

ABSPALTUNG ZUR AUFNAHME AUF EINE VORGESELLSCHAFT

Eine Abspaltung zur Aufnahme auf eine übernehmende GmbH, die zum Zeitpunkt der Spaltung bereits gegründet, aber noch nicht im Firmenbuch registriert ist, ist zulässig. Die übernehmende Gesellschaft als solche sowie die Spaltung sind diesfalls gleichzeitig in das Firmenbuch einzutragen. Zu diesem Zeitpunkt treten auch die Wirkungen der Spaltung ein.¹

LUKAS FANTUR

1. Rechtsnatur der Vorgesellschaft

Es ist gesicherter Stand der Lehre, dass es sich bei der Vorgesellschaft um eine Gesellschaft eigener Art handelt, die einem Sonderrecht untersteht, das aus den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen GmbH besteht, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt.²

Ausgehend von dieser Rechtsnatur der Vorgesellschaft als Gesellschaft *sui generis* besitzt die Vorgesellschaft heute nach nahezu einhelliger Auffassung bereits Rechtsfähigkeit. Sie *kann* nicht nur bereits Träger von Rechten und Pflichten sein, vielmehr *ist* sie schon Rechtsträger.³ Demzufolge kann die Vorgesellschaft am Rechtsverkehr teilnehmen. Sie ist konto- und wechselfähig und kann Komplementärin einer KG sein.⁴ Sie kann Eigentümer, Gläubiger und Schuldner sein, Verträge abschließen und Schenkungen annehmen.⁵ Auch ihre Grundbuchfähigkeit ist anerkannt.⁶

Die Judikatur ist der herrschenden Lehre zustimmend gefolgt; zuerst der deutsche Bundesgerichtshof,⁷ dann auch – mittlerweile zum wiederholten Mal – der österreichische Oberste Gerichtshof.⁸ Die unter ausdrücklicher Außerachtlassung einer „rein gesellschaftsrechtlichen Argumentation“⁹ vom 8. Senat des OGH in einer IESG-Sache vertretene These, wonach eine Vorgesellschaft „nicht Arbeitsgeberin“ sein könne,¹⁰ hat sich innerhalb des Obersten Gerichtshofes nicht durchgesetzt. Zunächst relativierte sich der 8. Senat in einer nachfolgenden Entscheidung selbst, indem er seine Annahme vom Vorliegen einer GesBR im GmbH-Gründungsstadium für das (im gegenständlichen Fall nicht interessierende) Stadium der *Vorgründungs*-gesellschaft einengte¹¹ und die Frage der Rechtsfähigkeit der Vorgesellschaft, also der Gesellschaft zwischen der Errichtung des Gesellschaftsvertrages und der Eintragung in das Firmenbuch, wieder offen lies.

In der Folge hatte sich der OGH – dieses Mal der 6. Senat –

erneut mit der Frage zu beschäftigen, wenn auch im Zusammenhang mit einer Vor-Stiftung. Unter ausdrücklicher Berufung auf die für Kapital-Vorgesellschaften geltenden Grundsätze sprach der OGH dabei explizit aus, dass die Privatstiftung auch schon vor Eintragung Eigentümer, Gläubiger und Schuldner sein kann. Ausdrücklich hält der Oberste Gerichtshof fest, dass die Vor-Stiftung im Sinne der zur Vorgesellschaft vertretenen Auffassung bereits Verträge abschließen und Schenkungen annehmen kann, wobei das Höchstgericht die von der Lehre für die Existenz einer rechtsfähigen Vorstiftung (Vorgesellschaft) im Zeitraum zwischen Errichtung und Entstehung als *überzeugend* bezeichnete.¹²

1) Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

2) Siehe *Koppensteiner*, GmbHG² § 2 Rz 5 mwN.

3) *Weilinger*, Zur rechtlichen Einordnung der „Vorgesellschaft“ – vor allem zur Vor-GmbH und Vor-AG (I), *GesRZ* 1996, 158 f mwN; *Karsten Schmid*, Umwandlung von Vorgesellschaften? §§ 41 AktG, 11 GmbHG und umwandlungsrechtlicher *numerus clausus*, FS Zöllner, 521; *Kostner/Umfahrer*, GmbH² Rz 18; *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 19, 21; *Fantur*, Das Haftungssystem der GmbH-Vorgesellschaft (1997), 17; *Fantur/Kreil*, Arbeitsverträge mit einer GmbH in Gründung und Insolvenz, RdW 1999, 727 f; *Gellis/Feil*, GmbHG⁴ § 2 Rz 3; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 1/521; *Geist*, Entscheidungsanmerkung, RdA 1999, 293; *Geist*, Grundprobleme der Kapital-Vorgesellschaft (1991) und viele andere.

