellschaften möglich (§ 47 EU-UmgrG).
- 194 Das zu spaltende Vermögen geht im Wege der **partiellen Gesamtrechtsnachfolge** von der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende(n) Gesellschaft(en) über. Die im Gegenzug idealtypisch zu gewährenden Anteile an der übernehmenden Gesellschaft gehen – anders als bei der Einbringung – nicht an die übertragende Gesellschaft, sondern an deren Aktionäre. Nach dem Bild des Gesetzes werden also bei der Spaltung die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft grds direkt an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt. Die Spaltung kann aber – und das ist der in der Praxis häufig genützte gesetzliche Ausnahmefall – als *down-stream*-Abspaltung zur Aufnahme so strukturiert werden, dass die gesamte Beteiligung an der übernehmenden (Tochter-)Gesellschaft im Eigentum der übertragenden Gesellschaft bleibt.
- 195 Die Spaltung ermöglicht somit sowohl die **Ausgliederung oder Entflechtung von Unternehmen(stielen)**, die zuvor von einem Rechtsträger gemeinsam gehalten wurden, als auch die **Entflechtung von Aktionärsgruppen**. Daher kommt

<sup>179</sup> Vgl *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 155 Rz 37.

<sup>180</sup> *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 155 Rz 37.

die Spaltung sowohl bei der **Umstrukturierung von Unternehmen(sgruppen)** als auch bei der Durchführung von **Unternehmenserwerben (M&A-Transaktionen)** – häufig auch als vor- oder nachgelagerter Schritt zur eigentlichen Transaktion – zum Einsatz. Die Spaltung kann auch zur Strukturierung einer **Alternative zum klassischen Börsegang (IPO)** verwendet werden, indem die Aktionäre der Muttergesellschaft im Wege einer Abspaltung – mit Anteilsgewähr an die Aktionäre („Gratisaktien“) – direkt an einer bisherigen Tochtergesellschaft beteiligt werden.<sup>181</sup>

## B. Arten der Spaltung

Eine Spaltung ist unter Fortbestand der übertragenden Gesellschaft mit dem nicht abgespaltenen Vermögen – dem „Restvermögen“ – (**Abspaltung**), aber auch unter gleichzeitiger Beendigung der übertragenden Kapitalgesellschaft (**Aufspaltung**) möglich. 196

Bei einer Abspaltung werden nur Vermögensteile der übertragenden Gesellschaft auf eine oder mehrere dadurch neu gegründete Kapitalgesellschaften (**Abspaltung zur Neugründung**) oder auf eine oder mehrere bestehende übernehmende Kapitalgesellschaften (**Abspaltung zur Aufnahme**) übertragen. Die Übertragung von Vermögensteilen bei einer Abspaltung erfolgt gegen Gewährung von Anteilen an der (oder den) übernehmenden Kapitalgesellschaft(en) an die Aktionäre der übertragenden Kapitalgesellschaft (regelmäßig durch Ausgabe neuer Aktien, dh bei einer bereits bestehenden übernehmenden Gesellschaft über eine Kapitalerhöhung). 197

Bei einer Aufspaltung wird das gesamte Vermögen der übertragenden Gesellschaft auf andere dadurch neu gegründete Kapitalgesellschaften (**Aufspaltung zur Neugründung**) oder auf bestehende übernehmende Kapitalgesellschaften (**Aufspaltung zur Aufnahme**) übertragen. 198

Das SpaltG regelt die Spaltung zur Neugründung ausführlich. Die in der Praxis wesentlich häufigere Spaltung zur Aufnahme ist als Ausnahme dazu geregelt, bei der hinsichtlich der Aufnahme des abgespaltenen Vermögens in die übernehmende Gesellschaft auf die Regelungen zur Verschmelzung verwiesen wird (gedanklich kombiniert die Spaltung zur Aufnahme als sog. „**Teilfusion**“ die Spaltung mit der Verschmelzung zur Aufnahme). Die **grenzüberschreitende Spaltung**, welche separat im EU-UmgrG geregelt wird, ist allerdings nur in der Form der „Spaltung zur Neugründung“ möglich. 199

Werden die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft an der übernehmenden Gesellschaft bzw an der oder den neuen Gesellschaften im selben Verhältnis zueinander beteiligt wie an der übertragenden Gesellschaft, so spricht man von einer **verhältnismäßig wahren Spaltung**. Davon unterschieden wird die **nicht-verhältnismäßig wahren Spaltung**, bei der die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft an der übernehmenden bzw der oder den neuen Gesellschaften in einem anderen Verhältnis zueinander beteiligt werden.<sup>182</sup> 200

<sup>181</sup> Vgl. E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2014, 73 (83 FN 137) mwN; LG Wels, 07.11.2005, 29 Fr 3898/05t – „CHRIST WATER TECHNOLOGY AG“.

<sup>182</sup> Napokoj, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 15 ff.

- 201 Sämtliche Kapitalgesellschaften können ihr Vermögen spalten und an einer Spaltung als neue bzw übernehmende Gesellschaft beteiligt sein. Unterscheidet sich die Rechtsform der übertragenden Gesellschaft nicht von jener der übernehmenden Gesellschaft, spricht man von einer **rechtsformwahren**, sonst von einer **rechtsformübergreifenden Spaltung**.<sup>183</sup>
- 202 Bei der nicht verhältnismäßigen, bei der rechtsformübergreifenden und bei der grenzüberschreitenden Spaltung billigt das Gesetz den dissentierenden Anteilseignern der übertragenden Gesellschaft ein zwingendes **Austrittsrecht gegen angemessene Barabfindung** zu (siehe auch noch Rz 207).
- 203 In der Praxis ist die Spaltung zur Aufnahme weit häufiger anzutreffen als die Spaltung zur Neugründung. Das liegt strukturell vor allem daran, dass die Spaltung zur Neugründung einen (aus rechtspraktischer Sicht mit verschiedenen Unsicherheiten belasteten) Gründungsvorgang in sich birgt, während bei der Spaltung zur Aufnahme die übernehmende Gesellschaft entweder ohnedies bereits seit Längerem bestanden hat oder zumindest in einem vorgelagerten Schritt – dh separiert von der eigentlichen Spaltung – gegründet worden ist. Dazu kommt, dass die klassische *down-stream*-Spaltung, bei der das Vermögen **ohne Anteilsgewähr** in eine Tochtergesellschaft der übertragenden Gesellschaft abgespalten wird, nur mittels Spaltung zur Aufnahme (und nicht durch Spaltung zur Neugründung) durchgeführt werden kann. Ein großer Vorteil der (innerstaatlichen) Spaltung zur Neugründung besteht freilich im (bei der Spaltung zur Aufnahme nicht anwendbaren) **Summengrundsatz**, der eine Erleichterung gegenüber allgemeinen den Grundsätzen der Kapitalerhaltung bietet und der übertragenden Gesellschaft im Zuge der Spaltung eine (vereinfachte) Kapitalherabsetzung ermöglicht (siehe auch Rz 213).

## C. Rechte und Pflichten des Vorstands

### 1. Spaltungsplan

- 204 Bei einer (Ab- oder Auf-)Spaltung zur Neugründung hat der Vorstand der übertragenden Gesellschaft zunächst einen **Spaltungsplan** aufzustellen. Dabei sind die zwingenden Regelungen des Spaltungsrechts und der sich aus § 2 SpaltG ergebende gesetzliche Mindestinhalt zu beachten. Innerhalb dieser Vorgaben kann der Vorstand den Inhalt des Spaltungsplanes im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens frei festlegen.<sup>184</sup> Bei der Entscheidung, ob überhaupt eine Spaltung vorbereitet werden soll, hat der Vorstand uE – sofern kein HV-Beschluss vorliegt, der die Spaltung anordnet (siehe Rz 43) – zu berücksichtigen, ob die erforderliche Zustimmung der HV hinreichend wahrscheinlich ist (siehe schon Rz 58).
- 205 Zum Mindestinhalt des Spaltungsplans gehören unter anderem Angaben zu den beteiligten Gesellschaften, der **Spaltungsstichtag** und Regelungen zur Übertragung und **Zuordnung des Vermögens** der übertragenden Gesellschaft.<sup>185</sup> Der

<sup>183</sup> *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 23 ff; zur rechtsformübergreifenden Spaltung unter Beteiligung einer FlexCo vgl *Hartig* in *Wünscher*, FlexKapGG § 9 Rz 146 ff; *H. Foglar-Deinhardstein*, FlexCo und Umgründungen – ein Spannungsfeld, *ecolex* 2024, 512 (516).

<sup>184</sup> *Brix* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 2 SpaltG (Stand 1.10.2019) Rz 101.

<sup>185</sup> Ausführlich zur Transparenz bei der Vermögenszuordnung *Kalss* in FS Doralt 275 (290 ff).

Spaltungsstichtag darf nicht mehr als neun Monate vor der Anmeldung der Spaltung zum Firmenbuch liegen.<sup>186</sup>

Im Spaltungsplan hat der Vorstand das **Umtauschverhältnis** der Aktien, deren Aufteilung auf die Aktionäre und allenfalls die Höhe einer baren Zuzahlung festzulegen. Durch eine Spaltung gibt die übertragende Gesellschaft einen Teil ihres Vermögens ab. Gleichzeitig bedeutet diese Vermögenminderung für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft auch eine Verminderung des Wertes ihrer Beteiligung an dieser Gesellschaft. Die Gegenleistung für die Übertragung eines Vermögensteils durch die übertragende Gesellschaft besteht in Aktien an der übernehmenden Gesellschaft; diese gehen nach dem Konzept des SpaltG nicht an die übertragende Gesellschaft, sondern an deren Aktionäre. Dabei soll jeder Aktionär einer an der Spaltung beteiligten Gesellschaft den Wert seiner bisherigen Beteiligung behalten (**angemessenes Umtauschverhältnis**).<sup>187</sup> Durch den Erhalt von Aktien an der übernehmenden Gesellschaft soll die Wertminderung der Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft ausgeglichen werden. Bei einer verhältnismäßig wahren Spaltung zur Neugründung ist die Festlegung des Umtauschverhältnisses tendenziell unproblematisch, weil diesfalls – unabhängig vom Wert des abgespaltenen Vermögens – ein Umtauschverhältnis von 1:1 angestrebt werden kann. **Bewertungen** können dennoch im Zusammenhang mit der **Gründungsprüfung** der übernehmenden Gesellschaft (s Rz 222 ff) und/oder der Ausnützung des **Summengrundsatzes** (s Rz 213) erforderlich oder zweckmäßig sein.

Bei einer **nicht-verhältnismäßig wahren Spaltung**, bei einer **rechtsformübergreifenden Spaltung** und bei der **grenzüberschreitenden Spaltung** steht den dissentierenden Aktionären ein **Austrittsrecht gegen angemessene Barabfindung** zu; daher hat der Spaltungsplan auch die Bedingungen zur angebotenen Barabfindung zu enthalten, sofern nicht alle Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft schriftlich in gesonderter Erklärung darauf verzichten. Bei diesen Formen der Spaltung sind überstimmte Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft (unter bestimmten Voraussetzungen) berechtigt, gegen Erhalt einer im Spaltungsplan festgelegten, angemessenen Barabfindung aus der Gesellschaft auszutreten (§§ 9, 11 SpaltG, § 57 EU-UmgrG). Die austrittswilligen Aktionäre werden zwar noch entsprechend der beschlossenen Spaltung an den an der Spaltung beteiligten Gesellschaften beteiligt. Gegen Erhalt der Barabfindung geben sie anschließend nach Eintragung der Spaltung ihre Aktien an sämtlichen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (bei einer nicht-verhältnismäßig wahren Spaltung<sup>188</sup> und einer grenzüberschreitenden Spaltung<sup>189</sup>) bzw ihre Anteile an Gesellschaften mit geänderter Rechtsform (bei einer rechtsformübergreifenden Spaltung<sup>190</sup>) ab. Die angebotene

<sup>186</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 2 SpaltG Rz 54.

