

1. Einleitung

Kaum ein Problembereich hat das unternehmensrechtliche Schrifttum der letzten Jahre so geprägt wie Fragen des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes. Verantwortlich dafür waren zum einen spektakuläre Grundsatzentscheidungen in der höchstgerichtlichen Rspr,¹ zum anderen aber auch der Umstand, dass Fragen des Gläubigerschutzes in wirtschaftlich volatilen Zeiten naturgemäß von gesteigerter Bedeutung sind.

Im Zusammenhang mit Umgründungen wurden Fragen des Gläubigerschutzes bisher überwiegend in Hinblick auf Verschmelzungen diskutiert. Das ist zwar insofern naheliegend, als die zentrale verschmelzungsrechtliche Gläubigerschutzbestimmung des § 226 AktG bei Umwandlungen und bei Spaltungen zur Aufnahme sinngemäß anzuwenden ist. Nichtsdestotrotz rechtfertigen aber zahlreiche Besonderheiten der anderen Umgründungsvorgänge spezifische und ausführliche Untersuchungen der Gläubigerschutzproblematik. Während dies hinsichtlich Spaltungen mittlerweile geschehen ist,² liegt eine ausführliche (monographische) Darstellung des Gläubigerschutzes bei Umwandlungen bisher nicht vor. Mit der vorliegenden Arbeit soll daher der Versuch unternommen werden, diese „Lücke“ zu schließen.

Nach einer kurzen Darstellung der grundlegenden Wesenszüge von Umwandlungen nach dem UmwG und allgemeinen Vorbemerkungen zum Gläubigerschutz werden im Folgenden zunächst alle umgründungsspezifischen Gläubigerschutzmechanismen ausführlich behandelt. Zu diesen zählen neben dem auch bei Umwandlungen sinngemäß zur Anwendung kommenden Sicherstellungsanspruch des § 226 AktG und den schadenersatzrechtlichen Sonderregelungen der §§ 227 ff AktG auch die Ausschüttungssperre nach § 235 Z 3 UGB sowie die nach zT vertretener Auffassung erforderlichen Maßnahmen zum Ausgleich umgründungsbedingter „Kapitalentsperrungen“. Im Anschluss daran wird auf allgemeine (nicht umgründungsspezifische) Mechanismen des Gläubigerschutzes eingegangen und diese in Hinblick auf ihre Relevanz bei Umwandlungen untersucht. Zu letzteren zählen neben dem Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 52 AktG bzw § 82 GmbHG und der Sittenwidrigkeitsbestimmung des § 879 ABGB auch die Verpflichtung zur Dotierung gebundener Rücklagen

¹ Vgl nur OGH 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b, GesRZ 2000, 25 = ecolex 2000, 121 = JBI 2000, 188 = RWZ 2000, 47 (*Wenger*); 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p, GesRZ 2008, 310 = ecolex 2008, 918 = GeS 2008, 315 = ÖBA 2009, 60.

² Vgl *Grossmayer*, Gläubigerschutz bei Abspaltungen 1 ff.

nach § 229 UGB. Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Arbeit kompakt zusammengefasst.

2. Grundzüge der Umwandlungen nach dem UmwG

2.1. Allgemeines

2.1.1. Umwandlungsbegriff

Unter einer „Umwandlung“ im weitesten Sinne versteht man jeden Umstrukturierungsvorgang eines Rechtsträgers.³ Ein derartig weites Begriffsverständnis der Umwandlung liegt dem österreichischen Umgründungsrecht aber nicht zugrunde. Eher entspricht dieses Verständnis jenem des deutschen Umwandlungsbegriffs nach dem dUmwG,⁴ wo mit dem Oberbegriff „Umwandlung“ alle im dUmwG geregelten Umgründungsarten⁶ zusammengefasst werden.⁷ Im österreichischen Gesellschaftsrecht kommt der Begriff der „Umwandlung“ hingegen nur im Zusammenhang mit zwei Arten von Umstrukturierungsvorgängen zur Anwendung: Einerseits gibt es „formwechselnde“ Umwandlungen, bei denen ein Unternehmer unter Beibehaltung seiner Identität die Rechtsform ändert, ohne dass eine Vermögensübertragung stattfindet (zB AG in GmbH oder umgekehrt; vgl die §§ 239 und 245 AktG).⁸ Formwechselnde Umwandlungen werden mitunter auch als Umwandlungen ieS bezeichnet.⁹ Andererseits gibt es die „übertragenden“ Umwandlungen, bei denen das Vermögen einer Gesellschaft auf einen neuen Rechtsträger übergeht.¹⁰

³ Vgl *Schummer* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art II Umwandlung – Handelsrecht Rz 1.

⁴ Vgl *Schummer* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art II Umwandlung – Handelsrecht Rz 1; ähnlich auch *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² Vor § 1 UmwG Rz 13.