4) *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 1/522; zustimmend *Koppensteiner*, GmbHG², § 2 Rz 21.

5) Vgl OGH 13.09.2001, 6 Ob 189/01i (zur Vor-Stiftung unter Berufung auf die für die Vorgesellschaft geltenden Grundsätze).

6) *Koppensteiner*, GmbHG², § 2 Rz 21; *Kostner/Umfahrer*, GmbH² Rz 19.

7) BGHZ 117, 323 ua, zB BGH 28.11.1997 – V ZR 178/96, GmbHR 1998, 185.

8) Siehe OGH 24.11.1998, 1 Ob 188/98y, RdW1999, 334; OGH 29.6.1999, 1 Ob 70/99x (obiter dictum); OGH 13.07.1995, 6 Ob 570/94, JBl 1996, 528 (Anm *Geist/Karollus*).

9) OGH 24.2.2000, 8 Ob S 49/00i, RdW 2000, 557 (599).

10) OGH 12.3.1998, 8 ObS 162/98a, RdA 1999/37 (*Geist*).

11) OGH 24.2.2000, 8 Ob S 49/00i, RdW 2000, 557 (599).

12) Diesen Rechtssatz judizierte der OGH in Kenntnis und Erwähnung eines kurz zuvor erschienen Beitrages von *Ulrich Torggler* (Das Sein und das Nichts: Die Vorgesellschaften als Rechtsverhältnis und als Rechtsträger, FS Krejci [2001] 9459), welcher hierin überraschend der von Lehre und Judikatur aufgegebenen Doktrin von der Qualifikation einer Vorgesellschaft als GesBR den Vorzug gibt. Da der OGH in der zuvor zi-

Es ist daher festzuhalten, dass die Vorgesellschaft sowohl nach herrschender Lehre als auch nach der wiederholten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs rechtsfähig ist. Als Gesellschaft *sui generis* ist sie bereits als Rechtsträger existent.

2. Vertretung der Vorgesellschaft, Abschluss eines Spaltungs- und Übernahmevertrages

Einhelligkeit besteht dahingehend, dass die Vor-GmbH durch ihre Geschäftsführer vertreten wird¹³ (wobei sich diese selbstverständlich wiederum rechtsgeschäftlich vertreten lassen können). Meinungsunterschiede bestehen lediglich hinsichtlich des Umfangs der Vertretungsmacht. Hiezu wird einerseits vertreten, dass diese bereits im Gründungsstadium im Sinne des § 20 Abs 2 GmbHG unbeschränkt und unbeschränkbar sei,¹⁴ andererseits, dass sie sich nach der Geschäftsführungsbefugnis richte.¹⁵ Unbestritten ist jedoch, dass die Geschäftsführungsbefugnis durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss über die gründungsnotwendigen Geschäfte hinaus erweitert werden kann.¹⁶

Der (oder die) Geschäftsführer einer Vorgesellschaft handeln bei Unterfertigung des Spaltungs- und Übernahmevertrages somit jedenfalls dann im Rahmen ihrer Geschäftsführungsbefugnis, wenn der genannte Vertrag ausdrücklich unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigung durch die Generalversammlung¹⁷ geschlossen wird. Eine Überschreitung der internen Geschäftsführungsbefugnisse ist damit ausgeschlossen. Wird ein solcher einstimmiger Gesellschafterbeschluss auch tatsächlich gefasst, ist der Abschluss des Spaltungs- und Übernahmevertrages sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis für die Vorgesellschaft jedenfalls zulässig und bindend. Der Vertrag ist wirksam.

