

EuInsVO, reformiert

Der minderjährige
Versicherte

Strafrechtliches zur
Rechnungslegung

Kartell- und
Wettbewerbsrechts-ÄnderungsG

Steuerabkommen
mit Liechtenstein

Website-Blockaden
gegen Online-Piraterie

Krieg in Mali
Militarisierung der EU?

Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung (II)

Der Fokus dieses Beitrags liegt auf der Spaltung von Kapitalgesellschaften und der damit verbundenen partiellen Gesamtrechtsnachfolge, speziell für Genussrechte, Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen. Zu Begriff und Inhalt dieser Instrumente s den 1. Teil dieses Beitrags, ecolex 2013, 133.

Eine Untersuchung nach deutschem und österreichischem Recht

JOHANNES REICH-ROHRWIG

E. Zulässige Formen der Spaltung

1. Deutschland

Das deutsche Umwandlungsgesetz (dUmwG)¹¹¹⁾ lässt unter dem Oberbegriff der Spaltung drei Vorgänge, nämlich

- die Aufspaltung
- die Abspaltung und
- die Ausgliederung

von Vermögensteilen (materielles und immaterielles Vermögen, Vertragsverhältnisse, Verbindlichkeiten) durch den Rechtsakt der Spaltung und deren Eintragung in das Handelsregister zu.

Anders als in Österreich kennt die deutsche Rechtslage die Spaltung nicht nur in Bezug auf Kapitalgesellschaften (AG, SE, GmbH), sondern für alle in § 3 Abs 1 dUmwG genannten Rechtsträger, sohin ua auch für Personenhandelsgesellschaften, eingetragene Genossenschaften und eingetragene Vereine als übertragende, übernehmende oder neue Rechtsträger, und ferner für wirtschaftliche Vereine, Einzelkaufleute, Stiftungen und Gebietskörperschaften als übertragende Rechtsträger.¹¹²⁾

Ähnlich wie nach österr Terminologie kann der durch den Spaltungsvorgang zu spaltende Rechtsträ-

ger einen oder mehrere Teile von seinem Vermögen durch *Abspaltung zur Neugründung* auf einen oder mehrere neu gegründete Rechtsträger (zB neue AGs oder GmbHs) abspalten, oder durch *Abspaltung zur Aufnahme* auf einen oder mehrere bereits *bestehende* übernehmende Rechtsträger übertragen.

Im Falle einer *Aufspaltung* geht der übertragende Rechtsträger zugleich unter; seine Vermögensteile gehen auf zwei oder mehrere neu gegründete oder bereits bestehende Rechtsträger über.

Im Fall der *Ausgliederung* erfolgt zwar gleichfalls eine Vermögensübertragung an einen oder mehrere übernehmende Rechtsträger: Anders als bei der *Abspaltung* kommen jedoch die neuen Anteile am übernehmenden Rechtsträger nicht den Aktionären oder Gesellschaftern der übertragenden Ges zu, sondern dem übertragenden Rechtsträger selbst. Die Kapitalgesellschaft gliedert demnach zB einen Betrieb als „übertragenes Vermögen“ in eine 100%ige Tochtergesellschaft aus und erhält dafür selbst – und nicht

Univ.-Prof. Johannes Reich-Rohrwig ist RA und Partner der CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien.

111) In Kraft getreten am 1. 1. 1995, die letzte größere Novelle erfolgte durch das zweite Änderungsg zum dUmwG v 19. 4. 2007.

112) § 124 Abs 1 dUmwG.

ihre Aktionäre – die Anteile an der Tochtergesellschaft.¹¹³⁾

2. Österreich

In Österreich hat erstmals das SpaltG 1993 die Spaltung von Kapitalgesellschaften geregelt. Das EU-GesRÄG 1996 hat die Formen der Spaltung auf die *Spaltung zur Aufnahme* erweitert.¹¹⁴⁾ Das österr Spaltungsrecht beschränkt sich allerdings auf die Spaltung von Kapitalgesellschaften (KapGes).

Das österr Recht kennt *nicht* die Spaltung von Personengesellschaften, Genossenschaften, Gebietskörperschaften uä und auch nicht die Ausgliederung von Vermögensteilen solcher Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge; die Übertragung müsste diesfalls vielmehr als „Einbringung“ (Sacheinlage) durch Einzelrechtsnachfolge erfolgen,¹¹⁵⁾ sofern keine sondergesetzliche Regelung besteht.¹¹⁶⁾

Die Abspaltung zur Aufnahme auf eine 100%ige Tochtergesellschaft ohne Gewährung von Anteilen an die bisherigen Anteilsinhaber – also eine *Ausgliederung* iS deutscher Terminologie – wurde in der österr Firmenbuchpraxis bei einstimmigem HV-Beschluss zugelassen (so zB bei der OMV AG).¹¹⁷⁾

Bei OG und KG lässt sich eine Spaltung nach österr Recht durch Aneinanderreihung mehrerer, grundsätzlich mit Gesamtrechtsnachfolge¹¹⁸⁾ verbundener Schritte im Wege des „Anwachungsmodells“ erreichen: Diesfalls muss zunächst eine KapGes als Gesellschafter in die OG/KG eintreten und alle anderen Gesellschafter bringen ihre Anteile in die KapGes ein (oder scheiden sonstwie einvernehmlich aus der OG/KG aus), sodass die neueingetretene KapGes das Vermögen der OG/KG als letztverbleibender Gesellschafter gem § 142 UGB übernimmt. Dieser Vorgang ist nach hA¹¹⁹⁾ mit Gesamtrechtsnachfolge verbunden. Ist sohin auf diese Weise das Vermögen einschließlich aller Vertragsverhältnisse der OG/KG auf die KapGes übertragen, kann diese im nächsten Schritt gespalten werden. Eine zweijährige Wartefrist, wie sie in Deutschland für die Abspaltung oder Aufspaltung von AGs gilt,¹²⁰⁾ kennt das öSpaltG nicht.

Ebensowenig gibt es in Österreich spezielle Gläubigerschutzvorschriften im Falle einer Betriebsaufspaltung in eine „Anlagegesellschaft“, die ihre für die Betriebsführung notwendigen Vermögensteile einer „Betriebsgesellschaft“ zur Nutzung überlässt: In Deutschland verlängert sich nämlich in diesem Fall die gesamtschuldnerische Haftung auf *zehn* Jahre.¹²¹⁾

Die folgenden Ausführungen wollen nicht den unterschiedlichen Formen der Spaltung von KapGes im Detail nachgehen, sondern konzentrieren sich auf Aspekte der partiellen Gesamtrechtsnachfolge in Schuldverhältnisse, insbesondere im Bezug auf Genussrechte, Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen.

