

richtete sich dabei nach den einschlägigen Bestimmungen des EU-VerschG und des SEG.⁵⁶

- 80 Abschließend ist daher zu konstatieren, dass grenzüberschreitende Vorgänge von verschmelzender und errichtender Umwandlung grundsätzlich zulässig sind. Da hierfür keine expliziten Vorschriften im Gesetz vorgesehen sind, bleiben zahlreiche Detailfragen ungeklärt.⁵⁷ Zwar ist eine praktische Durchführung möglich, allerdings erfordern diese Vorgänge eine intensive Abstimmung mit dem zuständigen österreichischen Firmenbuchgericht sowie mit einem etwaigen Registergericht des Drittstaates.

Begriff der Umwandlung

§ 1. Kapitalgesellschaften können nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen unter Ausschluß der Abwicklung durch Übertragung des Unternehmens im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf einen Gesellschafter oder in eine offene Gesellschaft oder Kommanditgesellschaft (Nachfolgerechts-träger) umgewandelt werden.

[BGBl I 2005/120]

Erläuterungen zur Regierungsvorlage EU-GesRÄG 1996 [32 BlgNR 20. GP 126]

Zu § 1:

Wie im Allgemeinen Teil der Erläuterungen ausgeführt, ist auch das Umwandlungsgesetz 1954, BGBl. Nr. 187, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 1993/458 an die gesellschaftsrechtlichen Normen der EU anzupassen. An Stelle einer tief greifenden, unübersichtlichen Novellierung wird ein neuer – durch Verweise auf das Aktiengesetz verkürzter – Gesetzestext vorgeschlagen.

Das UmwG kennt weiterhin zwei Typen der Umwandlung:

Die verschmelzende Umwandlung (das ist die Umwandlung auf einen Gesellschafter, gleich welcher Rechtsform) und die errichtende Umwandlung (das ist die Umwandlung auf eine neu errichtete Personengesellschaft).

Zur Erleichterung der einheitlichen Regelung gemeinsamer Bestimmungen für beide Formen wird der einheitliche Begriff „Nachfolgerechtsträger“ statt der bisherigen Begriffe „Nachfolgeunternehmer, bzw. Nachfolgeunternehmen“ gewählt. Der Wirtschaft sollen weiterhin beide Möglichkeiten zur Verfügung gestellt werden: Einerseits die verschmelzende Umwandlung, die einen Verschmelzungseffekt zwischen einem Tochter- und einem Mutterunternehmen unabhängig von der Rechtsform der Mutterunternehmung ermöglicht. Mutterunternehmer kann daher zB auch ein Verein oder eine Privatstiftung sein, sofern die Voraussetzungen des Privatstiftungsgesetzes erfüllt werden. (Es darf also insbesondere keine gewerbsmäßige Tätigkeit ausgeübt werden, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht.)

56 Vgl OLG Wien 24.11.2017, 6 R 113/17g.

57 Für eine kompakte Darstellung vgl zB *Hayden/Hayden*, Grenzüberschreitender Formwechsel von Briefkastengesellschaften, ZfRV 2018, 148 (148 ff).

Andererseits ist auch eine errichtende Umwandlung möglich: Sind mehrere Gesellschafter vorhanden, so können sie das umgewandelte Unternehmen als Personengesellschaft weiterführen.

In beiden Umwandlungsfällen ist es möglich, eine Minderheit von höchstens 10 % durch Barzahlung abzufinden (vgl. § 2 Abs. 3 des Entwurfs, bisher § 2 Abs. 2 UmwG). Zur Frage der Konformität des Entwurfs mit der Verschmelzungs-RL vgl. den Allgemeinen Teil der Erläuterungen zum UmwG.

Durch die neue Formulierung in § 1 „Übertragung des Unternehmens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge“ wird klargestellt, dass bei allen Umwandlungsvorgängen eine Gesamtrechtsnachfolge stattfindet.

Wie auch sonst im Österreichischen Verschmelzungsrecht soll das bisher in § 1 Abs. 1 letzter Satz normierte Erfordernis des zweijährigen Bestandes einer Kapitalgesellschaft gestrichen werden, weil es sich sinnvollen Umwandlungen gelegentlich störend entgegenstellt.

Erläuterungen zur Regierungsvorlage HaRÄG 2005/UGB 2007 (1058 BlgNR 22. GP 76)

Zu Z 1, 2 und 4:

Die Änderungen sind redaktionell bedingt.