3. Abhaltung einer Generalversammlung / Fassung von Gesellschafterbeschlüssen im Gründungsstadium

Die Abhaltung von Generalversammlungen und die Fassung von Gesellschafterbeschlüssen sind bereits im Stadium der Vor-GmbH möglich und zulässig. So erfolgt die Bestellung der Geschäftsführer, sofern diese nicht bereits im Gesellschaftsvertrag ernannt werden, mittels Gesellschafterbeschluss. Wenn das Gesetz in § 3 Abs 1 GmbHG die Bestellung der ersten Geschäftsführer vor der Eintragung vorsieht, so ist § 15 Abs 1 GmbHG anzuwenden,¹⁸ dessen Satz 3 auf die §§ 34 ff GmbHG, also die Regelungen über die Generalversammlung (bzw über Gesellschafterbeschlüsse) verweist. Ebenfalls vor Eintragung der Gesellschaft hat die Bestellung des ersten Aufsichtsrates zu erfolgen, zumal die Aufsichtsratsmitglieder bereits von Beginn an bei der GmbH im Firmenbuch einzutragen sind

(§§ 9 Abs Z 4; 11 GmbHG). Gemäß § 30b GmbHG erfolgt die Bestellung der Aufsichtsrats-Mitglieder ebenfalls grundsätzlich durch die Generalversammlung. Die Beispiele zeigen, dass die Gesellschafter schon von Gesetz wegen zur Fassung von Gesellschafterbeschlüssen im Stadium zwischen der Errichtung des Gesellschaftsvertrages und der Anmeldung zur Eintragung in das Firmenbuch verpflichtet sind.

Die Anwendung der Vorschriften über die Generalversammlung (§ 34 ff GmbHG) hängt aber darüber hinaus generell nicht davon ab, ob die Gesellschaft eingetragen ist oder nicht.¹⁹ Sowohl die Abhaltung von Generalversammlungen wie auch die Fassung von Gesellschafterbeschlüssen, egal ob schriftlich oder in Form einer Generalversammlung, ist bereits im Stadium der Vorgesellschaft ganz allgemein zulässig und im übrigen üblich (zB Erlassung einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführer sogleich nach deren Bestellung; Beschlussfassung über die Zulässigkeit der Bestellung eines Prokuristen gemäß § 35 GmbHG).

Die Abhaltung einer Generalversammlung durch die Gesellschafter einer Vorgesellschaft zur Genehmigung eines Spaltungs- und Übernahmevertrages ist daher ebenfalls schon im Gründungsstadium zulässig. Derartige Gesellschafterbeschlüsse können somit auch im GmbH-Gründungsstadium wirksam gefasst werden.

4. Beteiligung einer Vorgesellschaft auf Seiten des übernehmenden Rechtsträgers

Auszugehen ist von der Feststellung, dass die gesetzlichen Rechtswirkungen der Spaltung nach § 14 SpaltG erst eintreten können, wenn die Abspaltung zur Aufnahme auf den übernehmenden, also seinerseits eingetragenen Rechtsträger eingetragen worden ist. Bei der Abspaltung zur Neugründung, auch bei der Verschmelzung zur Neugründung, ist dies genauso.

tierten Entscheidung den Beitrag Ulrich Torgglers ausdrücklich zitiert hat, hierauf jedoch nicht eingegangen ist und die Existenz der Vorgesellschaft und deren Rechtsfähigkeit (am Beispiel der Vor-Privatstiftung) erneut ausdrücklich bejaht hat, sollen die von der Rechtsentwicklung seit geraumer Zeit fallen gelassenen Argumente für das Verständnis einer Vorgesellschaft als GesBR an dieser Stelle nicht neu aufgerollt werden.

13) Koppenssteiner, GmbHG² § 2 Rz 22 mwN.

14) Geist, Grundprobleme der Kapital-Vorgesellschaft (1991), 102 ff.

15) Koppenssteiner, GmbHG², § 2 Rz 22.

16) Koppenssteiner, GmbHG² § 2 Rz 12; BGHZ 65, 378, 382; Rittner/Schmidt-Leithoff in Rowedder, GmbHG² § 11 Rz 85 mwN.

17) Punkt 13. des Spaltungs- und Übernahmevertrages.

18) OGH 1 Ob 188/98y, RdW 1999, 344; Ulrich Torggler, Das Sein und das Nichts: Die Vorgesellschaft als Rechtsverhältnis und als Rechtsträger, FS Krejci (2001), 945, 952.

19) Koppenssteiner, GmbHG² § 2 Rz 13 mwN.