F. Gesamtrechtsnachfolge

1. Allgemeines

Der Spaltungs-RL folgend – und ebenso wie bei der Verschmelzung¹²²⁾ – ist die Spaltung in beiden Ländern mit *Gesamtrechtsnachfolge* verbunden.¹²³⁾

Weitgehend unproblematisch ist die Anordnung der Gesamtrechtsnachfolge bei „klassischen“ gesellschaftsrechtlichen Vorgängen der Verschmelzung oder der verschmelzenden oder errichtenden Umwandlung nach §§ 4 ff dUmwG, §§ 219 ff öAktG und §§ 1 ff öUmwG. In diesen Fällen ermöglicht die Rechtstechnik der Gesamtrechtsnachfolge, jeweils das gesamte Vermögen – einschließlich aller Vertragsverhältnisse und Verbindlichkeiten – zu erfassen, ohne dass es auf Abgrenzungen ankommt, die bei einer Teilung auftreten. Solche Verschmelzungs- und Umwandlungsfälle bezeichnet *Grünwald*²⁴⁾ treffend als „*Generalsukzession*“ – im Gegensatz zur „*partiellen Gesamtrechtsnachfolge*“ bei Spaltung. Die nach dem Vorbild des Erbrechts angeordnete Gesamtrechtsnachfolge in Verschmelzungs- und Umwandlungsfällen, bei denen der bisherige Vertragspartner wegfällt und das Vertragsverhältnis zwangsläufig mit dem gesamten Vermögen auf einen einzigen (!) Rechtsnachfolger übergeht, bedeutet idR keine Verletzung der Interessen des anderen Vertragsteils.¹²⁵⁾

Im Gegensatz dazu wendet der Gesetzgeber bei der Spaltung das Rechtsinstitut der Gesamtrechtsnachfolge auch für eine *partielle Rechtsnachfolge* an. Nachdem die Spaltung allein im Belieben der Aktionäre/Gesellschafter („Anteilsinhaber“) der zu spaltenden KapGes steht und somit die KapGes einseitig – im Spaltungsplan oder Spaltungs- und Übernahmevertrag – ihre Vermögensteile, Vertragsverhältnisse

113) § 123 Abs 3, §§ 124 ff dUmwG.

114) Siehe *Reich-Rohrwig*, Das neue SpaltG, ecolex 1993, 523; *Reich-Rohrwig*, EU-GesRÄG (1996); *Hügel*, Das neue SpaltG und die Reform des Umgründungsrechts, ecolex 1996, 527.

115) OGH SZ 59/20 = JBl 1986, 454 (*Reich-Rohrwig*); SZ 61/182; GesRZ 1988, 108 uva; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I Rz 1/249 mwN; *Grünwald*, Umwandlung, Verschmelzung, Spaltung (1986) 154; aA *Koppensteiner*, Ausgliederung und Spaltungsgesetz, in FS Zöllner (1999) 295; *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht (2002) 323; zur analogen Anwendung der Spaltungsregeln der §§ 123 ff dUmwG auf die Einbringung vgl *Lüders-Wulff*, BB 2001, 1210.

116) § 92 BWG; §§ 61 a ff VAG; §§ 1 ff BauspAuslG; § 68 a Abs 6 und § 112 EIWOG; § 54 GWG; § 10 TKG; § 15 StarkstromwegeG; dazu *Th. Rabl*, ecolex 2004, 84.

117) Zum grundbuchsrechtlichen Aspekt der Gesamtrechtsnachfolge in die Personalservitut s OGH 5 Ob 88/05 k ecolex 2006, 223; *Reich-Rohrwig*, Personalservitut und Gesamtrechtsnachfolge, ecolex 2005, 771.

118) Allerdings für die Übertragbarkeit eines Vorkaufrechts verneinend: OGH ecolex 1996, 103; dazu *Hügel*, Umgründungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge, Dienstbarkeiten und höchstpersönliche Rechte, in FS Koppensteiner (2001) 99; *Stern*, RdW 2001, 651; *Th. Rabl*, ecolex 2004, 84.

119) OGH 4 Ob 78/01 a; 6 Ob 8/00 w; 6 Ob 7/00 y; 4 Ob 123/00 t; 5 Ob 11/02 g; *Koppensteiner/Auer in Straube*, UGB⁴ I § 142 Rz 3; *Jabornegg/Armann*, UGB³ § 142 Rz 6 f.

120) § 141 dUmwG.

121) § 134 dUmwG.

122) § 20 Abs 1 Z 1 dUmwG; § 225 a Abs 3 Z 1 öAktG; § 96 Abs 2 öGmbHG.

123) § 131 Abs 1 Z 1 dUmwG; § 14 Abs 2 Z 1 öSpaltG; zur Übertragbarkeit einer Personalservitut OGH FN 7.

124) (FN 5) 61 (85 ff, 292 ff).

125) So *Hügel*, Aktuelle Probleme des Spaltungsrechts, wbl 2001, 387 ff; einschränkend *Kals/Eckert*, GesRZ 2008, 81 (84 f); s auch § 225 a Abs 3 Z 1 AktG, welche Vorschrift von OGH 7 Ob 24/01 g VR 2001/547 unbeachtet blieb.

und Verbindlichkeiten den an der Spaltung beteiligten Gesellschaften zuordnen kann und muss,¹²⁶⁾ steht diese freie Zuordenbarkeit durch einen der Vertragspartner in einem Spannungsverhältnis zur Privatautonomie des anderen Vertragsteils. Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen bedürfte der Wechsel des Vertragspartners durch Vertragsübernahme der Zustimmung des anderen Vertragsteils („Restpartei“).¹²⁷⁾

Wäre die spaltungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge an die Voraussetzung der Unternehmens-, Betriebs- oder Teilbetriebskontinuität geknüpft, wären so manche Bedenken gegen diese freie Zuordenbarkeit von Vertragsverhältnissen und Verbindlichkeiten ausgeräumt; diesfalls wäre die weite Gestaltungsfreiheit anlässlich der Spaltung aus volkswirtschaftlichen Überlegungen eher gerechtfertigt. Immerhin hat ja die Privatautonomie Verfassungsrang, und darin darf nicht unsachlich, sondern nur unter den Voraussetzungen eingegriffen werden, die die Verfassungsordnung ganz allgemein für Eigentumseingriffe vorsieht.¹²⁸⁾ Der österr Gesetzgeber hat die Übertragung von Unternehmen, Betrieben oder Teilbetrieben – als kleinste spaltbare Einheit – allerdings gerade nicht als gesellschaftsrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung der Spaltung statuiert, anders als die steuerrechtliche Regelung.¹²⁹⁾ Auch in Deutschland ist die „Sperrklausel“ des RefE, wonach durch die Spaltung „nicht im Wesentlichen nur ein einzelner Gegenstand übertragen oder eine einzelne Verbindlichkeit übergeleitet werden kann“, nicht Gesetz geworden.¹³⁰⁾