⁵ Vgl *J. Semler* in *Semler/Stengel*, dUmwG³ § 1 Rz 9; *Dauner-Lieb* in *Dauner-Lieb/Simon*, KölnKomm dUmwG § 1 Rz 2; *Hügel* in FS Koppensteiner, 91 (91).

⁶ Verschmelzungen, Spaltungen, Vermögensübertragungen und Formwechsel (vgl § 1 dUmwG).

⁷ Aufgrund dieser unterschiedlichen Konzeption hat das UmwG im dUmwG kein äquivalentes Gegenstück (vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 1 UmwG Rz 1).

⁸ Vgl *Kotrnoch* in FS Helbich, 81 (82); *Schummer* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art II Umwandlung – Handelsrecht Rz 2 ff; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² Vor § 1 UmwG Rz 1 f; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/1032.

⁹ Vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/1032; *Kastner*, ÖJZ 1951, 30 (30) = *Kastner/Doralt*, Gesammelte Aufsätze 362 (362).

¹⁰ Vgl *Kotrnoch* in FS Helbich, 81 (82); *Schummer* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art II Umwandlung – Handelsrecht Rz 2 ff; *Kalss*, Verschmelzung –

Gegenstand des UmwG ist die Normierung eines Regelwerks für übertragende Umwandlungen.¹¹ Nach dem UmwG ist dabei zwischen zwei Formen übertragender Umwandlungen zu differenzieren, nämlich der Umwandlung auf den Hauptgesellschafter nach den §§ 2 ff UmwG (die auch als verschmelzende Umwandlung bezeichnet wird) und der errichtenden Umwandlung nach § 5 UmwG.¹² Da sich die vorliegende Arbeit auf diese beiden Umwandlungsformen beschränkt, ist im Folgenden der Begriff der „Umwandlung“ immer iS einer solchen nach dem UmwG zu verstehen.

2.1.2. Rechtsentwicklung und unionsrechtliche Bezüge

Das UmwG hat seine Wurzeln in Deutschland.¹³ Dort wurde 1934 ein Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften¹⁴ erlassen, auf dessen Grundlage in weiterer Folge vier Durchführungsverordnungen¹⁵ ergingen.¹⁶ Die Umwandlung als Weg aus der Kapitalgesellschaft wurde durch steuerliche Begleitmaßnahmen¹⁷ begünstigt.¹⁸ Mit dem im Jahr 1938 erfolgten „Anschluss“ Österreichs an das Dritte Reich wurde die Geltung des dUmwG auch auf das österreichische Territorium erstreckt.¹⁹ Nach dem Untergang des Dritten Reiches wurde

Spaltung – Umwandlung² Vor § 1 UmwG Rz 1 f; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/1032.

¹¹ Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² Vor § 1 UmwG Rz 1; *Schummer* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art II Umwandlung – Handelsrecht Rz 23.

¹² Vgl auch *Kalss*, JBl 1995, 420 (422); *Kastner*, ÖJZ 1951, 30 (33 ff) = *Kastner/Doralt*, Gesammelte Aufsätze 362 (369 ff); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 305, *Korntner*, FJ 2012, 307 (308).

¹³ Vgl *Schummer* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art II Umwandlung – Handelsrecht Rz 20.

¹⁴ Vgl dRGBI 1934 I S 569.

¹⁵ 1. DV, dRGBI 1934 I S 1262; 2. DV, dRGBI 1935 I S 721; 3. DV, dRGBI 1936 I S 3003; 4. DV, dRGBI 1938 I S 661.

¹⁶ Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 1 UmwG Rz 14; *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung des österreichischen Aktienrechts 326; *Schummer* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art II Umwandlung – Handelsrecht Rz 20.

¹⁷ Gesetz über Steuererleichterungen bei der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften vom 5. 7. 1934 dRGBI I S 572.

¹⁸ Vgl *Schummer* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art II Umwandlung – Handelsrecht Rz 20.

¹⁹ § 25 der 2. Einführungsverordnung vom 2. 8. 1938, RGBI 1938 I 988.

es in den Rechtsbestand der 2. Republik übernommen,²⁰ wo es bis 1953 in Geltung blieb. Durch Erlassung des UmwG 1954²¹ wurden die reichsdeutschen Bestimmungen abgelöst.²² Mit dem EU-GesRÄG 1996²³ wurde das UmwG 1954 durch ein neues UmwG ersetzt²⁴ und an die Vorgaben der Verschmelzungsrichtlinie²⁵ angepasst.²⁶ Danach erfolgten weitere partielle Änderungen durch das HaRÄG 2005²⁷, das ÜbRÄG 2006²⁸, das GesRÄG 2007²⁹ und zuletzt durch das AktRÄG 2009^{30, 31}.