<sup>187</sup> Napokoj, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 98.

<sup>188</sup> So Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 9 SpaltG Rz 25, 42 f; aA Wartyo in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> Anh § 101: § 9 SpaltG Rz 7.

<sup>189</sup> So A. Gassner/Winner in Talos/Winner, EU-UmgrG § 57 Rz 31, 38; aA wohl Brogyányi/Burian-Kerbl in Rieder/Potyka, EU-UmgrG § 57 Rz 4, 18, 29 („Der Austritt selbst geschieht durch Übertragung der Anteile an der oder den begünstigten Gesellschaft(en) [...]“).

<sup>190</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 11 SpaltG Rz 16, 31; aA Grünwald/Ch. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen (18. Lfg 2018) Art VI UmgrStG Rz 84.

Barabfindung soll dem wirtschaftlichen Wert der aufgegebenen bisherigen Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft entsprechen.<sup>191</sup> Um diese gebotene angemessene Barabfindung ermitteln zu können, wird der Vorstand idR eine entsprechende Unternehmensbewertung vorzunehmen haben.<sup>192</sup>

- 208** Im Spaltungsplan sind weiters die Einzelheiten zur Gewährung von Anteilen an den neuen Gesellschaften anzugeben. Ist bei der übertragenden Gesellschaft eine **Herabsetzung ihres Nennkapitals** vorgesehen, so hat der Vorstand auch die notwendigen Einzelheiten dazu im Spaltungsplan festzulegen. Etwaige besondere Vorteile, die einem Vorstandsmitglied oder einem Mitglied eines Aufsichtsorgans der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften oder einem Prüfer (Abschluss-, Gründungs- oder Spaltungsprüfer) gewährt werden, sind ebenfalls anzugeben.
- 209** Außerdem sind eine **Schlussbilanz** der übertragenden Gesellschaft, Eröffnungsbilanzen aller neuen Gesellschaften und (bei einer Abspaltung zur Neugründung) eine **Spaltungsbilanz** aufzustellen. Unter bestimmten Umständen ist auch die Aufstellung einer Zwischenbilanz erforderlich. Die Schlussbilanz muss auf den **Spaltungsstichtag** ausgestellt sein. Für sie gelten die Vorschriften über den Jahresabschluss und dessen Prüfung. Der Vorstand einer übertragenden AG hat diese Bilanz aufzustellen und von dem Aufsichtsrat feststellen zu lassen. Außerdem ist die Schlussbilanz einer AG einer Prüfung zu unterziehen. Eine Veröffentlichung der Schlussbilanz durch den Vorstand ist aber nicht erforderlich.<sup>193</sup>

## 2. Spaltungs- und Übernahmevertrag

- 210** Bei einer (Ab- oder Auf-)Spaltung zur Aufnahme tritt der **Spaltungs- und Übernahmevertrag** an die Stelle des Spaltungsplans. Dieser Vertrag ist von den Vorständen der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft aufzustellen und bis zur Anmeldung der Spaltung zum Firmenbuch in Form eines Notariatsakts abzuschließen. Die Anforderungen an einen Spaltungsplan gelten sinngemäß auch für den Spaltungs- und Übernahmevertrag. An Stelle der neuen Gesellschaft tritt jeweils die übernehmende Gesellschaft.
- 211** Zur Festlegung eines **angemessenen Umtauschverhältnisses** wird es bei der Spaltung zur Aufnahme idR erforderlich sein, sowohl den Wert des übertragenen Vermögens als auch den Wert der übernehmenden Gesellschaft zu kennen. Zur Festlegung des Umtauschverhältnisses hat der Vorstand jeder spaltungsbeteiligten Gesellschaft deshalb grds eine **Unternehmensbewertung** des übertragenen Vermögens und der übernehmenden Gesellschaft vorzunehmen und die dadurch ermittelten Werte in Relation zu setzen.<sup>194</sup> Aus dem Verhältnis des Werts des übertragenen Vermögens im Vergleich zum Wert der übernehmenden Gesellschaft er-

<sup>191</sup> Vgl. *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 123.

<sup>192</sup> Vgl. *H. Foglar-Deinhardstein*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Unternehmensbewertung in Österreich – Zwischen Klarheits- und Komplexitätsfälle, *GesRZ* 2024, 38 (40, 43 ff); *H. Foglar-Deinhardstein*, Auf den Punkt gebracht? – Aktuelle Überlegungen zum rechtlichen Rahmen für die Unternehmensbewertung, *RWZ* 2024, 252 (253 f).

<sup>193</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 2 SpaltG Rz 69 ff; *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 117 ff.

<sup>194</sup> Vgl. *H. Foglar-Deinhardstein*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Unternehmensbewertung in Österreich – Zwischen Klarheits- und Komplexitätsfälle, *GesRZ* 2024, 38 (40, 43 ff);

gibt sich das im Spaltungsplan anzugebende Umtauschverhältnis der Aktien. Der sog Spitzenausgleich dient dem Ausgleich von Differenz- und Restbeträgen durch **bare Zuzahlungen**.<sup>195</sup> Das festgelegte Umtauschverhältnis kann nämlich naturgemäß zur Folge haben, dass ein Aktionär der übertragenden Gesellschaft überhaupt keine oder zumindest – gemessen an seiner Beteiligungsquote – zu wenige Aktien an der übernehmenden Gesellschaft erhält. Dies ist dann der Fall, wenn der konkrete Aktionär mit seiner Beteiligung das erforderliche Ausmaß an Aktien an der übertragenden Gesellschaft, das die Gewährung einer (zusätzlichen) Aktie an der übernehmenden Gesellschaft auslösen würde, nicht erreicht.

### 3. Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (Verbot der Einlagenrückgewähr) bei der Spaltung

Die für das österreichische Kapitalgesellschaftsrecht charakteristischen Regeln zur **Kapitalaufbringung** und zur **Kapitalerhaltung** sind grundsätzlich auch bei der Spaltung einzuhalten, wobei das Spaltungsrecht gewisse Sonderregelungen trifft. 212

Für die Spaltung zur *Neugründung* formuliert § 3 Abs 1 SpaltG den sogenannten **Summengrundsatz** als Ausnahme zum allgemeinen Verbot der Einlagenrückgewähr, das dem Kapitalerhaltungsrecht entspringt.<sup>196</sup> Nach dem Summengrundsatz müssen nach Durchführung der Spaltung die Summe der Nennkapitalien und der gebundenen Rücklagen der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften mindestens der Höhe des Nennkapitals bzw der gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung entsprechen, wobei gebundene Rücklagen auch aus der übertragenden Gesellschaft in eine übernehmende Gesellschaft übertragen werden dürfen. Im Ergebnis ermöglicht die Spaltung zur Neugründung also eine (allenfalls auch beträchtliche) Reduktion des gebundenen Kapitals der übertragenden Gesellschaft, wobei bei der Abspaltung das Grundkapital der übertragenden Gesellschaft grds ohne Einhaltung der Bestimmungen zur Kapitalherabsetzung (insb Gläubigeraufruf) herabgesetzt werden darf (§ 3 Abs 2 SpaltG). Bei der Spaltung zur Neugründung kommen für die neu zu gründende(n) Gesellschaft(en) die Vorschriften zur **Gründung** – einschließlich der **Kapitalaufbringungskontrolle** – zur Anwendung (§ 3 Abs 3 SpaltG). 213

Während die Kapitalaufbringungskontrolle im Aktienrecht idR nur dann erforderlich ist, wenn neues Grundkapital geschaffen wird (also bei der Gründung und bei der Kapitalerhöhung), ordnet das SpaltG (und auch das EU-UmgrG für die grenzüberschreitende Spaltung) ausnahmsweise bei der *Abspaltung* (zur Neugründung und zur Aufnahme) die **Restvermögensprüfung** an – dabei handelt es sich um eine Kapitalaufbringungskontrolle für die *übertragende* Gesellschaft, bei der naturgemäß im Zuge der Spaltung gar kein neues Nennkapital geschaffen wird. Der Hintergrund dieser Regelung besteht darin, dass bei der Abspaltung die übertragende Gesellschaft Vermögen in die übernehmende Gesellschaft transferiert, 214

*H. Foglar-Deinhardstein*, Auf den Punkt gebracht? – Aktuelle Überlegungen zum rechtlichen Rahmen für die Unternehmensbewertung, RWZ 2024, 252 (252 ff).

<sup>195</sup> *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 99 ff.

<sup>196</sup> Der Summengrundsatz gilt nur für innerstaatliche Spaltungen zur Neugründung, nicht aber für grenzüberschreitende Spaltungen (vgl § 50 Abs 1 EU-UmgrG).

wobei die „Gegenleistung“ in Form von Aktien an der übernehmenden Gesellschaft idealtypisch nicht an die übertragende Gesellschaft, sondern an deren Anteilshaber geht. Durch die Restvermögensprüfung wird sichergestellt, dass das bei der übertragenden Gesellschaft verbleibende Nettoaktivvermögen zumindest noch das gebundene Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft deckt und somit das Vermögen der übertragenden Gesellschaft durch die Spaltung nicht in unzulässiger Weise geschmälert wird (§ 3 Abs 4 SpaltG) (s sogleich bei Rz 219).

- 215** Die für die Zulässigkeit der Verschmelzung aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr entwickelten Grundregeln (s Rz 75 ff) gelten auch für die **Abspaltung zur Aufnahme** *down-stream* oder *side-stream*, wenn dabei negatives Vermögen auf eine übernehmende GmbH übertragen wird.<sup>197</sup>
- 216** Weiters liegt ein Verstoß gegen § 52 AktG vor, wenn ein Aktionär der spaltenden AG selbst eine Kapitalgesellschaft ist und dieser Aktionär **zu Gunsten einer Obergesellschaft auf die Anteilsgewähr** an der übernehmenden Gesellschaft **verzichtet** und dafür keinen Wertausgleich erhält (zB Spaltung aus der Enkelin in die Großmutter, zwischen Cousinen oder aus der Nichte in die Tante).<sup>198</sup>
- 217** Wie das verschmelzungsrechtliche Verbot der **Kapitalentsperrung** – eine AG mit höherem gebundenem Eigenkapital (Nennkapital plus gebundene Rücklagen) darf ohne Ausgleichsmaßnahmen nicht auf eine AG mit niedrigerem gebundenem Eigenkapital verschmolzen werden – (s Rz 77) auf die Spaltung zur Aufnahme umzulegen ist, ist in Literatur und Firmenbuchpraxis umstritten. In der Praxis wird die Kapitalentsperrung bei der Spaltung häufig als irrelevant erachtet. Nach einem Vorschlag in der Literatur<sup>199</sup> genügt es, wenn die Summe von (a) gebundenem Kapital der übertragenden Gesellschaft nach Spaltung und (b) gebundenem Kapital der übernehmenden Gesellschaft nach Spaltung nicht niedriger ist als das gebundene Kapital der übertragenden Gesellschaft vor Spaltung. Nach anderer Meinung<sup>200</sup> darf das gebundene Eigenkapital der übernehmenden GmbH nicht niedriger sein als das gebundene Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung; ist dies dennoch der Fall, habe eine Kapitalherabsetzung der übertragenden Gesellschaft zu erfolgen, oder die übernehmende Gesellschaft müsse eine gebundene Rücklage zur Auffüllung der Differenz zum gebundenen Kapital der übertragenden Gesellschaft nach Spaltung bilden. UE ist diese Auffassung insofern zu streng, als sie – sofern die gesamte Differenz als gebundene Rücklage bilanziert werden muss – auch zu einem Bilanzverlust oder sogar einem negativen Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft führen kann. Daher muss uE keinesfalls mehr als das nach der Spaltung vorhandene ungebundene Kapital in die gebundene Rücklage eingestellt werden; allenfalls freilich weniger, sofern dies zur Überbrückung der Differenz auf das gebundene Kapital der übertragenden Gesellschaft ausreicht. Ins-

<sup>197</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 12 SpaltG Rz 32; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 17 f.