Die Novelle zum dUmwG 2007¹³¹⁾ hat mit Aufhebung des § 132 dUmwG auch vertraglichen Abtretungsverboten gem § 399 BGB die Anwendbarkeit anlässlich der Spaltung entzogen.¹³²⁾ In Deutschland wie in Österreich ist es daher durchaus möglich, im Spaltungsplan die Aufteilung von teilbaren Forderungen (insb Geldforderungen) an verschiedene an der Spaltung beteiligte Ges vorzusehen.¹³³⁾ Dasselbe wird

auch für die Aufspaltung von Geldverbindlichkeiten und deren teilweise Zuordnung an verschiedene Ges gelten.¹³⁴⁾

Die Erläuterungen zum dUmwG¹³⁵⁾ sehen es auch als zulässig an, dass Verträge in sich gespalten, also bspw Forderungen und Verbindlichkeiten aus demselben Schuldverhältnis an verschiedene Rechtsträger zugewiesen werden. Nach hA ist aber nur die Trennung von Leistung und Gegenleistung zulässig,¹³⁶⁾ wobei aus der Gesamtrechtsnachfolge folgt, dass sich die Stellung des Vertragspartners durch eine solche Trennung nicht ändert.¹³⁷⁾ Zusammenhängende Rechtspositionen, wie etwa die sich aus den Hauptpflichten ergebenden und daran anknüpfenden Nebenverpflichtungen, sind nicht isoliert übertragbar, denn dadurch würde der Inhalt des ursprünglich vereinbarten Pflichtenbündels selbst geändert werden. Dies wäre durch den Zweck der Vorschrift, die partielle Gesamtrechtsnachfolge zu erleichtern, nicht gedeckt.¹³⁸⁾

Eine durch Pfandrecht gesicherte Verbindlichkeit kann ohne die als Sicherheit bestellte Sache übertragen werden; denn dingliche Rechte Dritter an den zum übertragenen Vermögen gehörigen Sachen bleiben von der infolge Spaltung erfolgenden Übertragung unberührt.¹³⁹⁾

2. Übergang von Verträgen

a) Zuweisung von Verträgen laut Spaltungsplan ist maßgeblich

Verträge gehen grds mit allen Rechten und Pflichten auf diejenige an der Spaltung beteiligte Ges über, der sie im Spaltungsplan zugewiesen werden.¹⁴⁰⁾ Insoweit besteht die Zuordnungsfreiheit der Geschafter der zu spaltenden Ges im Spaltungsplan. Zur missbräuchlichen Zuordnung s unten 4.

126) § 126 Abs 1 Z 9 und § 133 dUmwG; § 2 Abs 1 Z 10 öSpaltG.

127) BGH NJW 1986, 918; NJW-RR 2005, 958; NJW 2012, 2354 = DZ 1996, 57; im Falle der Unwirksamkeit der Vertragsübernahme als Abtretung zu deuten: BGH ZIP 1996, 1519. OGH 1 Ob 719/89 JBl 1990, 717; 1 Ob 152/02 p; 7 Ob 31/99 f; 8 Ob 34/08 w Zak 2008/370; Ertl in *Rummel*, ABGB³ § 1406 Rz 2.

128) VfGH 30. 11. 1989, G 139–141, 146, 177/88 ua VfSlg 12.227 = JBl 1990, 310 (313); *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 859 Rz 15 mwN.

129) ErläutRV zum öSpaltG 1993, 1016 BlgNR 18. GP 4; *Hügel*, Umgründungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge, Dienstbarkeiten und höchstpersönliche Rechte, in FS Koppensteiner (2001) 91 (102 f); *Grünwald* (FN 5) 358; zu §§ 123 ff dUmwG vgl *Engelmeyer*, Die Spaltung von AG nach dem neuen Umwandlungsrecht (1995) 48.

130) Vgl § 123 Abs 5 RefE; dazu *Teichmann* in *Lutter*, UmwG⁴ § 123 Rz 12; *Schröder* in *Semler/Stengel*, UmwG³ (2012) § 131 Rz 16 f.

131) G v 19. 4. 2007, dBGBl I 2007, 542.

132) *Müller*, NZG 2006, 491; *Kallmeyer*, UmwG⁵ § 123 Rz 1 f; *Berner/Klett*, Die Aufteilung von Vertragsverhältnissen ... bei umwandlungsrechtlichen Spaltungen, NZG 2008, 601 (604) mwN *Kübler* in *Semler/Stengel*, UmwG³ § 131 Rz 9, 12, 16; *Schröder*, ebendort Rz 31; insofern zur inzwischen überholten deutschen Rechtslage *Grünwald*, GesRZ 1995, 110 (115) 115 mwN.

133) *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG § 131 Rz 35; *Schröder* in *Semler/Stengel*, UmwG³ § 131 Rz 32; *Priester* in *Lutter*, UmwG⁴ § 126 Rz 62; *Kals*, Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung² § 2 SpaltG Rz 61; vgl auch *Grünwald* (FN 5) 360.

134) *Priester* in *Lutter*, UmwG⁴ § 126 Rz 63; *Teichmann* in *Lutter*, UmwG⁴ § 131 Rz 39; *Berner/Klett*, NZG 2008, 602; *Heidenbain*, NJW 1995, 2873, 2877; *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG § 131 Rz 47; *Schröder* in *Semler/Stengel*, UmwG³ § 131 Rz 33; aA Begr RegE dUmwG zu § 126, *Ganske*, UmwG² 137; *Rieble*, ZIP 1997, 301 (310).

135) *Ganske*, UmwG² 144.

136) *Teichmann* in *Lutter*, UmwG⁴ § 131 Rz 47; *Schröder* in *Semler/Stengel*, UmwG³ § 131 Rz 3.

137) Vgl *Teichmann* in *Lutter*, UmwG⁴ § 131 Rz 47; *Kallmeyer/Sicking* in *Kallmeyer*, UmwG⁵ § 131 Rz 9 für Anwendung der Schuldnerschutzvorschriften der §§ 406, 407, 409 und 410 BGB: Aufrechnungsmöglichkeiten, Zurückbehaltungsrechte, schuldbefreiende Zahlung in Unkenntnis des Übergangs.

138) *Teichmann* in *Lutter*, UmwG⁴ § 131 Rz 47; *Schröder* in *Semler/Stengel*, UmwG³ § 131 Rz 38; *Kals* (FN 133) § 2 SpaltG Rz 61.

139) *Kals* (FN 133) § 2 SpaltG Rz 61; *Wallentin/Bruckmüller* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, HdB Umgründungen Q 4 Rz 237; für Deutschland *Schröder* in *Semler/Stengel*, UmwG³ § 131 Rz 34 uHa *Rieble*, ZIP 1997, 301 (309); *Schmidt/Schneider*, BB 2003, 1961 (1967); *Simon* in *Kölner Komm UmwG* § 131 Rz 28; aA *Teichmann* in *Lutter*, UmwG⁴ § 131 Rz 39 (nur fünfjährige solidarische Mithaftung).