Unmittelbare Überschneidungen des Anwendungsbereichs der Umwandlung mit jenem der Verschmelzung und damit auch unmittelbare Berührungen des UmwG mit europäischem Sekundärrecht bestehen nicht mehr.³² Dennoch ist das UmwG aufgrund umfassender Verweise auf das stark richtlinienrechtlich geprägte Verschmelzungsrecht (§ 2 Abs 3 UmwG) zumindest mittelbar unionsrechtlich determiniert.³³ Bei Hinausumwandlungen auf einen ausländischen

²⁰ Vgl *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung des österreichischen Aktienrechts 327.

²¹ BGBl 187/1954.

²² Vgl *Schummer* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art II Umwandlung – Handelsrecht Rz 20.

²³ BGBl 304/1996.

²⁴ Siehe Art XIV EU-GesRÄG.

²⁵ Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl L Nr 295/36 ff (20. 10. 1978).

²⁶ Vgl *Kalss*, *ecolex* 1996, 264 (264 ff); *dieselbe*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 1 UmwG Rz 14; *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung des österreichischen Aktienrechts 352; *Schummer* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art II Umwandlung – Handelsrecht Rz 22; ausführlich die Auswirkungen des EU-GesRÄG 1996 auf das Umwandlungsrecht untersuchend *Enzinger*, wbl 1997, 1 (1 ff); die Änderungen des UmwG durch das EU-GesRÄG darstellend *Hügel/Zib*, JAP 1996, 189 (198 ff).

²⁷ BGBl I Nr 120/2005.

²⁸ BGBl I Nr 75/2006; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 973 f.

²⁹ BGBl I Nr 72/2007; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 975.

³⁰ BGBl I Nr 71/2009; siehe dazu *Schimka/Schörghofer*, wbl 2010, 109 (118).

³¹ Dazu näher *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 1 UmwG Rz 14.

³² Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² Vor § 1 UmwG Rz 15, § 1 UmwG Rz 1. Bis zum Inkrafttreten des GesRÄG 2007 waren nach dem UmwG auch verschmelzende Umwandlungen auf eine Kapitalgesellschaft möglich, sodass insofern eine unmittelbare Überschneidung mit dem Verschmelzungsrecht bestand.

³³ Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² Vor § 1 UmwG Rz 15, § 1 UmwG Rz 1.

EU/EWR-Rechtsträger sind zudem die primärrechtlichen Grundfreiheiten zu beachten.³⁴

2.1.3. Gesamtrechtsnachfolge

Gem § 1 UmwG erfolgt die Vermögensübertragung bei beiden Umwandlungsformen des UmwG „unter Ausschluß der Abwicklung [...] im Wege der Gesamtrechtsnachfolge“. Trotz des Fehlens eines entsprechenden Hinweises im UmwG 1954 nahm die hA³⁵ schon bei nach diesem Gesetz abgewickelten Umwandlungen eine Gesamtrechtsnachfolge an,³⁶ weshalb das nunmehrige UmwG insoweit keine materielle Änderung der Rechtslage mit sich brachte.³⁷ Ursprünglich wurde der Zweck der umgründungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge insbesondere im Gläubigerschutz gesehen. Denn durch die Gesamtrechtsnachfolge ist sichergestellt, dass neben dem gesamten Aktivvermögen auch die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers übergehen.³⁸ Heute wird der Hauptzweck der Gesamtrechtsnachfolge in der rechtstechnischen Vereinfachung des Vollzugs der Umgründung im Interesse der beteiligten Rechtsträger gesehen. Sie ermöglicht den Vermögensübergang in einem Zuge ohne Einhaltung der sachenrechtlicher Übertragungsgrundsätze und der Zustimmung Dritter.³⁹ Diese Abweichung von allgemeinen Grundsätzen der Vertragsübernahme findet ihre sachliche Rechtfertigung bei Umwandlungen im Gedanken der Unternehmenskontinuität.⁴⁰ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Gesamtrechtsnachfolge ist die Eintragung der Umwandlung (siehe auch unten Kapitel 2.3.3.).⁴¹

³⁴ Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² Vor § 1 UmwG Rz 15.

³⁵ Vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß Gesellschaftsrecht⁵ 331.

³⁶ Ausführlich dazu *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 225a AktG Rz 36 ff; *Grünwald in Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art I Umwandlung – Handelsrecht Rz 150 ff.

³⁷ Vgl *Enzinger*, wbl 1997, 1 (2); *Schummer in Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art II Umwandlung – Handelsrecht Rz 28.

³⁸ *Hügel in FS Koppensteiner*, 91 (92).

³⁹ Vgl *Schummer in Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art II Umwandlung – Handelsrecht Rz 29; *Hügel in FS Koppensteiner*, 91 (92, 99); *Enzinger*, wbl 1997, 1 (5); *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 1 UmwG Rz 5; *Stern*, RdW 2001, 650 (650).

⁴⁰ Richtungsweisend *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 467 ff; zustimmend *Enzinger*, wbl 1997, 1 (5); *Schummer in Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB Umgründungen, Art II Umwandlung – Handelsrecht Rz 29.

⁴¹ Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 225a AktG Rz 39.