<sup>198</sup> *J. Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 221, 230, 329 ff; *Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein*, Internationale Umstrukturierungen, GesRZ 2010, 328 (330) mwN.

<sup>199</sup> *Eckert in Althuber/Schopper*, HB Unternehmenskauf & Due Diligence<sup>2</sup> Rz 59; ähnlich *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 17 SpaltG Rz 103, 106 ff; *J. Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 329 FN 1506, 333.

<sup>200</sup> *Auer*, Gläubigerschutz bei Vermögensbewegungen *down-stream* 236.

gesamt ist uE ohnedies die Ansicht, die nur auf das Vorhandensein der Summe des vor der Spaltung vorhandenen gebundenen Kapitals abstellt, überzeugender, weil dies den Anforderungen entspricht, die bei einer Zerlegung der Transaktion in eine Spaltung zur Neugründung mit unmittelbar nachfolgender Verschmelzung der neu gegründeten Gesellschaft auf die letztlich übernehmende Gesellschaft gelten würden.<sup>201</sup>

#### 4. Spaltungsbericht durch den Vorstand

Gem § 4 SpaltG hat der Vorstand der *übertragenden* Gesellschaft einen schriftlichen **Spaltungsbericht** zu erstatten, in dem die Spaltung, der Spaltungsplan (der Spaltungs- und Übernahmevertrag) und insbesondere das Umtauschverhältnis der Anteile (einschließlich allfälliger barer Zuzahlungen) sowie deren Aufteilung auf die Aktionäre rechtlich und wirtschaftlich ausführlich erläutert und begründet werden. Dieser Spaltungsbericht des Vorstands ist bei der verhältnismäßigen Spaltung zur Neugründung nicht erforderlich (§ 16a AktG); bei anderen Spaltungen zur Neugründung dann nicht, wenn alle Aktionäre darauf verzichten. Bei der Spaltung *zur Aufnahme* hat auch der Vorstand der *übernehmenden* Gesellschaft gem § 17 Z 5 SpaltG einen Spaltungsbericht zu erstellen. Sind mehrere Gesellschaften beteiligt (mehrere übernehmende Gesellschaften, Spaltung zur Aufnahme), ist auch die Erstellung eines **gemeinsamen Berichts** zulässig.<sup>202</sup> Möglich ist auch, dass einige Gesellschaften einen gemeinsamen Bericht erstatten und andere einen gesonderten.<sup>203</sup> Bei der Spaltung *zur Aufnahme* setzt der wirksame **Verzicht auf die Spaltungsberichte** bei Beteiligung einer AG stets die Zustimmung aller Gesellschafter (Aktionäre) von sämtlichen beteiligten Gesellschaften voraus.<sup>204</sup> Bei einer grenzüberschreitenden Spaltung dient der Bericht des Vorstands gemäß § 51 iVm § 11 EU-UmgrG auch dem Schutz von Arbeitnehmern. Ein Verzicht auf den gesamten Bericht durch die Aktionäre ist deshalb bei einer grenzüberschreitenden Spaltung nicht möglich, wohl aber ein Verzicht auf den sie betreffenden Abschnitt des Spaltungsberichts.<sup>205</sup>

#### 5. Restvermögensprüfung durch den Vorstand

Nach § 3 Abs 4 SpaltG bzw § 50 Abs 2 EU-UmgrG ist bei jeder *Abspaltung* (zur Neugründung oder zur Aufnahme) zu prüfen, ob der tatsächliche Wert des verbliebenen Nettoaktivvermögens der übertragenden Gesellschaft wenigstens der Höhe ihres Nennkapitals zuzüglich gebundener Rücklagen nach Durchführung der Spaltung entspricht (**Restvermögensprüfung**) (s Rz 214). Diese Prüfung hat grds nach den Bestimmungen über die Gründungsprüfung einer Aktiengesellschaft zu erfolgen und ist vom Vorstand und vom Aufsichtsrat der übertragenden

<sup>201</sup> So überzeugend *Eckert in Althuber/Schopper*, HB Unternehmenskauf & Due Diligence<sup>2</sup> Rz 59. Zustimmung *H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 145.

<sup>202</sup> *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 132.

<sup>203</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 4 SpaltG Rz 7 ff.

<sup>204</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 4 SpaltG Rz 28.

<sup>205</sup> *Obradović/Demian in Talos/Winner*, EU-UmgrG § 51 Rz 14 ff; bei einer Ausgliederung iSd § 47 Z 5 EU-UmgrG ist kein Spaltungsbericht erforderlich.

Gesellschaft durchzuführen. Zusätzlich hat auch ein gerichtlich zu bestellender externer Restvermögensprüfer einen Restvermögensprüfbericht zu erstatten.

- 220 Zum Zweck der Restvermögensprüfung hat der Vorstand der übertragenden Gesellschaft den Spaltungsplan (den Spaltungs- und Übernahmevertrag) samt den angeschlossenen Bilanzen zu prüfen und die verbleibenden Vermögenswerte nach ihrem wahren Wert (nicht dem Buchwert) zu bewerten.<sup>206</sup>
- 221 Ein Verzicht auf die dem Gläubigerschutz dienende Restvermögensprüfung des Vorstands ist nicht zulässig. Ein eigener formaler Prüfbericht des Vorstands der übertragenden Gesellschaft ist aber nicht erforderlich,<sup>207</sup> zumal dem Firmenbuchgericht ohnedies der Bericht des gerichtlich bestellten Restvermögensprüfers vorzulegen ist.

### 6. Gründungsprüfung durch den Vorstand

- 222 Bei einer Spaltung *zur Neugründung* gelten für die Gründung einer neuen Gesellschaft die für deren Rechtsform geltenden **Gründungsvorschriften** (§ 3 Abs 3 SpaltG, § 65 Abs 2 EU-UmgrG). Der Hergang der Gründung der neuen Gesellschaft ist dabei einer Prüfung zu unterziehen, wofür die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Gründungsprüfung sinngemäß anzuwenden sind. Als alleiniger Gründer ist die übertragende Gesellschaft anzusehen (§ 3 Abs 4 SpaltG), obwohl diese nicht Aktionärin der neuen Gesellschaft wird. Der jeweilige Aufsichtsrat einer übernehmenden Gesellschaft ist daher von der übertragenden Gesellschaft – vertreten durch den Vorstand – zu bestellen.<sup>208</sup> Der erste Aufsichtsrat der übernehmenden Gesellschaft bestellt deren **ersten Vorstand**.<sup>209</sup>
- 223 Der gem § 24 AktG vorgeschriebene **Gründungsbericht** der Gründer (bei der Spaltung: der übertragenden Gesellschaft) entfällt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (§ 3 Abs 4 SpaltG, § 65 Abs 2 EU-UmgrG).<sup>210</sup> Hingegen ist je ein **Gründungsprüfungsbericht** von Vorstand und Aufsichtsrat der *übernehmenden* Gesellschaft und eines gerichtlich bestellten Sachverständigen erforderlich.<sup>211</sup> Insbesondere umfasst dies die Prüfung, ob die **Gründungs- und Kapitalaufbringungsvorschriften** des AktG, aber auch die spaltungsspezifischen **Kapitalerhaltungsvorschriften (insb Summengrundsatz)** eingehalten werden. Aus Sicht einer übernehmenden (neuen) Gesellschaft ist die Spaltung als Sacheinlage anzusehen. Dementsprechend ist im Rahmen der Gründungsprüfung insbesondere eine **Sacheinlageprüfung** vorzunehmen (vgl §§ 20 und 25 AktG). Ein Verzicht auf die Gründungsprüfung durch den Vorstand bzw auf dessen Bericht ist nicht zulässig.
- 224 Keine Gründungsprüfung gibt es naturgemäß bei einer Spaltung *zur Aufnahme*. Eine Spaltung zur Aufnahme kann aber mit einer Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft einhergehen. Dies erfordert eine eigene **Prüfung der Kapi-**

<sup>206</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 3 SpaltG Rz 50; *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 138.

<sup>207</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 3 SpaltG Rz 50; *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 139 f.

<sup>208</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 3 SpaltG Rz 33, 36.

<sup>209</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 3 SpaltG Rz 36.

<sup>210</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 3 SpaltG Rz 34, 37.

<sup>211</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 3 SpaltG Rz 34.

**talerhöhung durch einen gerichtlich bestellten Prüfer** (§ 17 Z 3a SpaltG). Eine eigene Prüfung der Kapitalerhöhung (mit Sacheinlagen) durch den Vorstand ist jedoch nicht erforderlich (§ 17 Z 3a SpaltG verweist nicht auf § 25 Abs 1 AktG).<sup>212</sup>

## 7. Mitwirkung an der Prüfung der Spaltung

Neben dem Vorstand hat der **Aufsichtsrat** der *übertragenden* Gesellschaft die beabsichtigte Spaltung zu prüfen (§ 6 SpaltG, § 53 iVm § 13 EU-UmgrG). Bei einer Spaltung zur Aufnahme ist auch eine Prüfung des Aufsichtsrats der *übernehmenden* Gesellschaft erforderlich. Bei schriftlicher Zustimmung aller jeweiligen Aktionäre kann auf diese Prüfungen verzichtet werden. Die Prüfung durch den Aufsichtsrat entfällt auch bei einer verhältnismäßigen (innerstaatlichen) Spaltung zur Neugründung (§ 16a SpaltG). 225

Bei Entfall der Prüfung durch den Aufsichtsrat ist der Vorstand der jeweiligen Gesellschaft verpflichtet, den Aufsichtsrat unverzüglich über die geplante Spaltung zu informieren, gegebenenfalls auch über die voraussichtlichen Auswirkungen für die Arbeitnehmer (§ 6 Abs 2 SpaltG, § 53 iVm § 13 EU-UmgrG).<sup>213</sup> 226

Neben den Prüfungen durch Vorstand und Aufsichtsrat verlangt das SpaltG auch **Prüfungen durch externe Sachverständige**. Im Einzelnen sind dies die Spaltungsprüfung (§ 5 SpaltG, § 52 EU-UmgrG), die **Restvermögensprüfung** bei einer Abspaltung (§ 3 Abs 4 SpaltG, § 50 Abs 2 EU-UmgrG), die **Gründungsprüfung** bei einer Spaltung zur Neugründung (§ 3 Abs 4 SpaltG, § 65 Abs 2 EU-UmgrG) und die **Prüfung der Kapitalerhöhung** bei einer Spaltung zur Aufnahme mit Erhöhung des Nennkapitals der übernehmenden Gesellschaft (§ 17 Z 3a SpaltG). Bis auf den Spaltungsprüfer werden sämtliche externe Prüfer gerichtlich bestellt.<sup>214</sup> Dazu ist stets ein **Antrag des jeweiligen Vorstands** erforderlich. 227

Der Spaltungsprüfer ist gemäß § 5 Abs 2 SpaltG (iVm § 12 Abs 3 iVm § 52 Abs 3 EU-UmgrG) vom Aufsichtsrat der übertragenden Gesellschaft zu bestellen. Ist kein Aufsichtsrat bestellt, so ist er vom Vorstand der übertragenden Gesellschaft zu bestellen. Bei der Spaltung *zur Neugründung* wird nur die übertragende Gesellschaft geprüft. Im Fall der Spaltung *zur Aufnahme* hat nicht nur die übertragende Gesellschaft eine Prüfung durchzuführen, sondern es gelten für die übernehmende Gesellschaft gem § 17 Z 5 SpaltG die verschmelzungsrechtlichen Prüfungsbestimmungen. Ein **gemeinsamer Spaltungsprüfer** für übertragende und übernehmende Gesellschaft ist auf gemeinsamen Antrag der Aufsichtsräte durch das Gericht der übernehmenden Gesellschaft zu bestellen.<sup>215</sup> Bei schriftlicher Zustimmung aller jeweiligen Aktionäre kann auf die Prüfung der Spaltung durch einen externen Spaltungsprüfer verzichtet werden (§ 5 Abs 6 SpaltG).<sup>216</sup> Diese 228

<sup>212</sup> *Brix in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 17 SpaltG (Stand 1.10.2019) Rz 33 f.