140) *Schröder* in *Semler/Stengel*, UmwG³ § 131 Rz 36; *Teichmann* in *Lutter*, UmwG⁴ § 131 Rz 43; *Kallmeyer/Sicking* in *Kallmeyer*, UmwG⁵ § 131 Rz 10; *Simon* in *Kölner Komm UmwG* § 131 Rz 30; BGH 8. 10. 2003, XII ZR 50/02 NZG 2003, 1172 = AG 2004, 98 (Austausch des Vermieters); OLG Karlsruhe 19. 8. 2008, 1 U 108/08 DB 2008, 2241 = GmbHR 2008, 1219 (Austausch des Mieters). Für Österreich *Kals* (FN 133) § 2 SpaltG Rz 58; *Grossmayer*, Gläubigerschutz bei Abspaltungen (2010) 42.

Eine Ausnahme besteht für *höchstpersönliche* Vertragsverhältnisse¹⁴¹⁾ und für *gesetzlich geregelte* Vertragsübernahmen, die der spaltungsrechtlichen Zuweisung vorgehen:

So folgt der *Mietvertrag* vermierterseitig dem Eigentum an der vermieteten Sache.¹⁴²⁾

Arbeitsverhältnisse gehen mit dem übertragenen Betrieb über.¹⁴³⁾

Versicherungsverträge gehen auf jenen Rechtsträger über, der die versicherte Sache übernimmt.¹⁴⁴⁾

b) Ist die Teilung von Verträgen durch den Spaltungsplan möglich?

Die Frage, ob der Spaltungsplan auch die *Teilung eines Vertragsverhältnisses* anordnen kann, ist gesetzlich nicht geregelt:

Ich denke hier etwa an Fälle, in denen die zu spaltende KapGes aufgrund eines langfristigen Liefervertrags ihre im Betrieb 1 und im Betrieb 2 produzierten Produkte an ihren Abnehmer X verkauft. Dieser Liefervertrag soll nun durch die Spaltung synchron mit der Spaltung ihrer beiden Betriebe in zwei getrennte Lieferverträge für jede der Nachfolge-Ges aufgespalten werden.

Oder ist die Aufteilung eines Mietvertrags über ein großes Betriebsareal in zwei getrennte Mietverträge für Teilflächen zulässig, deren alleiniger Mieter jeweils eine aus der Spaltung hervorgehende Ges sein soll?

Ist die Aufteilung eines Kreditverhältnisses auf die gespaltenen Gesellschaften zulässig?

Sofern sachgerecht wird die Teilung von Vertragsverhältnissen im Rahmen der Spaltung durch partielle Gesamtrechtsnachfolge grds als zulässig angesehen, sofern sich die vertraglichen Pflichten des Vertragspartners hiedurch nicht ausweiten.¹⁴⁵⁾

Diese Auffassung vernachlässigt mE, dass dem Vertragspartner dadurch zwei oder mehrere Vertragsverhältnisse aufkrotyiert werden, deren Teile er nicht einmal bestimmen kann, und auch das (die) Entgelt(spflicht) müsste – nach welchen Grundsätzen (?) – auf die spaltungsbeteiligten Gesellschaften aufgeteilt werden! Der Vertragspartner verlöre das Druckmittel des Zurückbehaltungsrechts und der ao Vertragsauflösung gegen die andere spaltungsbeteiligte Gesellschaft, wenn nur eine Spaltungs-Ges den auf sie übergegangenen Teil der Vertragspflichten verletzt.

Wenn man bspw an ein auf diese Weise aufgeteiltes Mietverhältnis denkt, müsste der Vermieter gewärtigen, dass dann eine der spaltungsbeteiligten Ges als Mieter den sie betreffenden und auf sie übergegangenen Teil des Mietvertrags aufkündigt, die andere Mieter-Ges hingegen das Mietverhältnis für den anderen Teil des Mietobjekts fortsetzt, sodass der Vermieter größte Nachteile bei der Neuvermietung oder Verwertung der Gesamtliegenschaft – die nun teils vermietet, teils unvermietet ist – erleidet.

Derartige Konsequenzen verstoßen gravierend gegen den Grundsatz der Privatautonomie.

Nur bei Versicherungsverträgen ist eine Vertragspaltung bisher – als Folge der Teilveräußerung der versicherten Sache oder des Überganges des rechtsschutz- oder haftpflichtversicherten Betriebs – von

der Rsp anerkannt, allerdings nur bei *Einzelrechtsnachfolge*.¹⁴⁶⁾ Diesfalls kommt es zu einer Aufspaltung des zunächst einheitlichen Vertrags in mehrere Einzelverträge; dabei sind die Prämien entsprechend anzupassen. Allerdings kann für die partielle Gesamtrechtsnachfolge nichts anderes gelten,¹⁴⁷⁾ zumal dadurch der im Gesetz vorgezeichnete Effekt eintritt.

ME kann eine derartige Vertragspaltung nur bei Massengeschäften – wie es Versicherungsverträge oder im Allgemeinen auch Leasingverträge (nicht: Spezialmaschinenleasing), Strom-, Gas-, Wasserlieferungsverträge sind – in Betracht kommen, bei denen der Vertragspartner typischerweise auch von vornherein getrennte Verträge geschlossen hätte, wenn dieses Ansinnen schon vor Vertragsabschluss gestellt worden wäre oder sogar Kontrahierungszwang besteht; insofern verstößt das Aufdrängen der Vertragsteilung nicht gravierend gegen die Privatautonomie, zumal der Vertragspartner gegen Vertragsverletzungen meist ohnedies gesetzlich effizient geschützt ist (vgl §§ 38 f öVersVG; § 1118 ABGB).

In anderen Fällen ist eine ohne Zustimmung des Vertragspartners durch die Spaltung erfolgende Vertragsteilung mE ohne Zustimmung des Vertragspartners grds unwirksam. Zulässig wäre es hingegen, dass die spaltende Ges das Vertragsverhältnis zwei oder allen an der Spaltung beteiligten Ges im Spaltungsplan gemeinsam zuordnet, sodass die übernehmenden Gesellschaften Mitberechtigte und Solidarschuldner werden. Insofern wäre der Vertragspartner nicht anders gestellt, als wenn die Erben (Gesamtrechtsnachfolger) einer natürlichen Person als Erbengemeinschaft das Vertragsverhältnis gemeinsam fortsetzen, was grds hinzunehmen ist.¹⁴⁸⁾

141) *Kals* (FN 133) § 14 SpaltG Rz 20; *Schröer* in *Semler/Stengel*, UmwG³ § 131 Rz 32 mwN.