Da also die Wirkungen der Gesamtrechtsnachfolge zwingend von der Eintragung der Spaltung in das Firmenbuch abhängen, ist die Frage, ob eine Abspaltung zur Aufnahme auf eine Vorgesellschaft mit (sofortiger) Wirkung für die Vorgesellschaft möglich ist, von vornherein auszuschließen.²⁰ Die Vorgesellschaft selbst ist also noch nicht spaltungsfähig.

Davon ist aber die Frage, ob die Vorgesellschaft als insofern nicht spaltungsfähiger Rechtsträger schon *Vorbereitungshandlungen* für eine Spaltung nach Entstehung der Gesellschaft treffen kann, streng zu unterscheiden.²¹

Aus dem oben (1. und 2.) Gesagten ergibt sich, dass die Vorgesellschaft bereits fähig ist, Vertragspartei eines Spaltungs- und Übernahmevertrages zu sein. Wie ebenfalls gezeigt wurde (3.), können die für die Abspaltung zur Aufnahme erforderlichen Gesellschafterbeschlüsse – als Vorbereitungshandlungen – ebenfalls bereits im Gründungsstadium gefasst werden. So ist etwa auch für die Verschmelzung zur Neugründung ausdrücklich anerkannt, dass ein noch nicht verschmelzungsfähiger Rechtsträger schon Vorbereitungshandlungen für eine Verschmelzung erst nach Entstehung treffen kann. Dem steht deshalb nichts entgegen, weil die rechtliche Wirkung der Verschmelzung erst nach Entstehung eintritt.²² Dies vertritt nicht nur die herrschende Lehre in Deutschland,²³ sondern auch *Kalss* für Österreich, wobei sich *Kalss* überdies genau auf den hier interessierenden speziellen Fall einer Spaltung zur Aufnahme bezieht. Demgemäß können Vorbereitungshandlungen, wie die Erstellung des Spaltungsplans oder des Übernahmevertrages oder die Beschlussfassungen bereits im Gründungsstadium, dh zwischen Errichtung und Eintragung besorgt werden.²⁴

Es ist daher festzuhalten, dass die Vorgesellschaft eine antizipierte Abspaltung zur Aufnahme nach den Regeln des SpaltG in die Wege leiten und sie nach ihrer eigenen Eintragung im Firmenbuch vollziehen kann.²⁵ Die Eintragung in das Firmenbuch hat dabei in Form einer Doppeleintragung (Eintragung der GmbH einerseits – Eintragung der Spaltung zur Aufnahme andererseits) zu erfolgen,²⁶ wobei meines Erachtens dabei nicht anders vorzugehen ist wie in dem Falle, dass der ursprünglich errichtete Gesellschaftsvertrag noch im Gründungsstadium durch Nachtrag abgeändert wurde, sodass also im Ergebnis eine gleichzeitige Eintragung erfolgen kann.

Dass der Gesetzgeber in § 1 SpaltG bei der Aufzählung der verschiedenen zulässigen Spaltungsvarianten stets von einer „Kapitalgesellschaft“ als übernehmenden Rechtsträger spricht, steht dem keinesfalls entgegen. Zum einen wählt der Gesetzgeber bewusst nicht – wie etwa im UmwG – die Ter-

minologie „Nachfolgerechtsträger“. Der dem UmwG entstammende Begriff des „Nachfolgerechtsträgers“ ist wesentlich weiter und umfasst nicht nur jede natürliche oder juristische Person, sondern auch eine OHG/KG oder eine eingetragene Erwerbsgesellschaft. Die Begriffswahl „Nachfolgerechtsträger“ soll deutlich machen, dass für der Anwendbarkeit des UmwG zumindest Teilrechtsfähigkeit vorausgesetzt wird.²⁷

Die Verwendung des Terminus „Kapitalgesellschaft“ in § 1 SpaltG hingegen soll deutlich machen, dass die an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften jedenfalls in der Rechtsform einer GmbH oder AG *organisiert* sein müssen.²⁸ Dies trifft auch für die Vor-GmbH zu. Im übrigen ist aber nochmals darauf hinzuweisen, dass die Vor-GmbH bei der Abspaltung zur Aufnahme ohnehin nur vorbereitend tätig wird und die Spaltung zur Aufnahme in jedem Fall direkt auf die neue, soeben in das Firmenbuch eingetragene GmbH erfolgt.