<sup>213</sup> *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 136.

<sup>214</sup> Während für die Bestellung eines Restvermögens- bzw Gründungsprüfers das für die übertragende Gesellschaft zuständige Gericht zuständig ist, ist das für die übernehmende Gesellschaft zuständige Gericht für die Bestellung des Kapitalerhöhungsprüfers zuständig (vgl *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 148, 150).

<sup>215</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 5 SpaltG Rz 4.

<sup>216</sup> Vgl (tw abweichend) zur grenzüberschreitenden Spaltung § 52 Abs 3 iVm § 12 Abs 4 EU-UmgrG.

Prüfung entfällt auch bei einer (innerstaatlichen) verhältnismäßigen Spaltung zur Neugründung (§ 16a SpaltG).

- 229 Alle gerichtlich zu bestellenden Prüfer können jeweils auch Spaltungsprüfer sein (vgl §§ 3 Abs 4 3. Satz und 17 Z 3a letzter Satz SpaltG sowie § 50 Abs 2 EU-UmgrG).

### 8. Vorbereitung der Hauptversammlung

- 230 Eine Spaltung erfordert grds die **Zustimmung der Hauptversammlung** der übertragenden Gesellschaft; bei der Spaltung zur Aufnahme ist grds auch die Zustimmung der Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft notwendig (Ausnahme siehe sogleich Rz 236 f).
- 231 Der Vorstand der übertragenden Gesellschaft hat den Spaltungsplan nach Prüfung durch den Aufsichtsrat **mindestens einen Monat vor der Beschlussfassung durch die HV** bei Gericht einzureichen und diese Einreichung durch Hinweis in den Bekanntmachungsblättern der Gesellschaft zu veröffentlichen (§ 7 Abs 1 SpaltG). Bei der Spaltung zur Aufnahme treffen die Einreichungs- und **Veröffentlichungspflichten** hinsichtlich des (Entwurfs des) Spaltungs- und Übernahmevertrags die Vorstände aller beteiligten Gesellschaften (§ 221a AktG). Die Einreichung bei Gericht und die korrespondierende Veröffentlichung können unterbleiben, wenn der Spaltungsplan/der Spaltungs- und Übernahmevertrag samt entsprechendem Hinweis alternativ in der elektronischen Ediktsdatei veröffentlicht wird (§ 7 Abs 1a SpaltG). In jedem Fall hat die jeweilige Veröffentlichung spätestens einen Monat vor dem Tag der Hauptversammlung zu erfolgen, die über die Zustimmung zur Spaltung beschließen soll.<sup>217</sup> Bei der grenzüberschreitenden Spaltung ist gemäß § 55 iVm § 15 EU-UmgrG zwingend eine Einreichung beim zuständigen Firmenbuchgericht erforderlich.
- 232 Mindestens während eines Monats vor dem Tag einer über die Spaltung beschließenden Hauptversammlung sind auch diverse Unterlagen (insb Spaltungsplan/Spaltungs- und Übernahmevertrag, Spaltungsbericht, Bericht des Aufsichtsrates, Bericht des Spaltungsprüfers, Jahresabschlüsse, Bilanzen) gemäß § 108 Abs 3 bis 5 AktG bereitzustellen (Auflage am Sitz der Gesellschaft bzw Veröffentlichung auf der im Firmenbuch eingetragenen Internetseite).<sup>218</sup>
- 233 Soweit ein Hauptversammlungsbeschluss einer der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften erforderlich ist (siehe sogleich unten), hat der Vorstand dieser Gesellschaft diese Hauptversammlung ordnungsgemäß einzuberufen.<sup>219</sup>
- 234 Für eine Spaltung *zur Neugründung* ist in jedem Fall eine Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft erforderlich, welche über die Spaltung beschließt. Bei der neu entstehenden neuen Gesellschaft ist kein Spaltungsbeschluss auf AktionärsEbene erforderlich,<sup>220</sup> zumal die übertragende Gesellschaft gemäß gesetzlicher Anordnung als Gründerin der übernehmenden Gesellschaft agiert.

<sup>217</sup> *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 152 ff.

<sup>218</sup> *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 156 ff.

<sup>219</sup> Zu den tw abweichenden Regelungen für die grenzüberschreitende Spaltung vgl § 54 iVm § 14 Abs 1 EU-UmgrG.

<sup>220</sup> *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 172.

Für eine Spaltung *zur Aufnahme* müssen grds sowohl die übertragende als auch die übernehmende Gesellschaft je einen Spaltungsbeschluss im Rahmen einer Hauptversammlung fassen, sofern nicht eine Hauptversammlung ausnahmsweise unterbleiben kann (siehe sogleich).<sup>221</sup> 235

Bei einer Spaltung zur Aufnahme kann die Hauptversammlung bei der *übertragenden* Gesellschaft nur bei einer 100%-*up-stream*-Spaltung unterbleiben (§ 17 Z 7 SpaltG). 236

Die Beschlussfassung durch die Hauptversammlung der *übernehmenden* Gesellschaft kann bei einer Spaltung zur Aufnahme dann unterbleiben, wenn die Voraussetzungen des § 231 Abs 1 AktG erfüllt sind (90% des Grundkapitals der übertragenden Gesellschaft befinden sich (direkt oder indirekt) in der Hand der übernehmenden Gesellschaft [Spaltung auf den Haupt- bzw Alleingesellschafter] oder die zu gewährenden Aktien übersteigen nicht 10% des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft [insb *side-stream*- oder *down-stream*-Spaltung]). Jedenfalls erforderlich ist eine Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft aber dann, wenn ihr Grundkapital erhöht werden soll. 237

**Verzichtet** der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft zulässigerweise auf die Einholung eines Hauptversammlungsbeschlusses, so können Anteilsinhaber, deren Anteile zusammen 5% des Grundkapitals erreichen, bis zum Ablauf eines Monats nach der Beschlussfassung der Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft die Einberufung einer Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft zur Fassung eines Spaltungsbeschlusses verlangen. 238

## 9. Hauptversammlung – Änderungen des Spaltungs- und Übernahmungsvertrags

In einer Hauptversammlung, die über eine Spaltung beschließt, sind die Unterlagen aufzulegen, die zuvor während zumindest eines Monats bereitzustellen waren. Außerdem hat der **Vorstand** den Spaltungsplan (bzw Spaltungs- und Übernahmungsvertrag) zu erläutern und die Aktionäre über etwaige zwischen der Aufstellung des Spaltungsplans und der Beschlussfassung eingetretene wesentliche Veränderungen der Vermögens- oder Ertragslage der Gesellschaft zu informieren. Die HV hat dem Spaltungsplan (bzw Spaltungs- und Übernahmungsvertrag) durch Beschluss zuzustimmen oder diesen abzulehnen. Für **Änderungen am Spaltungsplan bzw am Spaltungs- und Übernahmungsvertrag** bedarf sie uE der Zustimmung des Vorstands<sup>222</sup> (s im Detail zur Verschmelzung bei Rz 105). 239

Ab Beschlussfassung in der HV ist der Vorstand grundsätzlich an den Spaltungsplan bzw Spaltungs- und Übernahmungsvertrag in der beschlossenen Fassung gebunden.<sup>223</sup> **Redaktionelle Korrekturen des Spaltungsplans bzw des Spaltungs- und Übernahmungsvertrags** dürfen vom Vorstand zwar auch nach Beschluss 240

<sup>221</sup> *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 172 ff.

<sup>222</sup> *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 92; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. A Rz 18; **aA** zur Verschmelzung *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 220 AktG Rz 10.

<sup>223</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 2 SpaltG Rz 15.

der HV vorgenommen werden.<sup>224</sup> Weitergehende – dh inhaltliche – Änderungen erfordern aber eine erneute Befassung der HV.<sup>225</sup> Ob auch die vorbereitenden Informationspflichten und die allenfalls erforderliche Prüfung der Spaltung wiederholt werden müssen, ist eine Frage des Einzelfalls.<sup>226</sup>

### 10. Anmeldung zum Firmenbuch

- 241** Bei der Spaltung *zur Neugründung* haben sämtliche Vorstandsmitglieder der übertragenden Gesellschaft und aller neuen Gesellschaften die Spaltung zur Eintragung ins Firmenbuch bei dem Gericht am Sitz der übernehmenden Gesellschaft anzumelden und die dazu erforderlichen Beilagen vorzulegen (§ 12 Abs 1 SpaltG).
- 242** Eine Spaltung *zur Aufnahme* ist getrennt von sämtlichen Vorstandsmitgliedern der übertragenden Gesellschaft und vom Vorstand (in vertretungsbefugter Anzahl) der übernehmenden Gesellschaft zur Eintragung ins Firmenbuch anzumelden (§ 17 Z 6 SpaltG). Diese Anmeldungen sind jeweils beim für die betroffene Gesellschaft zuständigen Gericht einzubringen. Mit der Anmeldung bei der übernehmenden Gesellschaft ist auch die Anmeldung einer etwaigen Kapitalerhöhung zu verbinden.
- 243** Gegebenenfalls ist vom Vorstand der jeweiligen Gesellschaften auch eine Erklärung abzugeben, wonach eine Klage auf Anfechtung bzw Feststellung der Nichtigkeit des Spaltungsbeschlusses innerhalb eines Monats nach Beschlussfassung gar nicht erhoben oder zumindest zurückgezogen worden ist, oder wonach alle Aktionäre auf Erhebung einer solchen Klage (in formwirksamer Weise) verzichtet haben (**Negativerklärung** gemäß § 12 Abs 2 SpaltG). Bei Entfall der Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft ist vom Vorstand dieser Gesellschaft bei der Anmeldung zum Firmenbuch eine Erklärung abzugeben, wonach die Anteilsinhaber der übernehmenden Gesellschaft ihr Recht, die Beschlussfassung durch die Hauptversammlung zu verlangen, nicht ausgeübt haben oder darauf verzichtet haben (§ 17 Z 5 SpaltG iVm §§ 225 Abs 2 und 231 Abs 3 AktG).

## D. Haftung des Vorstands

- 244** § 84 AktG enthält eine allgemeine Regelung zur Verantwortlichkeit des Vorstands bei sorgloser Geschäftsführung. Bei Spaltungsvorgängen sind für die beteiligten Vorstände aber zusätzlich auch bestimmte besondere Haftungsbestimmungen (§ 3 Abs 5 SpaltG; § 41 AktG; § 229 AktG; § 5 EU-UmgrG) einschlägig.

### 1. Spaltung zur Neugründung

- 245** Bei der (innerstaatlichen) Spaltung zur Neugründung **haften** nach § 3 Abs 5 SpaltG die **Mitglieder des Vorstands** der *übertragenden* Gesellschaft **allen beteiligten Gesellschaften** in sinngemäßer Anwendung des § 41 AktG (Haftung bei Gründung einer AG). Vorstandsmitglieder, die bei der Spaltung zur Neugründung

<sup>224</sup> *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 92.