142) § 566 dBGB; *Schröer* in *Semler/Stengel*, UmwG³ § 131 Rz 36; für Österreich wird dies in Hinblick auf § 2 MRG einerseits und für Mietverhältnisse, die weder dem Voll- noch dem Teilanwendungsbereich des MRG unterliegen, andererseits (vgl § 1120 ABGB) differenziert zu beantworten sein; vgl *Kals* (FN 133) § 2 SpaltG Rz 61 f.

143) § 324 dUmwG iVm § 613 a BGB; bei Teilung von Betrieben § 323 dUmwG; *Simon* in *Semler/Stengel*, UmwG³ § 131 Rz 45 ff; *Joost* in *Lutter*, UmwG⁴ § 324 Rz 16; zur Abspaltung von Pensionsverpflichtungen *Teichmann* in *Lutter*, UmwG⁴ § 131 Rz 40. Zum ex lege Übergang in Österreich: § 3 AVRAG; dazu *Grünwald*, (FN 115) 569 ff; *Kals* (FN 133) § 14 SpaltG Rz 33. Kein Widerspruchsrecht der betroffenen Arbeitnehmer gem § 3 Abs 4 AVRAG.

144) § 95 dVVG; §§ 69, 151 u 158 o öVersVG; s auch im Folgenden.

145) *Teichmann* in *Lutter*, UmwG⁴ § 131 Rz 47; *Priester* in *Lutter*, UmwG⁴ § 126 Rz 64; *Simon* in *Kölner Komm UmwG* § 131 Rz 31; *Schröer* in *Semler/Stengel*, UmwG³ § 131 Rz 38; ausf *Bernerl/Klett*, Die Aufteilung von Vertragsverhältnissen ... bei umwandlungsrechtlichen Spaltungen, NZG 2008, 601; abl *Hahn*, GmbHHR 1991, 242 (246); *Kleindieck*, ZGR 1992, 513 (520 f); *Teichmann*, ZGR 1993, 396 (413 f); *Engelmeyer* (FN 129) 49; *Rieble*, ZIP 1997, 301 (310). In Österreich spricht sich *Kals* (FN 133) § 2 SpaltG Rz 61 zwar grds für „horizontale Teilung“ aus, lehnt aber „vertikale Teilung“ des Vertragsverhältnisses ab.

146) OGH 7 Ob 86/98 t VersRdSch 1997/473; *Armbrüster* in *Pröls/Martin*, VVG²⁸ § 95 Rz 31 ff mwN.

147) Abl zwar OGH 28. 2. 2001, 7 Ob 24/01 g VR 2001/547, allerdings für Gesamtrechtsnachfolge durch Verschmelzung.

148) Zur Erbengemeinschaft BGH NJW 1989, 2133; NJW 2002, 3389; BGHZ 92, 259; zur unbeschränkten Haftung *Palandt*, BGB⁷² § 2032 Rz 6; für Österreich § 825 ABGB; OGH SZ 23/287; SZ 23/371; SZ 26/207; MietSlg 56.062.

Gewisse Komplikationen anlässlich der Vertragsaufspaltung – wie zB dass bei einer Mehrzahl von Vertragspartnern Mahnungen, Rechnungen und sonstige Erklärungen mehrfach abgegeben werden müssen – sind vom Vertragspartner hinzunehmen, wie überhaupt durch das Institut der Spaltung sich für den Vertragspartner so manches verkompliziert und zusätzlichen (Rechtsberatungs- und Nachforschungs-)Aufwand erfordert. Sachgerecht wäre mE insofern die Zuerkennung eines Kostenersatzanspruchs an den Vertragspartner in ergänzender Vertragsauslegung.

3. Genussrechte, Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich gibt es spaltungsrechtliche Sondervorschriften für Genussrechte, Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen.

a) Deutschland

Das deutsche Spaltungsrecht¹⁴⁹⁾ erklärt die verschmelzungsrechtlichen Vorschriften in weiten Teilen für anwendbar, sodass für die Spaltung auch die Sondervorschrift des § 23 dUmwG¹⁵⁰⁾ über den Schutz von Inhabern von „Sonderrechten“ – insb von Genussrechten, Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen – durch Gewährung gleichwertiger Rechte gilt. Dabei können gleichwertige Rechte iSd § 23 dUmwG auch in der zu spaltenden Ges selbst – dem „übertragenden Rechtsträger“ – gewährt werden.¹⁵¹⁾

Normale Gläubiger, einschließlich solcher aus Inhaberschuldverschreibungen, fallen nicht in den Schutzbereich der §§ 23 und 133 dUmwG für die erwähnten „Sonderrechte“.¹⁵²⁾

Wie müssen nun die gleichwertigen Rechte beschaffen sein? Müssen sie an allen an der Spaltung beteiligten Rechtsträgern begründet werden, oder können sie sich auf einzelne Ges beschränken?

Diese Fragen sind im dUmwG nicht explizit beantwortet. Der Meinungsstand ist kursorisch, höchstgerichtliche Rsp dazu gibt es, soweit ersichtlich, nicht: Nach der Gesetzesbegründung zu § 133 Abs 2 Satz 2 dUmwG sollte mit der Möglichkeit, die Sonderrechte bei der spaltenden Ges angesiedelt zu lassen, ein obligatorischer Schuldneraustausch vermieden und den Entscheidungsträgern unbeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt werden. Außerdem sollen die Entscheidungsträger auf diesem Wege ermächtigt werden, zwar nicht die bestehenden Sonderrechte aufzuheben und auszutauschen, sie jedoch (sofern notwendig) in ihrem Inhalt umzugestalten;¹⁵³⁾ aber es muss sich um *gleichartige* Rechte handeln.¹⁵⁴⁾

Danach wäre es zB *unzulässig*, Gewinnschuldverschreibungen durch die Spaltung plötzlich mit Nachrangigkeit gegenüber den anderen Gläubigern auszustatten oder eine vereinbarte Mindestverzinsung entfallen zu lassen.

Beispiel: Unterstellt man zB eine Spaltung, durch die eine KapGes wertmäßig die Hälfte ihres Vermögens in eine andere Ges abspalte, so könnte die Umgestaltung eines Genussrechts, das bisher einen 10%igen Gewinnanteil am ganzen Unternehmen vorsah, wie folgt erfolgen: Am übertragenden Rechtsträger wird der Gewinnanteil des Genuss-

rechts verdoppelt, hingegen wird an der übernehmenden Ges kein Genussrecht eingeräumt: Dann bliebe der Gewinnanteil wirtschaftlich betrachtet konstant.

Dennoch birgt diese Lösung massive Nachteile für den Genussrechtsinhaber: Denn der Risikoausgleich, wie er bisher im größeren Unternehmen vor der Spaltung vorhanden war, fällt durch die Spaltung in zwei kleinere Einheiten weg.