Diese gleichzeitige Eintragung der GmbH als solche und der auf sie stattfindenden Abspaltung zur Aufnahme entspricht im übrigen völlig jenem Konzept, das der Gesetzgeber für den Fall der Spaltung zur Neugründung vorsieht: Denn selbst der gesetzliche „Normalfall“ – die Spaltung zur Neugründung – lässt zwingend eine Vorgesellschaft entstehen. Diese Vorgesellschaft bei der Spaltung zur Neugründung entsteht notwendig zu dem Zeitpunkt, in dem die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft über den Spaltungsplan Beschluss fassen. Da der Spaltungsplan unter anderem die Fassung(en) des/der Gesellschaftsvertrages/Gesellschaftsverträge der übernehmenden, neu gegründeten Gesellschaft(en) enthält, stellt die Beschlussfas-

20) *Karsten Schmidt*, *Umwandlung von Vorgesellschaften?* §§ 41 AktG, 11 GmbHG und umwandlungsrechtlicher numerus clausus, FS Zöllner (1999), 525, 529.

21) Vgl etwa *Lutter*, *UmwG*², § 3 Rz 5.

22) *Lutter*, *UmwG*², § 3 Rz 5; Ebenso *Heckschen* in *Widmann/Mayer*, *Verschmelzung* Rz 83, wonach bereits vor Eintragung der Verschmelzungsvertrag abgeschlossen und die Zustimmungsbeschlüsse gefasst werden können und lediglich die Eintragung als juristische Person vor der Eintragung der Verschmelzung erfolgen muss; zustimmend *Karsten Schmidt*, *Umwandlung von Vorgesellschaften?* §§ 41 AktG, 11 GmbHG und umwandlungsrechtlicher numerus clausus, FS Zöllner (1999), 525, 528.

23) *Karsten Schmidt*, *Umwandlung von Vorgesellschaften?* §§ 41 AktG, 11 GmbHG und umwandlungsrechtlicher numerus clausus, FS Zöllner (1999), 525, 529; zustimmend *Kallmeyer*, *UmwG*² § 124 Rz 1.

24) *Kalss*, *Verschmelzung Spaltung Umwandlung*, § 1 SpaltG Rz 11 mwN.
25) Vgl *Karsten Schmidt*, *Umwandlung von Vorgesellschaften?* §§ 41 AktG, 11 GmbHG und umwandlungsrechtlicher numerus clausus, FS Zöllner (1999), 525, 529.

26) *Karsten Schmidt*, *Umwandlung von Vorgesellschaften?* §§ 41 AktG, 11 GmbHG und umwandlungsrechtlicher numerus clausus, FS Zöllner (1999), 525, 529

Kalss, *Verschmelzung Spaltung Umwandlung*, § 1 UmwG Rz 3.

27) *Kalss*, *Verschmelzung Spaltung Umwandlung*, § 1 SpaltG Rz 9.

28) *Kalss*, *Verschmelzung Spaltung Umwandlung*, § 14 SpaltG Rz 9.

sung über den Spaltungsplan gleichzeitig den Errichtungsakt der neuen, „spaltungsgeborenen“²⁹⁾ (Vor-)Gesellschaft(en) dar. Gemäß § 3 Abs 3 SpaltG sind auf die neuen Gesellschaften die für deren Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften anzuwenden, soweit sich aus dem SpaltG nichts anderes ergibt. Als Gründer ist die übertragende Gesellschaft anzusehen. Da das SpaltG zur Vorgesellschaft keine weiteren einschlägigen Bestimmungen, insbesondere hinsichtlich Rechtsfähigkeit und Vertretung enthält, sind die von Lehre und Rechtsprechung allgemein entwickelten Grundsätze zweifellos anwendbar. Der Umgang mit Vorgesellschaften ist dem Spaltungsgesetz also durchaus nichts Fremdes. Bei der Spaltung zur Neugründung erfolgen ebenfalls die Eintragung der durch die Spaltung zur Neugründung entstehende GmbH und die Eintragung der Spaltung gleichzeitig (§ 14 Abs 1 SpaltG). Zum gesetzlich ausdrücklich geregelten Fall der Abspaltung durch Neugründung und dem hier erörterten Fall der antizipierten Vorbereitungs-handlungen einer Vorgesellschaft zur Abspaltung durch Aufnahme nach ihrer Entstehung besteht daher keinerlei qualitativer Unterschied.