<sup>225</sup> Vgl *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 220 Rz 24; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung V. A Rz 18.

<sup>226</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 2 SpaltG Rz 15; *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 92.

ihre gebotenen Sorgfaltspflicht außer Acht lassen, sind demnach sämtlichen beteiligten Gesellschaften zum Ersatz des diesen entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet.

Voraussetzung für eine Haftung eines Vorstandsmitglieds der übertragenden Gesellschaft nach § 3 Abs 5 SpaltG ist zunächst jeweils die Eintragung der Spaltung in das Firmenbuch und der Eintritt eines Schadens bei einer der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (übertragende Gesellschaft und/oder neue Gesellschaften). Der Schaden muss durch eine Verletzung der Sorgfaltspflichten durch das Vorstandsmitglied im Zuge der Spaltung adäquat verursacht worden sein. Typische Sorgfaltspflichtverletzungen sind etwa unvollständige Prüfungen des Vorstands, unvollständige oder unrichtige Prüfberichte, Fehler bei Aufstellung oder gesetzwidriger Inhalt des Spaltungsplans.<sup>227</sup> 246

Die Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds muss zumindest (leicht) fahrlässig erfolgt sein (verschuldensabhängige Haftung). Dabei gilt der Haftungsmaßstab des § 84 AktG (s ausführlich Rz 25 f).<sup>228</sup> Der Hauptversammlungsbeschluss zur Spaltung schließt eine Haftung des Vorstands der übertragenden Gesellschaft nicht aus (s Rz 28 ff).<sup>229</sup> 247

Unter denselben Voraussetzungen **haften** nach § 3 Abs 5 SpaltG sämtliche **Mitglieder des Vorstands** der *übertragenden* Gesellschaft bei schuldhafter Sorgfaltspflichtverletzung **auch allen Aktionären aller beteiligten Gesellschaften** für den Ersatz eines Schadens, den diese dadurch bei der Spaltung erleiden (**Außenhaftung**). Die Haftung besteht unabhängig davon, ob die übertragende Gesellschaft bei der Spaltung zur Neugründung untergeht (Aufspaltung) oder nach der Spaltung fortbesteht (Abspaltung). Die Aktionäre können aber nur solch einen eigenen Schaden geltend machen, der über den Schaden der Gesellschaft hinausgeht.<sup>230</sup> 248

§ 3 Abs 5 SpaltG stellt keine unmittelbare Haftungsgrundlage für Schäden dar, die **Gläubiger** im Zuge einer Spaltung erleiden.<sup>231</sup> Unter den Voraussetzungen des § 84 Abs 5 AktG kommt aber eine Geltendmachung der Ansprüche der übertragenden Gesellschaft gegen ihre Vorstandsmitglieder durch ihre Gläubiger in Betracht.<sup>232</sup> 249

Ansprüche gegen Mitglieder des Vorstands gemäß § 3 Abs 5 SpaltG **verjähren fünf Jahre** ab dem Tag, an dem die Eintragung der Spaltung in das Firmenbuch gemäß § 10 UGB als bekannt gemacht gilt. 250

Vorstandsmitglieder einer *übernehmenden* Gesellschaft haften bei der Spaltung **zur Neugründung** nicht nach § 3 Abs 5 SpaltG, weil sie nicht an der Spal- 251

<sup>227</sup> *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 222.

<sup>228</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 3 SpaltG Rz 53.

<sup>229</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 3 SpaltG Rz 53; *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 222; *Grünwald/Ch. Nowotny* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen II (18. Lfg) zu Art VI UmgrStG Rz 81.

<sup>230</sup> *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 222; *R. Perner/P. Schörghofer*, Haftung von Vorstand/Geschäftsführung und Aufsichtsrat bei Spaltungen, Aufsichtsrat aktuell 2013, H 1, 9 (10).

<sup>231</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 3 SpaltG Rz 53; *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 222.

<sup>232</sup> Vgl *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 41 Rz 14.

tung selbst mitwirken. Denkbar ist aber eine Haftung gegenüber ihrer eigenen Gesellschaft nach § 41 AktG (Haftung bei Gründung) bzw nach § 84 AktG (allgemeine Haftung für sorgfaltswidrige Geschäftsführung).<sup>233</sup> Bei einer *grenzüberschreitenden Spaltung* haften gemäß § 5 EU-UmgrG die Vorstandsmitglieder einer an der grenzüberschreitenden Spaltung beteiligten inländischen Gesellschaft gegenüber *dieser* Gesellschaft und auch gegenüber deren Aktionären für durch eine Pflichtverletzung bei der Spaltung begründete Schäden. Anders als nach § 3 Abs 5 SpaltG ist bei einer grenzüberschreitenden Spaltung daher auch eine Haftung der Vorstandsmitglieder der übernehmenden (neuen) Gesellschaft nach § 5 EU-UmgrG möglich, anspruchsberechtigt ist aber jeweils nur jene Gesellschaft, deren Vorstandsmitglied der Verpflichtete ist, sowie allenfalls deren Aktionäre. Im Übrigen gleicht die Regelung des § 5 EU-UmgrG jedoch weitgehend der Bestimmung des § 3 Abs 5 SpaltG und den darin normierten Haftungsvoraussetzungen (s Rz 245 ff).<sup>234</sup>

## 2. Spaltung zur Aufnahme

- 252** Für die **Vorstandsmitglieder** der *übertragenden* Gesellschaft gilt auch bei einer Spaltung zur Aufnahme § 3 Abs 5 SpaltG sinngemäß (siehe oben Rz 245 ff). Unter den oben angeführten Voraussetzungen **haften** sie demnach **der übertragenden Gesellschaft und der übernehmenden Gesellschaft sowie deren jeweiligen Aktionären**.<sup>235</sup>
- 253** Die Haftung der **Vorstandsmitglieder** der *übernehmenden* Gesellschaft richtet sich hingegen nach dem Verschmelzungsrecht (§ 17 Z 5 SpaltG iVm § 229 AktG). Sie haften deshalb nach der allgemeinen Regelung des Aktienrechts (§ 84 AktG) nur für Schäden der übernehmenden Gesellschaft, nicht aber für Schäden der übertragenden Gesellschaft. Gemäß § 17 Z 5 SpaltG iVm § 229 AktG gilt dieselbe fünfjährige Verjährungsfrist wie bei § 3 Abs 5 SpaltG (näher siehe Rz 130, 250).
- 254** Einen eigenständigen Schadenersatzanspruch der Aktionäre der *übernehmenden* Gesellschaft (oder gar von deren Gläubiger) gegen Vorstandsmitglieder der übernehmenden Gesellschaft gibt es nicht (soweit sie nicht einen eigenständigen Schaden erleiden, der über den mittelbar auch sie treffenden Schaden der Gesellschaft [Reflexschaden] hinausgeht).<sup>236</sup>

## 3. Haftung nach § 84 AktG

- 255** Neben den spaltungsrechtlichen Sonderregelungen können Vorstandsmitglieder auch nach der allgemeinen Regelung des § 84 AktG für sorglose Geschäfts-

<sup>233</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 3 SpaltG Rz 53 ff; *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 222; *R. Perner/Schörghofer*, Aufsichtsrat aktuell 2013, H 1, 10.

<sup>234</sup> Vgl *Rericha/J. Strimitzer* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG § 5 Rz 3, 4 ff, 9.

<sup>235</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 17 SpaltG Rz 145, § 3 SpaltG Rz 53; **aA** *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 223.

<sup>236</sup> *Schörghofer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 229 Rz 4; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 229 AktG Rz 5, 7, § 17 SpaltG Rz 146; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III<sup>6</sup> § 229 AktG Rz 2; **aA** *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung<sup>2</sup> 223.

führung haften. Die Eintragung einer Spaltung in das Firmenbuch ist dazu nicht erforderlich. Zu den Haftungsvoraussetzungen siehe ausführlich oben Rz 24 ff.

#### 4. Strafbares Verhalten

Im Zuge einer Spaltung kann vorsätzlich falsche oder unvollständige Information des Vorstands (etwa in der HV oder gegenüber einem Prüfer) den Straftatbestand des § 163a StGB erfüllen (s ausführlich oben Rz 46 ff). 256

### VI. Squeeze-out

#### A. Charakteristik des Squeeze-out

Nach den Regeln des GesAusG kann die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft – auf entsprechendes Verlangen des Hauptaktionärs – die **Übertragung der Aktien der übrigen Aktionäre auf den Hauptaktionär** beschließen. Im Ergebnis wird dadurch der Ausschluss der Minderheitsaktionäre aus der AG („squeeze-out“) bewirkt. 257

**Hauptaktionär** ist, wem zum Zeitpunkt der Beschlussfassung<sup>237</sup> Aktien im Ausmaß von **zumindest 90% des Grundkapitals** gehören. 258

Der Bestand und das Vermögen der betroffenen Zielgesellschaft werden durch den Gesellschafterausschluss für sich genommen nicht berührt, weil sich der Squeeze-out durch Übertragung von Aktien auf Aktionärs ebene verwirklicht. Der Squeeze-out ist daher keine Umgründung ieS (s Rz 2 f). Nichtsdestotrotz kommen dem **Vorstand der vom Squeeze-out betroffenen Gesellschaft** aufgrund gesetzlicher Anordnung wesentliche Aufgaben bei der Durchführung des Gesellschafterausschlusses zu. Während das Wohl des Unternehmens von dem Gesellschafterausschluss *per se* idR nicht berührt wird, hat der Vorstand bei einem Gesellschafterausschluss besonders die Interessen der Aktionäre im Auge zu behalten und dabei uE vor allem auch die Interessen der auszuschließenden Minderheitsaktionäre zu berücksichtigen, zumal diese den Gesellschafterausschluss grds nicht verhindern können. 259

#### B. Arten des Squeeze-out

Die §§ 1 ff GesAusG regeln den **gesellschaftsrechtlichen Squeeze-out**, § 7 GesAusG regelt den **übernahmerechtlichen Squeeze-out**. Der *gesellschaftsrechtliche* Squeeze-out kann bei sämtlichen Aktiengesellschaften (und SEs sowie GmbHs und FlexCos) durchgeführt werden; hingegen ist der *übernahmerechtliche* Squeeze-out nur bei börsennotierten Zielgesellschaften – und zwar nur im Gefolge der Einleitung eines vorgelagerten Übernahmeverfahrens – zulässig. Für eine börsennotierte Zielgesellschaft sind grundsätzlich beide Varianten möglich; es besteht Wahlfreiheit des Hauptaktionärs, nach welchem der beiden Regelwerke das Ausschlussverfahren umgesetzt werden soll.<sup>238</sup> 260

<sup>237</sup> OGH 31.1.2013, 6 Ob 210/12v – „Austrian Airlines II“ = GesRZ 2013, 162 (H. Foglar-Deinhardstein).

<sup>238</sup> *Kalss* in MünchKomm AktG V<sup>6</sup> § 7 GesAusG Rz 4 mwN; *Zollner* in *Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 7 GesAusG Rz 2; *Hlawati/Glas/H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger*, GesRZ 2016, 29.

- 261 Sowohl die **Definition des Hauptaktionärs** als auch die **Preisbildungsregeln** für die angemessene Barabfindung sind in den §§ 1 ff und § 7 GesAusG unterschiedlich geregelt.