Und noch gravierender sind bei der Feststellung der „Gleichwertigkeit“ von Rechten die Bewertungsunsicherheiten: Denn die oben erwähnte Prämisse des Beispielfalls, dass wertmäßig die Hälfte des Vermögens abgespalte wird und deshalb das Genussrecht anzupassen ist, steht auf tönernen Füßen. Mit anderen Worten, sie ist mit großen Bewertungsbandbreiten und -unsicherheiten behaftet. Jede Unternehmensbewertung – und damit auch die Bewertung gewinn- oder substanzabhängiger Rechte an einem Unternehmen – hängt nämlich von der Beurteilung ihrer Ertragsaussichten ab.¹⁵⁵⁾ Diese wiederum hängen maßgeblich von Annahmen über zukünftige Entwicklungen ab, etwa von volkswirtschaftlichen Rahmenbedingungen (Konjunktur, Finanzkrise, Arbeitslosigkeit), Entwicklung bei Preisen der Rohstoffe und der am Markt erzielbaren Absatzpreise, Zinsen, Nachfrage nach den erzeugten Produkten oder Dienstleistungen, Auftreten von Konkurrenz, Entwicklung der Löhne und Gehälter, Fähigkeiten des Managements und der Mitarbeiter, Aufrechterhaltung von an sich kündbaren Vertragsbeziehungen, (Nicht-)Verbleib tüchtiger Mitarbeiter im Unternehmen uvm. Die Anteilsinhaber können durch die Spaltung, die ja in ihrem Belieben steht, ihren Wissensvorsprung über Marktverhältnisse und Unternehmensinterna ausnützen. Es wäre eine Illusion, anzunehmen, dass alle für den künftigen Unternehmenserfolg relevanten Umstände, Insiderinformationen und Erwartungen durch Sachverständigengutachten richtig erfasst, vorausgesagt und bewertet werden können.

Die Anteilsinhaber unterliegen bei der Zuordnung der Belastung der Sonderrechte an einzelne spaltungsbeteiligte Gesellschaften einer Interessenkollision, sodass sie naheliegenderweise sich selbst häufig bevorzugen. Dies wird der Rechtsanwender, das Gericht, bei der Beweislast für den Wert der ersatzweise eingeräumten Rechte (und der zugrunde liegenden

149) § 125 dUmwG.

150) Dazu s schon im 1. Teil meines Beitrags, *ecolx* 2013, 140 (141).

151) Bei der „Aufspaltung“ erlischt der übertragende Rechtsträger, weshalb § 133 Abs 2 dUmwG idZ richtig nur die Fälle der „Abspaltung“ und der „Ausgliederung“ erwähnt.

152) *Schwab* in *Lutter*, *UmwG*⁴ § 133 Rz 128. *Kalis* in *Semler/Stengel*, *UmwG*³ § 23 Rz 5; *Marsch/Barner* in *Kallmeyer*, *UmwG*⁵ § 23 Rz 6.

153) *Ganske*, *UmwG*² 166; *Schwab* (FN 152). § 133 Rz 130; unklar *Maier-Reimer/Seulen* in *Semler/Stengel*, *UmwG*³ § 133 Rz 73 u 75, die einerseits den Spaltungsvertrag für maßgeblich ansehen, bei wem gleichwertige Rechte einzuräumen sind (Rz 73), andererseits aber das Recht des Gläubigers bejahen, aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung die Einräumung gleichwertiger Rechte bei demjenigen oder denjenigen Spaltungsbeteiligten zu verlangen, die dazu in der Lage sind.

154) *Schwab* (FN 152) Rz 13 u 136.

155) BGHZ 116, 359; WM 1979, 432; *Großfeld/Merkelbach*, NZG 2008, 241; OGH SZ 53/172; *Mandl/Rabl*, Unternehmensbewertung².

Unternehmensbewertung der gespaltenen Rechtsträger) mitzuberücksichtigen haben. Es bleibt daher das Unbehagen, dass trotz der gesetzgeberischen Anordnung der Gewährung „gleichwertiger Rechte“ an die Inhaber von „Sonderrechten“ dieses Ziel in der Praxis häufig nicht erreicht wird.

Am ehesten ließe sich dieses Ziel wohl erreichen, wenn die „Sonderrechte“ – wie Genussrechte, Wandel- oder Inhaberschuldverschreibungen – an *sämtliche* spaltungsbeteiligte Gesellschaften gleichermaßen zu gewähren sind, weil dann – wenn es etwa um Gewinnanteile geht – die Bemessungsgrundlage gleich bleibt; doch gerade das wird gesetzlich nicht gefordert.

Werden gleichwertige Rechte nicht gewährt, hat der Inhaber der Sonderrechte die gleichen Rechte wie im Fall des § 23 dUmwG: Er kann dann jene Ges, der gemäß Spaltungsvertrag die Sonderrechte auferlegt wurden, auf Gewährung gleichwertiger Rechte klagen.

Der Inhalt der Mithaftung der übrigen spaltungsbeteiligten Gesellschaften ist streitig: Nach manchen¹⁵⁶⁾ sei jede mithaftende spaltungsbeteiligte Ges zur primären Erfüllung, dh zur Einräumung gleichwertiger Ersatzrechte verpflichtet und könne von den Inhabern von Sonderrechten unmittelbar darauf in Anspruch genommen werden. Nach anderer, mE vorzugswürdiger Auffassung¹⁵⁷⁾ trifft die mithaftenden Spaltungsbeteiligten lediglich eine Einstandspflicht, sodass sie lediglich darauf hinwirken müssen, dass der Hauptschuldner gleichwertige Sonderrechte gewährt; bei Nichtleistung durch den Hauptschuldner trifft sie lediglich eine Geldersatzpflicht.

Sieht der Spaltungsvertrag überhaupt kein Ersatz-Sonderrecht vor, können die Sonderrechts-Inhaber gegen sämtliche spaltungsbeteiligten Rechtsträger als gesamtschuldnerische Hauptschuldner Leistungsklage auf Gewährung eines Ersatzrechts erheben.¹⁵⁸⁾

Die Haftung der „mithaftenden“ Gesellschaften verjährt binnen fünf Jahren ab Bekanntmachung der Spaltung.¹⁵⁹⁾

b) Österreich

Ebenso wie bei der Verschmelzung¹⁶⁰⁾ ordnet auch das österr Spaltungsrecht¹⁶¹⁾ an, dass „den Inhabern von Schuldverschreibungen und Genussrechten (...) gleichwertige Rechte zu gewähren oder die Änderung der Rechte oder das Recht selbst angemessen abzugelten“ sind. Soweit der österr Gesetzgeber der spaltenden Ges es freistellt, selbst eine Zuzahlung (Abfindung) wegen Änderung der Rechte oder überhaupt eine gänzliche Abgeltung des Rechtes vorzusehen, geht dies über die Regelung des dUmwG hinaus.

Dass das Wort „Schuldverschreibungen“ zu weit gefasst ist und teleologisch auf „Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen“ zu reduzieren ist, hatte ich schon im ersten Teil meines Beitrags¹⁶²⁾ erwähnt.