Da also die Abspaltung auf eine ab dem Spaltungsvertrag bestehende (Vor-)Gesellschaft zulässig und im Fall der Abspaltung zur Neugründung sogar gesetzlich vorgesehen ist,

wäre nicht einzusehen, warum derselbe Vorgang nicht auch auf eine (Vor-)Gesellschaft möglich sein sollte, deren Gründungsstadium – wie im Fall der Spaltung zur Aufnahme – schon etwas länger besteht als seit dem Abschluss des Spaltungsvertrages, der an die Stelle des Spaltungsplans tritt. Beiden Fällen ist gemein, dass die Wirksamkeit der Spaltung von der nachfolgenden Eintragung der übernehmenden Gesellschaft sowie der Spaltung in das Firmenbuch abhängt. Unterschiedliche Interessenlagen, die eine unterschiedliche Beurteilung beider Vorgänge indizieren würden, sind nicht erkennbar. Eine noch weiter gehende Analyse ergibt daher, dass *Kals* jedenfalls zuzustimmen ist.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Vorgesellschaft schon vor ihrer Registrierung in der Lage ist, alle Vorbereitungshandlungen (Spaltungs- und Übernahmevertrag, Gesellschafterbeschlüsse, Anmeldung der Spaltung zum Firmenbuch) wirksam zu setzen. Die Wirksamkeit der Spaltung tritt mit der Eintragung der Spaltung in das Firmenbuch ein, die gleichzeitig mit der Eintragung der Gesellschaft als solcher zu erfolgen hat.

29) *Kallmeyer*, *UmwG*² § 125 Rz 6 mwN; *Hommelhoff* in *Lutter*, *UmwG*² § 126 Rz 78; siehe auch *Engelmeyer*, *Die Spaltung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht* (1995), 61.

Liehr/Riegler/Kanonier (Hg.)
Raumordnungsrecht
Stand: 1. 11. 2002

aktuell

- das gültige Raumordnungsrecht der Länder in einem Band
- Raumordnungsgesetze und Landesraumordnungsprogramme
- raumordnungsrelevante Nebengesetze
- Rechtsquellenübersicht, insbesondere die wesentlichen Gesetze und Verordnungen der Bundesländer

übersichtlich

- mit ausführlichem Stichwortregister zu jedem Landesgesetz
- Gesamtindex erlaubt erstmals einen Vergleich der raumordnungsrechtlichen Regelungen in Österreich



550 Seiten, broschiert, € 85,-
Abo- und Hörerscheinpreis: € 68,-
3-7046-3896-X

Verlag Österreich
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Pleischl/Soyer
Strafrecht

aktuell

- das gültige Strafrecht
- Strafrechtsgesetze und Strafrechtsverordnungen
- Strafrechtslehre
- Strafrechtsprechung

übersichtlich

- mit ausführlichem Stichwortregister zu jedem Strafrechtsgesetz
- Gesamtindex erlaubt erstmals einen Vergleich der strafrechtlichen Regelungen in Österreich



604 Seiten, broschiert, € 48,-
3-7046-3957-5

Verlag Österreich
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Das Strafrechtsänderungsgesetz 2002 hat das Strafgesetzbuch und die Strafprozeßordnung umfänglich novelliert. Die Gesetzesänderungen haben im materiellen Strafrecht insbesondere Bestimmungen zur Bekämpfung der Cyber-Kriminalität und des Terrorismus neu eingeführt bzw. an internationale Vorgaben angepasst. Im formellen Recht wurde vor allem die Überwachung der Telekommunikation grundlegend reformiert.

Verlag Österreich GmbH, 1070 Wien, Kandlgasse 21, Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
e-mail: order@verlagoesterreich.at
Internet: www.verlagoesterreich.at

5. Übergang der Rechtsverhältnisse von der Vorgesellschaft auf die eingetragene GmbH

Da die Spaltung wie erwähnt vor Eintragung der übernehmenden (Vor-)Gesellschaft in das Firmenbuch nicht wirksam wird (§ 14 Abs 1 SpaltG), stellen sich keine Fragen hinsichtlich der Rechtsnachfolge zwischen der Vorgesellschaft und der eingetragenen Gesellschaft. Die neu errichtete GmbH wird mit der ihrer eigenen Eintragung und der Eintragung der Spaltung in das Firmenbuch (partielle) Gesamtrechtsnachfolgerin der übertragenden Gesellschaft, ohne dass die Vorgesellschaft in den Vorgang der Gesamtrechtsnachfolge – auch nur vorübergehend – eingebunden wäre.