### C. Rechte und Pflichten des Vorstands

- 262 Nach § 1 Abs 1 GesAusG kann die Hauptversammlung einer AG auf Verlangen des Hauptgesellschafters beschließen, die Aktien der übrigen Aktionäre **gegen Gewährung einer angemessenen Barabfindung** auf den Hauptgesellschafter zu übertragen. Die übrigen Aktionäre werden dadurch aus der Zielgesellschaft ausgeschlossen, müssen aber eine angemessene Barabfindung erhalten.
- 263 Sofern die Satzung der AG nicht eine höhere Beteiligung verlangt, ist beim *gesellschaftsrechtlichen* Squeeze-out (s Rz 260) Hauptgesellschafter derjenige Aktionär, der zumindest Aktien im Ausmaß von 90% des Grundkapitals hält (§ 1 Abs 2 GesAusG). **Eigene Aktien** sind gem § 1 GesAusG für die Berechnung der 90%-Schwelle vom Gesamtnennkapital abzuziehen. Aktien, die von einem mit dem Hauptgesellschafter **verbundenen Unternehmen** gehalten werden, gelten als von dem Hauptgesellschafter gehalten, soweit die Unternehmensverbindung in dem letzten Jahr vor der Beschlussfassung über den Gesellschafterausschluss durchgehend bestand.<sup>239</sup> Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist jeweils der Zeitpunkt der Beschlussfassung der Hauptversammlung über den Gesellschafterausschluss.<sup>240</sup>

#### 1. Verlangen des Hauptgesellschafters

- 264 Anders als bei den Umgründungen ieS setzt ein Gesellschafterausschluss gemäß gesetzlicher Anordnung zunächst jedenfalls ein explizites diesbezügliches **Verlangen des Hauptaktionärs** einer AG voraus (vgl § 1 Abs 1 GesAusG). Das Verlangen des Hauptgesellschafters kann formlos sein und ist an die betroffene Zielgesellschaft zu Händen des Vorstands zu richten.<sup>241</sup> Ist der Hauptgesellschafter selbst eine AG, wird dieser bei Abgabe des Verlangens – nach Einholung aller erforderlichen Zustimmungen, insb des Aufsichtsrats – durch den **Vorstand des Hauptgesellschafters** vertreten. Zu Dokumentationszwecken empfiehlt sich in jedem Fall ein schriftliches Verlangen, dessen Zustellung an die Zielgesellschaft ebenfalls dokumentiert werden sollte. Aus Sicht der Zielgesellschaft genügt es, wenn das Verlangen des Aktionärs gegenüber einem einzelnen Vorstandsmitglied erklärt wird. Bei mehreren Verlangen ist das zuerst erfolgte Verlangen zu befolgen.<sup>242</sup>

<sup>239</sup> Näher dazu *Kalss* in MünchKomm AktG V<sup>6</sup> § 1 GesAusG Rz 26 ff; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 163 f und 408; *Warto* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> Anh § 76 Rz 7; *Ch. Nowotny*, Wertpapierleihe – ein Weg zum partiellen Squeeze-out? RdW 2009, 509; *Dorda/Babinek*, Minderheiten- und Sonderrechte des GmbH-Gesellschafters bei der Umstrukturierung, in *GedS Gruson* 93 (103).

<sup>240</sup> *Kalss* in MünchKomm AktG V<sup>6</sup> § 1 GesAusG Rz 14 f; vgl OGH 31.1.2013, 6 Ob 210/12v – „*Austrian Airlines II*“ = GesRZ 2013, 162 (*H. Foglar-Deinhardstein*).

<sup>241</sup> *Kalss* in MünchKomm AktG V<sup>6</sup> § 1 GesAusG Rz 11.

<sup>242</sup> Mehrere Hauptaktionäre, die konkurrierend einen Gesellschafterausschluss verlangen könnten, sind nur im Falle verbundener Unternehmen denkbar, wenn deren Aktien bei der Be-

Ist der verlangende Aktionär mangels **Erreichen der Beteiligungsschwelle** im Zeitpunkt seines Verlangens (noch) nicht als Hauptgesellschafter anzusehen, hat der Vorstand der Zielgesellschaft eine konkrete Begründung dafür zu verlangen, weshalb davon auszugehen ist, dass dieser Aktionär zum Zeitpunkt der Beschlussfassung Hauptgesellschafter iSd GesAusG sein wird. Außerdem ist die Abgabe einer Erklärung zu verlangen, mit der sich der verlangende Aktionär verpflichtet, die der Zielgesellschaft verursachten Kosten zu übernehmen, falls er die erforderliche Beteiligungsschwelle dennoch nicht erreicht. Werden diese Anforderungen von dem verlangenden Aktionär nicht erfüllt, kann der Vorstand der betroffenen Aktiengesellschaft entscheiden, dem Verlangen auf Durchführung eines Gesellschafterausschlusses nicht nachzukommen.<sup>243</sup> 265

Ansonsten wird durch das Verlangen des Hauptaktionärs grds die **Verpflichtung des Vorstands** ausgelöst, im Rahmen des gesetzlichen Regelwerks – insb durch Erstellung des Gemeinsamen Berichts, durch Einberufung der Hauptversammlung und durch Abwicklung des Firmenbuchverfahrens – **an der Vorbereitung und Durchführung des Squeeze-out mitzuwirken**, und zwar ohne darauf abzustellen, ob der Gesellschafterausschluss nach dem Ermessen des Vorstands auch im Interesse des Unternehmens gelegen ist.<sup>244</sup> Anderes mag uE im – praktisch unwahrscheinlichen – Fall gelten, dass der Zielgesellschaft aus dem Squeeze-out ein Schaden droht. 266

## 2. Gemeinsamer Bericht

Zur Vorbereitung der Beschlussfassung über den Gesellschafterausschluss in der HV haben der **Vorstand der betroffenen Gesellschaft** und der **Hauptaktionär (dieser wiederum vertreten durch seinen Vorstand)**<sup>245</sup> zusammen einen **Gemeinsamen Bericht zum geplanten Gesellschafterausschluss** zu erstellen. Darin müssen die Voraussetzungen für den Gesellschafterausschluss und die **Angemessenheit der vom Hauptgesellschafter angebotenen Barabfindung** erläutert und begründet werden. 267

Im Gemeinsamen Bericht ist den Minderheitsaktionären zu erklären, dass ihnen eine angemessene Barabfindung nach den Bestimmungen des GesAusG zusteht, und dass sie nach Beschlussfassung über den Gesellschafterausschluss und Eintragung ins Firmenbuch einen **Antrag auf Überprüfung dieser Barabfindung** stellen können. 268

Damit der Gemeinsame Bericht den gesetzlichen Anforderungen genügt, ist zuvor eine **Bewertung der betroffenen Gesellschaft bzw von deren Aktien** durchzuführen, um eine angemessene zu Barabfindung ermitteln. Maßgeblich für die Angemessenheit ist der (zukünftige) Wert im Zeitpunkt der Beschlussfassung über 269

---

rechnung der Squeeze-out-Schwelle wechselseitig zugerechnet werden (*Kalss* in MünchKomm AktG V<sup>6</sup> § 1 GesAusG Rz 11, 21).

<sup>243</sup> Vgl *Kalss*, in MünchKomm AktG V<sup>6</sup> § 1 GesAusG Rz 15; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 115 – jeweils mwN.

<sup>244</sup> *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 141, 286.

<sup>245</sup> In der Praxis holt der Vorstand des Hauptaktionärs häufig eine gestaffelte Zustimmung des Aufsichtsrats des Hauptaktionärs ein: im ersten Schritt zum Squeeze-out-Vorhaben an sich und im zweiten Schritt zur Festlegung der Barabfindung im Gemeinsamen Bericht.

den Gesellschafterausschluss.<sup>246</sup> Die Erläuterungen zur Angemessenheit der Barabfindung im Gemeinsamen Bericht müssen aussagekräftig, nachvollziehbar und plausibilisierbar sein.<sup>247</sup> Dazu sind auch die angewandten Bewertungsmethoden zu erläutern. Bei der Berichterstellung ist es die zentrale Aufgabe des Vorstands der Zielgesellschaft, die zur Bewertung notwendigen Informationen und Daten zur Zielgesellschaft bereitzustellen. Auf Grundlage dieser Informationen kann dann die Zielgesellschaft vom Vorstand gemeinsam mit dem Hauptaktionär bewertet werden, um darauf aufbauend die angemessene Barabfindung der auszuschließenden Aktionäre zu ermitteln.

- 270** Angaben, die der Gesellschaft, dem Hauptgesellschafter oder anderen verbundenen Unternehmen bei vernünftiger Beurteilung erheblichen Nachteil zufügen können oder deren Erteilung strafbar wäre, müssen im Gemeinsamen Bericht erlaubterweise unterbleiben (§ 3 Abs 1 GesAusG iVm § 118 Abs 3 AktG).
- 271** Bei der Zielgesellschaft ist auch bei einer Ressortverteilung der **Gesamtvorstand** zur Mitwirkung am Gemeinsamen Bericht verpflichtet. Bei einem Hauptaktionär mit Ressortverteilung ist der Gesamtvorstand nur dann zur Mitwirkung am Gemeinsamen Bericht zuständig, wenn es sich aufgrund besonderer Umstände bei dem Squeeze-out um eine Maßnahme von grundlegender Bedeutung handelt.<sup>248</sup> Zur Unterzeichnung des Gemeinsamen Berichts genügen jeweils Vorstandsmitglieder in vertretungsbefugter Anzahl.
- 272** Bei **Verzicht sämtlicher Aktionäre** kann der Gemeinsame Bericht zum Gesellschafterausschluss unterbleiben (§ 3 Abs 10 GesAusG).

### 3. Verbot der Einlagenrückgewähr beim Squeeze-out

- 273** Beim Squeeze-out muss die den Minderheitsaktionären geschuldete **angemessene Barabfindung** entsprechend der ausdrücklichen Anordnung von § 2 Abs 1 GesAusG vom Hauptaktionär gewährt werden. Tragen die betroffene Aktiengesellschaft selbst oder ein anderes, als Kapitalgesellschaft organisiertes Tochterunternehmen des Hauptaktionärs die Barabfindung, verstößt dies gegen § 2 Abs 1 GesAusG und kann damit im Ergebnis auch § 52 AktG (Verbot der Einlagenrückgewähr) verletzen.<sup>249</sup>
- 274** Die Finanzierung der Barabfindung durch die Zielgesellschaft kann aber zulässig sein, wenn sie über ausreichend **freie Mittel** verfügt, die durch Dividendenbeschluss an den Hauptgesellschafter ausgeschüttet werden.<sup>250</sup>
- 275** Hat der Hauptgesellschafter den Squeeze-out fremdfinanziert, sind auch die Überlegungen zum **Leveraged Buy-out (LBO)** (s Kapitel 30 Rz 7) u zum **Debt-**

<sup>246</sup> Näher *H. Foglar-Deinhardstein*, Auf den Punkt gebracht? – Aktuelle Überlegungen zum rechtlichen Rahmen für die Unternehmensbewertung, RWZ 2024, 252 (253 ff); *H. Foglar-Deinhardstein*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Unternehmensbewertung in Österreich – Zwischen Klarheits- und Komplexitätsfälle, GesRZ 2024, 38 (41 ff).

<sup>247</sup> *Kalss* in MünchKomm AktG V<sup>6</sup> § 3 GesAusG Rz 9.

<sup>248</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 3 GesAusG Rz 5.

<sup>249</sup> *Kalss* in MünchKomm AktG V<sup>6</sup> § 2 GesAusG Rz 8; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 185 ff; *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG<sup>2</sup> § 81 Rz 36.

<sup>250</sup> *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 187.