Für die Probleme, die mit der Gewährung gleichwertiger Rechte verbunden sein können, kann ich auf meine Ausführungen zur deutschen Rechtslage (oben a) verweisen. Auch nach österr Spaltungsrecht wird man verlangen müssen, dass die im Spaltungsplan festgesetzten Rechte nicht nur „gleichwertig“, sondern

auch „gleichartig“ sein müssen. Dies zeigt ein Blick ins Schadenersatzrecht, wo der Primat der Naturalrestitution die Bewirkung eines „gleichartigen und gleichwertigen Zustandes verlangt“.¹⁶³⁾ Ist eine solche Ersatzlage wegen Unmöglichkeit oder Untunlichkeit nicht herstellbar, so ist Geldersatz zu leisten.¹⁶⁴⁾

Werden gleichartige Rechte nicht gewährt, so wird der Rechte-Inhaber diese zurückweisen und entweder auf Gewährung im Wesentlichen gleichartiger und gleichwertiger Rechte¹⁶⁵⁾ oder sofort auf Geldersatz klagen können.

Primär ist jene (sind jene) Gesellschaft(en) zur Gewährung gleichartiger und gleichwertiger Rechte oder zur Zahlung der angemessenen Abgeltung verpflichtet, der (denen) nach dem Spaltungsplan oder dem Spaltungs- und Übernahmevertrag diese Sonderrechte zugeordnet wurde(n) (Hauptschuldner). Ob die anderen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften für die Erfüllung dieser Pflicht durch den Hauptschuldner (mit)haften, ist dem öSpaltG nicht klar zu entnehmen: Denn § 15 Abs 1 öSpaltG spricht nur von der Haftung „für die bis zur Eintragung der Spaltung begründeten Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft, einschließlich Verbindlichkeiten aus späterer nicht gehöriger Erfüllung (...)“.

Nun könnte man argumentieren, dass die Verpflichtung zur Gewährung gleichwertiger Rechte erst mit Eintragung der Spaltung, die ja konstitutiv wirkt, entsteht, also *nicht* bereits *vor* der Eintragung der Spaltung begründet war, wie es der Gesetzeswortlaut verlangt.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die in Rede stehenden Sonderrechte ja schon *vor* der Spaltung bestanden und durch die Spaltung lediglich modifiziert, dh durch gleichwertige Rechte ersetzt oder abgegolten werden sollen. Es handelt sich demnach um „Altverbindlichkeiten“, die nach dem Gläubigerschutzkonzept des SpaltG durch die Solidarhaftung der übrigen spaltungsbeteiligten Ges gesichert sind.

Allerdings ist auf die österr Besonderheit hinzuweisen, dass die übrigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften nur zutragsbeschränkt bis zur Höhe des ihnen jeweils zugeordneten „Nettoaktivvermögens“ mithaften.¹⁶⁶⁾

156) Hörtnagl in *Schmitt/Hörtnagl/Strotz*, UmwG⁴ § 133 Rz 28; *Wirth*, Spaltungen der eingetragenen Genossenschaft (1998) 423 f; *Maier-Reimer/Seulen* in *Semler/Stengel*, UmwG³ § 133 Rz 75.

157) *Schwab* in *Lutter*, UmwG⁴ § 133 Rz 133 ff.

158) *Schwab* in *Lutter*, UmwG⁴ § 133 Rz 137; *Maier-Reimer* in *Semler/Stengel*, UmwG³ § 133 Rz 74.

159) (...) beim übertragenden Rechtsträger; § 133 Abs 6 dUmwG.

160) § 226 Abs 3 öAktG.

161) § 15 Abs 5 SpaltG; für die Spaltung zur Aufnahme § 17 Z 5 öSpaltG.

162) *ecolx* 2013, 141.

163) OGH 1 Ob 15/02 s bbl 2002, 161; wirtschaftlich im Wesentlichen gleiche Ersatzlage: 1 Ob 15/02 s; 3 Ob 565/88 EvBl 1989/103; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1323 Rz 2.

164) OGH 3 Ob 565/88 EvBl 1989/103; 1 Ob 1, 2/78 SZ 51/7; 1 Ob 195/03 p EFSlg 104.603; *Hinteregger* in *Kleteckal/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1323 Rz 4.

165) Zu den diesbezüglichen prozessualen Problemen s den ersten Teil meines Beitrags, *ecolx* 2013, 141.

166) § 15 Abs 1 öSpaltG. Diese Haftungsbegrenzung entfällt, wenn die ggf zu leistende Sicherheit nicht geleistet wird; § 15 Abs 3 öSpaltG.

Verjährung: Das österr SpaltG enthält zwar keine eigene Verjährungsvorschrift. Die Rsp¹⁶⁷) wendet aber für die Ansprüche, die innerhalb von fünf Jahren nach Eintragung der Spaltung fällig werden, die Verjährungsvorschriften des Personengesellschaftsrechts (§§ 26, 159 öHGB aF; jetzt §§ 39, 160 öUGB) analog an.

4. Rechtsmissbräuchliche Spaltung, ao Kündigungsrecht

Zutreffend wird hervorgehoben, dass das Rechtsinstitut der Spaltung nicht rechtsmissbräuchlich eingesetzt werden darf¹⁶⁸) und dem Vertragspartner uU das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages oder zur Vertragsaufhebung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zusteht.¹⁶⁹)

Ungeachtet der Organisationsfreiheit kann eine Spaltung – ebenso wie etwa eine Umwandlung nach dem öUmwG¹⁷⁰) – durch Überschreitung der immanenten Schranken der Spaltung rechtsmissbräuchlich sein. Zu erinnern ist an die bereits erwähnte Privatautonomie, die der Gesetzgeber nur in sachlich gerechtfertigten Fällen durchbrechen darf. Nicht jede Spaltung, die nur die Interessen der KapGes fördert, jene des Vertragspartners aber in unzumutbarer Weise beeinträchtigt, trägt diese Rechtfertigung in sich. Die Schranke des sog „institutionellen Missbrauchs“ wird aus einer generalisierenden Interessenabwägung gewonnen, die sich aus dem Prinzip von Treue und Glauben ableitet.¹⁷¹) Es ist damit zu fragen, ob eine vertragliche Gestaltung (im Spaltungsplan) mit Rechten Dritter oder mit anderen Rechtswerten *in unvereinbarer Weise kollidiert*. Ein institutioneller Missbrauch liegt vor, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass die Interessen der Vertragspartner und Gläubiger grob beeinträchtigt werden.¹⁷²) Im Fall des Missbrauchs kann gegen Ansprüche, die die übernehmende Gesellschaft erworben hat, einredeweise entgegengehalten werden, dass die Rechtsstellung missbräuchlich erworben wurde, sofern dies dem übernehmenden Rechtsträger zurechenbar ist. Insofern wirkt der Missbrauch aus vergangener Handlung – Beteiligung an der Spaltung – fort.¹⁷³) Die Spaltung könnte aber auch eingesetzt werden,

- um bestimmte Gläubiger „abzuschütteln“,
- um unangenehme Vertragsverhältnisse in eine „todgeweihte“ Ges oder – etwa bei Wettbewerbsverboten oder sonstigen Handlungs- oder Unterlassungspflichten¹⁷⁴) – in eine sachlich unzuständige Ges abzuspalten,
- oder – auch wenn noch eine Mithaftung anderer Ges gegeben ist – durch die Verkomplizierung der Rechtsverfolgung zumindest einen Zeitvorteil zu erlangen oder die Exekution (auch durch einstweilige Verfügung gegen den bisher Verpflichteten) zu vereiteln.