Literatur

Althuber/Vavrovsky, GesRÄG 2007 – Aktuelle Änderungen im Umgründungsrecht, GES 2007, 416; *Artmann*, Das Ausmaß der Kommanditeinlage bei errichtender Umwandlung, GesRZ 1999, 26; *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz⁶ (2019); *Dauner-Lieb/Simon*, Kölner Kommentar zum UmwG (2009); *Doralt M.*, Management Buy-out (2001); *Doralt M.*, OGH zur verschmelzenden Umwandlung über die Grenze – ein Meilenstein im internationalen Gesellschaftsrecht? GesRZ 2004, 26; *Egermann/Winkler*, Die errichtende Umwandlung – eine Haftungsfalle? RdW 2002, 325; *Enzinger*, Fusion von Personengesellschaften, GesRZ 1996, 85; *Enzinger*, Umwandlungsrecht Quo Vadis? wbl 1997, 1; *Felzl*, Umwandlungsmöglichkeiten für eine Gesellschaft nach nationalem Recht müssen auch für Gesellschaften aus anderen Mitgliedsstaaten bestehen, GES 2012, 422; *Fida*, Errichtende Umwandlung einer Einpersonenkaptalgesellschaft, GeS 2005, 319; *H. Foglar-Deinhardtstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG Kommentar (2017); *Gruber/Harrer*, GmbHG Kommentar² (2018); *Harrer*, Haftungsprobleme bei der Umwandlung einer GmbH in eine KG, wbl 2001, 342; *Hasenauer*, Neue Rechtsprechung des OGH zur grenzüberschreitenden Umwandlung, RdW 2003, 357; *Hausmaninger/Gratzl/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft² (2016); *Helbich/Wiesner/Bruckner*, Handbuch der Umgründungen (2006); *Hügel*, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz (1982); *Hügel*, Das neue Spaltungsgesetz und die Reform des Umwandlungsrechts, ecolex 1996, 527; *Hügel/Zib*, Das EU-Gesellschaftsänderungsgesetz (EU-GesRÄG), JAP 1996/97, 189; *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵ (2011); *Jakubowski/Ondrejka*, EuGH: Rs VALE – Grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften, RdW 2012, 704; *Kalss*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für das Umwandlungsrecht, JBl 1995, 420; *Kalss*, Die Umwandlung nach dem UmwG idF

EU-GesRÄG 1996, *ecolex* 1996, 264; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010); *Kalss*, Kapitalschutzregelungen bei der GmbH & Co KG, in *Gedenkschrift für Wolf-Dieter Arnold, GmbH & Co KG*² (2016) 37; *Kalss*, Wir müssen die Regeln über die Einlagenrückgewähr überdenken, *GesRZ* 2018, 257; *Kalss/Eckert*, Die Kombination mehrerer Umgründungsschritte (Teil I), *GeS* 2005, 4; *Kalss/Eckert*, Die Kombination mehrerer Umgründungsschritte (Teil II), *GeS* 2005, 48; *Kalss/Eckert*, Kapitalschutz in ausgewählten europäischen Rechtsordnungen und Verschmelzungen über die Grenze, in *Frey, Corporate Crossing* (2007) 57; *Kalss/Eckert*, Gläubigergefahren bei Umgründungen von Kapitalgesellschaften: Überlegungen zur Zielrichtung und Wirkungsweise gläubigerschützender Vorschriften, *GesRZ* 2008, 81; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017); *Kalss/Zollner*, Der Weg aus der SE, *RdW* 2004/528, 587; *Kastner*, Aufhebung des Umwandlungsgesetzes, *NZ* 1952, 151; *Kastner*, Die Umwandlung, *ÖJZ* 1951, 30 = *Gesammelte Aufsätze* (1982) 362; *Kastner*, Zur Auslegung des Umwandlungsgesetzes, *NZ* 1955, 88 = *Gesammelte Aufsätze* (1982) 372; *Keller*, Gläubigerschutz bei der errichtenden Umwandlung einer GmbH in eine KG, *ecolex* 2002, 177; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ (2007); *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommmentar zum ABGB⁶ (2020); *Limmer*, Der Identitätsgrund beim Formwechsel in der Praxis, in *FS Widmann* (2000) 51; *Ludwig/Hirschler*, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen³ (2018); *Merdzo*, Umstrukturierungsmöglichkeiten einer SE mit Sitz in Österreich, *GesRZ* 2006, 239; *Mittrecker*, Management-Buy-Out und Verbot der Einlagenrückgewähr, die Zweite, *GES* 2016, 150; *Müh*, Neuregelung der Umwandlung von Handelsgesellschaften, in *Aman/Frotz/Mühlehner/Wagner/Zöchling*, Das EU-Gesellschaftsänderungsgesetz (1996) 76; *Nowotny*, Kapitalerhaltung bei Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft, *RdW* 1998, 384; *Nowotny*, Fragen der Kapitalaufbringung bei Umgründungen, in *Bertl et al*, *Sonderbilanzen bei Umgründungen*, *Wiener Bilanzrechtstage 2008* (2008) 73; *G. Nowotny*, Umgründungsrecht wohin? oder der Hilferuf eines Firmenbuchrichters, *ecolex* 2000, 116; *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschaftsrecht, Umgründungsrecht, Übernahmerecht (2015); *Reich-Rohrwig*, Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1993, *ecolex* 1993, 602; *J. Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004); *Rüffler*, Die Umwandlung auf den deutschen Alleingesellschafter – eine Kritik an der Entscheidung des OGH 6 Ob 283/02i, *GesRZ* 2004, 3; *Saurer*, Anmerkungen zu OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b – *Downstream-merger*, *AnwBl* 2001, 78; *Stingl*, Gesamtrechtsnachfolge im Gesellschaftsrecht (2016); *Straube/Ratka/Rauter*, *Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz* (2019); *Szep*, Aktionärsrechte in der aktienrechtlichen Praxis, *ecolex* 1998, 560; *ders*, Umgründungen iZm Personengesellschaften im Lichte jüngster OGH-Rsp zur Kapitalerhaltung, *ecolex* 2001, 804; *Torggler/Trenker*, Kompetenzverteilung bei der Kapitalgesellschaft im Insolvenzverfahren in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2014; *Umlauft*, Haftungsprobleme bei der Umwandlung einer GmbH in eine KG, *ecolex* 2002, 177; *ders*, Anmerkungen zu OGH 6 Ob 235/07p, *GesRZ* 2008, 100; *Wiesner/Hirschler/Mayr*, *Handbuch der Umgründungen III: Unternehmensrecht* (2019); *Winzer*, Das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1993, *SWK* 1993, B 35; *Zehetner/Gröss*, OGH: Grenzüberschreitende Umwandlung auf deutschen Alleingesellschafter zulässig, *ecolex* 2003, 683; *Zib/Dellinger*, *Großkommentar UGB* (2016).