Zumindest im Fall des Spaltungs- und Übernahmevertrages, der ja eine Voraussetzung für die Spaltung darstellt, könnte sich die Frage nach dem Übergang dieses Vertragsverhältnisses auf die eingetragene GmbH stellen. Eine genauere Betrachtung zeigt aber, dass die Frage einer Übertragung des sich aus dem Spaltungs- und Übernahmevertrag ergebenden Vertragsverhältnisses von der Vorgesellschaft auf die eingetragene Gesellschaft in Wahrheit nicht stellt. Denn der Spaltungs- und Übernahmevertrag ist nicht das kausale Element für den Eintritt der Spaltungswirkungen. Diese sind vielmehr die unmittelbare Folge der Eintragung der Spaltung in das Firmenbuch (§ 14 SpaltG). Der Spaltungs- und Übernahmevertrag hingegen

begründet die Verpflichtung für die beteiligten Rechtsträger, die Firmenbucheintragung und damit den Übergang des Vermögens herbeizuführen³⁰ und ist damit im Zeitpunkt der Eintragung der Spaltung in das Firmenbuch als durchgeführt zu betrachten.

Wer ungeachtet dessen eine Fortsetzung der Stellung als Vertragspartei des Spaltungs- und Übernahmevertrages über den Zeitpunkt der Eintragung der GmbH in das Firmenbuch hinaus für erforderlich erachtet, sei darauf verwiesen, dass nach heute herrschender Auffassung alle Rechte und Pflichten der Vorgesellschaft automatisch auf die eingetragene GmbH übergehen, ohne dass dies irgendwelcher weiterer Rechtsakte bedarf.³¹

Es ist daher festzuhalten, dass die übernehmende Gesellschaft mit ihrer Eintragung in das Firmenbuch, die gleichzeitig mit der Eintragung der Spaltung zu erfolgen hat, unmittelbar (partielle) Gesamtrechtsnachfolgerin der übertragenden Gesellschaft wird, ohne dass auch nur vorübergehend die Vorgesellschaft der übernehmenden GmbH in den Vorgang der Gesamtrechtsnachfolge eingebunden gewesen wäre.

30) *Fantur*, Das Haftungssystem der GmbH-Vorgesellschaft (1997), 185; *Koppensteiner*, GmbHG² § 2 Rz 32 ff mwN.

ZUSAMMENFASSUNG

1. Die GmbH-Vorgesellschaft ist sowohl nach hA als auch nach der Rspr ein Rechtsträger, der bereits am Rechtsverkehr teilnehmen kann, insbesondere Verträge abschließen kann. Eine Vorgesellschaft kann sich demgemäß wirksam durch Unterfertigung eines Spaltungs- und Übernahmevertrages verpflichten.

2. Vertreten wird die Vorgesellschaft bei Abschluss des Spaltungs- und Übernahmevertrages durch ihre Geschäftsführer, welche sich zulässiger Weise durch rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht von dritter Seite vertreten lassen können. Interne Geschäftsführungsbefugnisse werden dabei keinesfalls überschritten, wenn der aufschiebend bedingt abgeschlossene Spaltungs- und Übernahmevertrag durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss genehmigt wird.

3. Die Abhaltung von Generalversammlungen und die Fassung von Gesellschafterbeschlüssen sind bereits im Stadium der Vorgesellschaft uneingeschränkt möglich und zulässig. Die Beschlussfassung über die Genehmigung des Spaltungs- und Übernahmevertrages ist daher auch im Gründungsstadium wirksam.

4. Eine Vorgesellschaft ist zwar selbst noch kein spaltungsfähiger Rechtsträger, kann aber bereits sämtliche Vorbereitungsmaßnahmen für eine Spaltung nach Entstehung treffen.

5. Die Wirkung der Spaltung zur Aufnahme tritt mit Eintragung der übernehmenden (Vor-)Gesellschaft und der Eintragung der Spaltung in das Firmenbuch ein. Die registrierte GmbH wird unmittelbare (partielle) Gesamtrechtsnachfolgerin der übertragenden Gesellschaft.