**push-down Merger** (s Kapitel 30 Rz 20) zu beachten. Ähnliche Problematiken können sich ergeben, wenn der Hauptaktionär noch einem **Nachprüfungsverfahren** gem § 6 Abs 2 GesAusG iVm § 225c ff AktG ausgesetzt und somit weiterhin potentieller Schuldner einer Nachzahlung auf die Barabfindung ist.

#### 4. Mitwirkung an der Prüfung des Squeeze-out

In einem **gemeinsamen Antrag an das** für den Sitz der Zielgesellschaft zuständige **Firmenbuchgericht** haben der Aufsichtsrat der Zielgesellschaft und der Hauptaktionär (vertreten durch seinen Vorstand) die **Bestellung eines sachverständigen Prüfers** zu beantragen (§ 3 Abs 2 GesAusG). Der sodann vom Gericht ausgewählte und bestellte Prüfer hat die Richtigkeit des Gemeinsamen Berichts des Vorstands der Zielgesellschaft und des Hauptgesellschafters sowie die **Ange messenheit der Barabfindung** zu prüfen und darüber einen Bericht zu erstatten. 276

Die Vorstände der Zielgesellschaft und des Hauptaktionärs sind dem sachverständigen Prüfer zur **Auskunftserteilung** verpflichtet. Bestehen **Geheimhaltungsinteressen** im Sinne von § 118 Abs 3 AktG, ist von dem Bericht des sachverständigen Prüfers eine eigene Fassung zur Einsicht der Aktionäre zu erstellen, welche die sensiblen Informationen nicht enthält. 277

Bei einer Aktiengesellschaft hat auch der **Aufsichtsrat** der Zielgesellschaft den Gesellschafterausschluss auf Grundlage des Berichts des sachverständigen Prüfers und des gemeinsamen Berichts des Vorstands und des Hauptgesellschafters zu prüfen und darüber einen Bericht zu verfassen.<sup>251</sup> 278

Sowohl die Prüfung durch den Sachverständigen als auch die Prüfung durch den Aufsichtsrat können unterbleiben, wenn sämtliche Aktionäre der Zielgesellschaft schriftlich bzw in der Niederschrift zur HV darauf **verzichten** (§ 3 Abs 10 GesAusG). 279

#### 5. Vorbereitung der Hauptversammlung

Ein Squeeze-out gem §§ 1 ff oder gem § 7 GesAusG erfordert jedenfalls (ausnahmslos) die **Zustimmung der Hauptversammlung** der betroffenen Gesellschaft und zusätzlich auch die ausdrückliche **Zustimmung des Hauptaktionärs**. 280

**Mindestens einen Monat vor der Hauptversammlung** über den Gesellschafterausschluss hat der Vorstand der Zielgesellschaft einen Hinweis auf die geplante Beschlussfassung in der Wiener Zeitung (und sonstigen Bekanntmachungsblättern dieser Gesellschaft) zu veröffentlichen. Dabei ist auf die bereitzustellenden Unterlagen und die damit verbundenen Rechte der Aktionäre hinzuweisen (§ 3 Abs 4 GesAusG). Eine elektronische Veröffentlichung in der Ediktsdatei als Alternative ist nicht zulässig. 281

Mindestens einen Monat vor der Hauptversammlung sind von der Zielgesellschaft außerdem diverse Unterlagen zur Einsicht aufzulegen bzw im Internet zugänglich zu machen (§ 3 Abs 5 GesAusG). Auch diese Bereitstellung liegt in der Verantwortung des Vorstands. Dies sind insb der Entwurf des Beschlussantrags über den Gesellschafterausschluss, der Gemeinsame Bericht von Vorstand und 282

<sup>251</sup> OGH 25.04.2019, 6 Ob 209/18f = GesRZ 2019, 358 (*Deutsch*) = EvBI-LS 2019/124 (*Rohrer*).

Hauptgesellschafter, die Berichte des Sachverständigen und des Aufsichtsrates, etwaige Gutachten, Jahresabschlüsse und Lageberichte.

- 283** Schließlich hat der Vorstand der Zielgesellschaft parallel dazu auch eine **Hauptversammlung** zur Beschlussfassung über den Gesellschafterausschluss ordnungsgemäß **einzubrufen**. Sinnvollerweise erfolgen Hinweis auf den Squeeze-out und Einberufung der Hauptversammlung in einer gemeinsamen Veröffentlichung.
- 284** Die Veröffentlichung des Hinweises und die Bereitstellung der Unterlagen können bei Verzicht aller Aktionäre unterbleiben (§ 3 Abs 10 GesAusG).<sup>252</sup> Davon unberührt bleiben die generellen Anforderungen für die Einberufung einer HV.

### 6. Hauptversammlung

- 285** In der Hauptversammlung selbst sind die Unterlagen aufzulegen, die zuvor während eines Monats bereitzustellen waren. Außerdem haben der **Vorstand** der Zielgesellschaft und der Hauptaktionär (idR vertreten durch seinen **Vorstand**) ihren Gemeinsamen Bericht zu erläutern und über wesentliche Änderungen der Vermögens- oder Ertragslage der Zielgesellschaft oder der Pläne des Hauptgesellschafters zu informieren (§ 3 Abs 7 GesAusG). Das Auskunftsrecht der Aktionäre in der HV erstreckt sich auch auf wesentliche Angelegenheiten des Hauptaktionärs (§ 3 Abs 8 GesAusG).
- 286** Auch die Einhaltung dieser Bestimmungen kann bei Verzicht sämtlicher Aktionäre unterbleiben (§ 3 Abs 10 GesAusG). Im Übrigen kommen die allgemeinen Bestimmungen über die Abhaltung und den Ablauf einer HV zur Anwendung.
- 287** Eine (allenfalls bedingte) **Erhöhung der Barabfindung** ist auch in der HV möglich, soweit die Bestimmungen zu Anträgen in der HV beachtet werden und keine verbotene Einlagenrückgewähr verwirklicht wird.<sup>253</sup> Eine **nachträgliche Herabsetzung der angebotenen Barabfindung** ist hingegen ohne erneute Vorbereitung (neue Berichte, erneute Bereitstellung von Unterlagen, neuer Fristenlauf etc) einer eigenen HV nicht möglich.<sup>254</sup>
- 288** Nach § 4 Abs 1 GesAusG bedarf der Beschluss über den Gesellschafterausschluss einer (einfachen) Mehrheit der abgegebenen Stimmen in der HV. Außerdem ist die **Zustimmung des Hauptgesellschafters** erforderlich. In der Satzung der Zielgesellschaft können eine höhere Mehrheit und zusätzliche Erfordernisse vorgesehen werden.

### 7. Anmeldung zum Firmenbuch

- 289** Der Beschluss über den Gesellschafterausschluss ist gemäß § 5 Abs 1 GesAusG vom **Vorstand der Zielgesellschaft** zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden; die dazu erforderlichen Beilagen sind vorzulegen.
- 290** In diesem Zusammenhang hat der Vorstand dieser Gesellschaft auch eine Erklärung abzugeben, wonach eine Klage auf Anfechtung, Feststellung der Nichtig-

<sup>252</sup> Vgl *Kalss* in MünchKomm AktGV<sup>6</sup> § 3 GesAusG Rz 52.

<sup>253</sup> *Hlawati/Glas/H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger*, GesRZ 2016, 32; *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, HB Gesellschafterstreit Rz 11/144, 11/181 mwN.

<sup>254</sup> *Kalss* in MünchKomm AktGV<sup>6</sup> § 3 GesAusG Rz 43; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 331; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 3 GesAusG Rz 43.

keit oder Nichtigerklärung des HV-Beschlusses über den Gesellschafterausschluss innerhalb der dafür vorgesehenen Frist von einem Monat nicht erhoben oder zurückgezogen wurde oder wonach alle Aktionäre durch notariell beurkundete Erklärung auf Erhebung einer solchen Klage verzichtet haben (**Negativklärung** gemäß § 5 Abs 2 GesAusG).

Mit Eintragung des Beschlusses über den Gesellschafterausschluss werden **291** alle Aktien der übrigen Aktionäre automatisch auf den Hauptgesellschafter übertragen. Im Gegenzug erhalten die ausgeschlossenen Aktionäre einen **Anspruch auf die angemessene Barabfindung**. Die Aktien der ausgeschlossenen Aktionäre stellen ab diesem Zeitpunkt nur mehr einen verbrieften Anspruch auf die Barabfindung dar.

Ist die Höhe der beschlossenen Barabfindung nicht angemessen, stellt dies **292** keinen Grund für eine **Anfechtung** des Beschlusses über den Gesellschafterausschluss dar.<sup>255</sup> Zur **Überprüfung der Höhe der Barabfindung** kann nur binnen eines Monats ab Bekanntmachung der Eintragung des Gesellschafterausschlusses gemäß § 10 UGB ein Antrag auf Überprüfung der Barabfindung durch das Gericht gestellt werden (§ 6 GesAusG).

### 8. Zahlung der Barabfindung

Die Barabfindung an die ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre ist vom **293** **Hauptaktionär** zu gewähren. Dieser kann zwar einen Dritten namhaft machen, der die Barabfindung leistet. Der Hauptaktionär ist aber weiterhin zur Gewährung der Barabfindung verpflichtet, falls der Dritte nicht leistet.

Die Barabfindung ist spätestens 2 Monate nach dem Tag, an dem die Eintragung des Gesellschafterausschlusses gemäß § 10 UGB als bekannt gemacht gilt, **294** zur Auszahlung an die ausgeschlossenen Aktionäre fällig. Für den Zeitraum ab dem Tag der Beschlussfassung über den Gesellschafterausschluss ist die Barabfindung mit 2% über dem Basiszinssatz p.a. zu verzinsen. Ab Fälligkeit bis zur Zahlung sind Zinsen in Höhe von 4% (§ 1000 ABGB) geschuldet;<sup>256</sup> § 456 UGB ist nicht anwendbar.<sup>257</sup> Ferner hat der Hauptgesellschafter die Kosten der Durchführung des Gesellschafterausschlusses inkl der Auszahlung der Barabfindung zu tragen.

Nach § 2 Abs 3 GesAusG hat der Hauptaktionär – sofern nicht alle Aktionäre **295** darauf verzichten (§ 3 Abs 10 GesAusG) – zur Absicherung der Auszahlung der Barabfindung einen **Treuhänder** zu bestellen, bei dem er die Barabfindung vor Einberufung der HV zum Gesellschafterausschluss zu hinterlegen hat. Alternativ dazu kann dem Treuhänder auch eine Bankgarantie übergeben werden, die den Anforderungen des § 2 Abs 3 GesAusG zu genügen hat. Der **Vorstand des Hauptaktionärs** hat dafür Sorge zu tragen, dass diese Verpflichtung erfüllt wird.

<sup>255</sup> OGH 31.1.2013, 6 Ob 210/12v – „Austrian Airlines II“ = GesRZ 2013, 162 (H. Foglar-Deinhardstein); Hlawati/Glas/H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2016, 30 f.

<sup>256</sup> OGH 12. 5. 2021, 6 Ob 246/20z = GesRZ 2021, 241 (H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger; Vanovac/Löffler) = ZFR 2021/244 (Hubcheva) = Ruffler, GesRZ 2021, 209; 2.2.2022, 6 Ob 148/21i - BWT = ZFR 2022, 348 (S.-F. Kraus) = H. Foglar-Deinhardstein, ecolex 2022, 377 = GesRZ 2022, 236 (Deutsch).

<sup>257</sup> H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher, NZ 2022, 165 (175).