F. Bydlinski¹⁷⁵) weist zutreffend darauf hin, dass schon „irgendein mitspielender offener Schädigungszweck“ genügt, um Rechtsmissbrauch zu begründen.

Selbst wenn man demnach berücksichtigt, dass der Gesetzgeber den Gesellschaftern der spaltenden Ges Gestaltungsmessen eingeräumt hat, ist dieses

kein unumschränktes. Wenn die geförderten und die benachteiligten Interessen in einem groben Missverhältnis stehen und nicht durch die gesetzlichen Haftungs- und Sicherstellungsregeln ausreichend geschützt sind, insb wenn ein Schädigungszweck offenbar mitspielt, kann Rechtsmissbrauch gegeben sein; dieser kann den an der Spaltung beteiligten Gesellschaften entgegengehalten werden.

Daneben kommt auch die Haftung der Organe der gespaltenen Ges gegenüber den Gläubigern und Vertragspartnern in Betracht, uzw auch im Regress (§ 3 Abs 5 öSpaltG).

Im Zusammenhang mit Genussrechten, Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen sieht Kals¹⁷⁶) die Möglichkeit der Anteilsinhaber, jede – noch so kleine – Abspaltung zu beschließen und somit zum Anlass (Vorwand) zu nehmen, die in Rede stehenden Sonderrechte zu modifizieren oder überhaupt abzugelten (abzuschichten), als zu weitgehend an. Da dies einen zu weitgehenden Eingriff in die Vertragsgestaltung darstelle, sei ebenso wie im Verschmelzungsrecht das Gestaltungsrecht des Emittenten, das ist die Spaltung der KapGes, dahin einzuschränken, dass „mit der Spaltung tatsächlich eine Vermögensverschiebung mit (wohl gemeint: wesentlicher) Auswirkung auf die schuldrechtlich Beteiligten einhergeht“.¹⁷⁷)

G. Zusammenfassung

1. Ob die partielle Gesamtrechtsnachfolge nur die Zuweisung eines Vertragsverhältnisses als Ganzes an eine der spaltungsbeteiligten Gesellschaften gestattet oder auch die inhaltliche Aufteilung des bisher einheitlichen Vertragsverhältnisses auf zwei oder mehrere spaltungsbeteiligte Gesellschaften erlaubt, ist fraglich. Im Zusammenhang mit Versicherungsver-

167) OGH 5 Ob 182/03 f SZ 2003/96; zust Kals (FN 133) § 15 SpaltG Rz 26; Schimka, GesRZ 2008, 290; Hahn, eclex 2010, 572; Artmann, wbl 2007, 261 (nur bei Dauerschuldverhältnis); aA Dellinger, ÖBA 2008, 181; Grossmayer, Gläubigerschutz bei Abspaltungen (2010) 170.

168) Teichmann in Lutter, UmwG⁴ § 131 Rz 9 ff, 22 f; vgl Heidenbahn, ZHR 168 (2004) 468, 481; einschränkend Schröer in Semler/Stengel, UmwG³ § 131 Rz 17. Für Österreich Reich-Rohrwig, eclex 1993, 525; Grünwald (FN 115) 360; ders, GesRZ 1995, 115; Kals (FN 133) SpaltG § 2 Rz 61 f, § 14 Rz 16; Stern in Doralt/Nowotny, Der EG-Anpassungsbedarf im österr Gesellschaftsrecht (1993) 159; Stockenhuber, RIW 1994, 281; Kleindiek, ZGR 1992, 521.

169) Teichmann in Lutter, UmwG⁴ § 131 Rz 5, 43 f; Schröer in Semler/Stengel, UmwG³ § 131 Rz 19 ff, 31 f; Simon in Kölner Komm UmwG § 131 Rz 27; Kals (FN 133) SpaltG § 2 Rz 61, § 14 Rz 16.

170) Vgl OGH 6 Ob 335/97 a eclex 1998, 557; 7 Ob 38/98 h eclex 1998, 711.

171) So Teichmann in Lutter, UmwG⁴ § 131 Rz 9 uHa BVerG 19. 10. 1993, 1 EvR 1044/89 ZIP 1993, 1775 für das Prinzip der Vertragsfreiheit selbst.

172) Dazu näher Teichmann in Lutter, UmwG⁴ § 131 Rz 9 ff, 15 ff.

173) Teichmann in Lutter, UmwG⁴ uHa auf Roth in MünchKom BGB⁶ § 242 Rz 219 ff; Teichmann in Soergel, BGB § 242 Rz 281 ff; Looschelders/Olzen in Staudinger, BGB (2005) § 242 Rz 238 ff.

174) Schwab in Lutter, UmwG⁴ § 133 Rz 45 f mwN.

175) Skizzen zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im österr Privatrecht, in FS Krejci (2001) 1079, 1090.

176) (FN 133) § 15 SpaltG Rz 86.

177) Kals (FN 133) § 15 SpaltG Rz 86 sowie dies (FN 133) § 226 AktG Rz 30 sowie Nowotny in FS Wiesner 327 (336).

trägen und anderen Massengeschäften wird dies zulässig sein.

2. Im Zusammenhang mit Genussrechten, Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen wäre die Erstreckung dieser Sonderrechte auf alle an der Spaltung beteiligten Gesellschaften häufig am sachgerechtesten. Ausdrücklich zugelassen ist jedoch, dass derartige Sonderrechte nur einer der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften auferlegt und die Inhalte der Rechte so modifiziert werden, dass sie gleichartig und wirtschaftlich gleichwertig sind.

3. Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs wird nicht nur der Fall, dass eine Abspaltung von geringen Vermögensteilen zum Anlass (Vorwand) genommen wird, Sonderrechte nunmehr inhaltlich zu modifizieren oder – in Österreich – zur Gänze abzugelten, missbräuchlich sein; es kommen noch andere Formen des Missbrauchs des Instruments der Spaltung in Betracht, die nicht nur die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften, sondern letztlich auch deren Organe persönlich haftbar machen.