- 296 Der Beschluss über den Gesellschafterausschluss darf nur dann in das Firmenbuch eingetragen werden, wenn dem Gericht eine Anzeige des Treuhänders vorliegt, wonach er über die gesamte Barabfindung bzw eine entsprechende Bankgarantie verfügt. Der Hauptgesellschafter hat zu veranlassen, dass die Barabfindung nach Eintragung des Gesellschafterausschlusses in das Firmenbuch bei Fälligkeit an die anspruchsberechtigten ausgeschlossenen Aktionäre ausbezahlt wird.
- 297 Kommt es zu einer Erhöhung der auszahlenden Barabfindung aufgrund eines **gerichtlichen Überprüfungsverfahrens**, so ist auch diese Zuzahlung ab dem Tag des HV Beschlusses zum Gesellschafterausschluss zu verzinsen und 2 Monate nach Bekanntmachung der Eintragung des Gesellschafterausschlusses fällig.<sup>258</sup>

## D. Haftung des Vorstands

### 1. Haftung nach § 84 AktG

- 298 Das GesAusG sieht keine spezifische Haftungsbestimmung für Vorstandsmitglieder vor, die an einem Gesellschafterausschluss beteiligt sind. Es gilt demnach die allgemeine Regelung des § 84 AktG zur Vorstandsverantwortlichkeit für sorglose Geschäftsführung. Bei einem Verstoß gegen diese Sorgfaltspflicht droht eine Haftung gegenüber der jeweiligen Gesellschaft für verursachte Schäden (s ausführlich zu den einzelnen Haftungsvoraussetzungen Rz 24 ff).
- 299 Eine Haftung eines Vorstandsmitglieds nach § 84 AktG erfordert den Eintritt eines Schadens bei der jeweiligen Gesellschaft. Aus Sicht der vom **Gesellschafterausschluss betroffenen Zielgesellschaft** ist solch ein Schaden am ehesten vorstellbar, wenn durch sorglose Handlungen schuldhaft Mehrkosten verursacht werden. Der bloße Gesellschafterausschluss an sich hat aber keine Auswirkungen auf die Vermögenssituation der Zielgesellschaft.<sup>259</sup> Außerdem befreit uE die zwingend erforderliche Zustimmung der Hauptversammlung zum Squeeze-out die Vorstandsmitglieder der Zielgesellschaft grds von einer möglichen Schadenersatzpflicht (§ 84 Abs 4 AktG; siehe schon Rz 32). Eine analoge Anwendung von § 227 Abs 1 letzter Halbsatz AktG (s Rz 30) ist uE nicht geboten,<sup>260</sup> zumal der Squeeze-out auf der AktionärsEbene stattfindet und weder in die Vermögenssituation noch in den Bestand der Zielgesellschaft eingreift.
- 300 Beim **Hauptaktionär** besteht ein größeres Potential für haftungsbegründende Fehlentscheidungen des Vorstands. So könnten etwa die Durchführung des Gesellschafterausschlusses an sich, eine ungenügende **Due Diligence-Prüfung** (s Rz 22), die Bewertung der betroffenen Gesellschaft, die Berechnung der Barabfindung oder ein leichtfertig in Kauf genommenes Überprüfungsverfahren Schäden für den Hauptaktionär nach sich ziehen. Bei Verursachung durch sorglose Geschäftsführung kann dies zu einer Haftung der Vorstandsmitglieder des Hauptaktionärs führen.

<sup>258</sup> *Kalss* in MünchKomm AktG V<sup>6</sup> § 6 GesAusG Rz 28.

<sup>259</sup> Vgl *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 489.

<sup>260</sup> Vgl *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 491.

## 2. Außenhaftung des Vorstands der Zielgesellschaft gegenüber Aktionären?

Eine Außenhaftung des Vorstands der vom Squeeze-out der betroffenen Gesellschaft gegenüber dem Hauptaktionär ist denkbar, wenn der Vorstand seine **Mitwirkungspflicht** (s Rz 266) verletzt.<sup>261</sup> 301

Die Schädigung der ausgeschlossenen Aktionäre (zB wegen zu geringer Barabfindung) stellt idR keinen Schaden für die vom Gesellschafterausschluss betroffene Zielgesellschaft dar. Werden die Minderheitsaktionäre durch den Gesellschafterausschluss geschädigt, so ist ein **direkter Ersatzanspruch dieser gegen die Vorstandsmitglieder** der Zielgesellschaft nur vorstellbar, wenn ein Schutzgesetz zugunsten der Minderheitsaktionäre von den Vorstandsmitgliedern verletzt wurde und der Schaden der Minderheitsaktionäre dadurch verursacht wurde. In der Literatur werden die Informations- und Berichtspflichten des GesAusG als Schutzgesetze zugunsten der auszuschließenden Aktionäre angesehen.<sup>262</sup> 302

Auch der Hauptaktionär ist Adressat der Informations- und Berichtspflichten des GesAusG. Bei einer Verletzung dieser Bestimmungen durch den Hauptaktionär, die einen Schaden für die ausgeschlossenen Aktionäre nach sich zieht, kommen daher auch **Schadenersatzansprüche der Minderheitsaktionäre gegen den Hauptaktionär** in Betracht.<sup>263</sup> Wurde eine solche Ersatzpflicht des Hauptgesellschafters durch sorgloses Handeln seiner eigenen Vorstandsmitglieder begründet, so können diese wiederum dem Hauptaktionär für den ihm daraus erwachsenen Schaden nach § 84 AktG haften. 303

Minderheitsaktionäre, die einen Schadenersatzanspruch gegen den Vorstand der Zielgesellschaft oder den Hauptaktionär haben, trifft freilich eine **Schadensminderungsobliegenheit** dahingehend, dass sie ihre Ansprüche – soweit möglich – primär im **Nachprüfungsverfahren** gem § 6 Abs 2 GesAusG iVm § 225c ff AktG verfolgen müssen.<sup>264</sup> Somit ist in der Praxis der wichtigste verbleibende Anwendungsfall für diese Schadenersatzansprüche wohl die **missbräuchliche Herbeiführung der Squeeze-out-Voraussetzungen**.<sup>265</sup> 304

## 3. Strafbares Verhalten

Falsche oder unvollständige Information durch ein beteiligtes Vorstandsmitglied im Rahmen eines Squeeze-out kann den Straftatbestand des § 163a StGB erfüllen. In Betracht kommen etwa unvollständige Informationen an den sach- 305

<sup>261</sup> Gall/Potyka/Winner, Squeeze-out Rz 492.

<sup>262</sup> Kalss in MünchKomm AktG V<sup>6</sup> § 6 GesAusG Rz 34; Gall/Potyka/Winner, Squeeze-out Rz 490.

<sup>263</sup> Kalss in MünchKomm AktG V<sup>6</sup> § 6 GesAusG Rz 35; Gall/Potyka/Winner, Squeeze-out Rz 496.

<sup>264</sup> Kalss in MünchKomm AktG V<sup>6</sup> § 6 GesAusG Rz 34 FN 90, Rz 35; Gall/Potyka/Winner, Squeeze-out Rz 498; H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2023, 331.

<sup>265</sup> Kalss in MünchKomm AktG V<sup>6</sup> § 6 GesAusG Rz 35; näher zur missbräuchlichen Herbeiführung der Squeeze-out-Voraussetzungen OGH 23.04.2020, 6 Ob 56/20h – „BWT“ = GesRZ 2020, 356 (H. Foglar-Deinhardstein) = ZFR 2020, 512 (Gassner); 22.06.2022, 6 Ob 92/22f = EvBl-LS 2022/116 (Painsi) = H. Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2022, 911 = GesRZ 2022, 378 (Diregger); Hlawati/Glas/H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2016, 29 (34 FN 42) mwN.

verständigen Prüfer, falsche Auskünfte in der HV oder ein falscher gemeinsamer Bericht. Zu den genauen Voraussetzungen siehe Rz 46 ff.

## VII. Fazit

- 306** Umgründungen sind gesellschaftsrechtliche Vorgänge, bei denen bestehende unternehmerische Erscheinungsformen eine Form- oder Strukturveränderung erfahren. Ein derartiger Vorgang berührt die Interessen der betroffenen Gesellschaft selbst und auch die Interessen ihrer Aktionäre, ihrer Gläubiger und ihrer Arbeitnehmer.
- 307** Durchläuft eine Aktiengesellschaft eine Umgründung, liegt zwar die Letztentscheidung idR bei der Hauptversammlung. Dennoch weisen die anwendbaren gesetzlichen Regelungen bei der Vorbereitung und Umsetzung der Umgründung dem **Vorstand** eine **Schlüsselrolle** zu. Dies gilt für die klassischen Umgründungsformen – **Verschmelzung, Einbringung** und **Spaltung** – ebenso wie für den **Squeeze-out** und den **Management Buy-out (MBO)** (s Kapitel 30).
- 308** Der Vorstand steuert die Umgründung idR in zwanglosem Gleichklang mit den Interessen der Aktionärsmehrheit. Zusätzlich und ergänzend ist dem Vorstand vom Gesetz die besondere **Wahrung der Interessen** jener Gruppen aufgetragen, die die Umgründung grds nicht verhindern können, nämlich **der Minderheitsaktionäre, der Gläubiger und der Arbeitnehmer**.
- 309** Um die **Informationsasymmetrie**, die die schutzwürdigen Interessengruppen strukturell benachteiligt, auszugleichen, setzt das Gesetz primär auf vom Vorstand zu wahrende **Transparenz**. Verletzungen dieser Transparenzpflichten können in erster Linie durch **Anfechtungsklagen der Aktionäre** und/oder im **Firmenbuchverfahren** aufgegriffen werden; in gravierenden Fällen drohen für den Vorstand auch **Haftungsfolgen** oder sogar **strafrechtliche Konsequenzen**.
- 310** Der Vorstand ist für die ihn treffende Transparenzverantwortung die geeignete Stelle, weil bei ihm schon aufgrund seiner Organfunktion alle Informationen über die geplante Umgründung zusammenlaufen, sodass es rechtsökonomisch effizient ist, ihm eine Bringschuld zum Ausgleich von Informationsdefiziten zuzuordnen.
- 311** Eine Umgründung führt für die betroffene Aktiengesellschaft idR zu einer direkten Änderung der Anteilsverhältnisse und/oder zu einer beträchtlichen Änderung des Gesellschaftsvermögens oder sogar zum Untergang der Gesellschaft; daher kann eine Umgründung auch einen erheblichen Einfluss auf die Rechts- und Vermögenssituation der *stakeholders* haben. Bei jeder Umgründung ist daher die jeweilige **Reichweite der Pflichten des Vorstands** gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären, den Gläubigern und den Arbeitnehmern von hoher rechtlicher und praktischer Relevanz.
- 312** Die Regelungen der §§ 70, 84, 100 f und 227 ff AktG, § 3 Abs 5 SpaltG und § 5 EU-UmgrG einerseits und allgemeine zivilrechtliche Prinzipien des **Vertrauensschutzes** und daraus abzuleitender **Schutz- und Sorgfaltspflichten** andererseits (s Kapitel 30 Rz 11 ff) treffen sich in der paradigmatischen Wertung, dass die Organfunktion des Vorstands neben den Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft selbst auch eine besondere **Vertrauensposition** gegenüber den Aktionären und

den übrigen *stakeholders* der Gesellschaft begründet. Diese Vertrauensposition verpflichtet den Vorstand gerade in Umgründungssituationen, die Erfüllung der ihm vom Gesetz übertragenen Aufgaben in umsichtiger Weise so auszurichten, dass die Interessen aller von der Umgründung betroffenen Gruppen (Aktionäre, Gläubiger, Arbeitnehmer) in ausbalancierter Weise möglichst weitgehend gewahrt werden können. Interessenwahrung bedeutet im gegebenen Zusammenhang freilich nicht, dass dem Vorstand im Zuge der Umsetzung einer Umgründung zwingend eine Verbesserung der Situation der betroffenen *stakeholders* aufgetragen wäre.