Siehe auch Vor § 1.

Übersicht

I. Allgemeines	1
II. Systematik des Gesetzes.....	2–6
III. Inhalt des § 1	
A. Programmatischer Charakter des § 1.....	7–9
B. Definition der Umwandlung nach § 1	10–16
1. Gesamtrechtsnachfolge.....	17
2. Löschung des übertragenden Rechtsträgers ohne Liquidation.....	18
3. Umwandlung nur von Kapitalgesellschaften.....	19
4. Das Vorhandensein eines „Unternehmens“	20–24
5. Konstitutive Eintragungen im Firmenbuch.....	25
C. Weitere Voraussetzungen für die Anwendung des UmwG?	
1. Sonstige Voraussetzungen	26
2. Liquidation.....	27
3. Umwandlung einer Vorgesellschaft.....	28
4. Insolventer umzuwandelnder Rechtsträger	29
5. Übertragung eines positiven Vermögenswertes.....	30–35
a) Verbot der Einlagenrückgewähr.....	36–42
b) Erfordernis eines positiven Vermögenswertes aus sonstigen Gründen des Gläubigerschutzes	43–45
c) Verschmelzende Umwandlung auf einen insolventen Rechtsträger	46
6. Kapitalentsperrender Effekt	47–62
IV. Mehrere Umwandlungen.....	63–67

I. Allgemeines

Zum Begriff der Umwandlung siehe schon Vor § 1 Rz 1 f, zur Abgrenzung von verwandten Rechtsinstituten siehe Vor § 1 Rz 3 ff, zur Historie des UmwG siehe Vor § 1 Rz 35 ff. Zu internationalen Aspekten siehe Vor § 1 Rz 56 ff und rechtspolitische Anmerkungen siehe Vor § 1 Rz 51 ff.

II. Systematik des Gesetzes

Das UmwG unterscheidet zwischen der verschmelzenden Umwandlung, welche im Wesentlichen in § 2 vorgesehen ist, und der errichtenden Umwandlung, welche in § 5 geregelt ist. § 2 und § 5 stellen daher die beiden relevanten Bestimmungen des Gesetzes dar, wobei für die errichtende Umwandlung (§ 5) in vielen Bereichen wieder auf § 2 verwiesen wird.

§ 3 regelt hingegen das Verfahren vor dem Firmenbuch bei der verschmelzenden Umwandlung, gehört damit systematisch zu § 2. Aber auch § 5 verweist für die errichtende Umwandlung zum Teil auf § 3.

§ 4 enthält eine spezielle Vorschrift über die Fortführung der Firma sowohl bei der verschmelzenden als auch bei der errichtenden Umwandlung.

- 5 § 6 behandelt das Inkrafttreten und die Übergangsbestimmungen.
- 6 Der geringe Umfang des Gesetzes erklärt sich daraus, dass in wesentlichen Bereichen auf das Verschmelzungsrecht des AktG verwiesen wird.

III. Inhalt des § 1

A. Programmatischer Charakter des § 1

- 7 Bei § 1 handelt es sich um eine programmatische Norm, welche die beiden im UmwG vorgesehenen Umwandlungsarten voranstellt, ohne diese umfassend zu beschreiben oder spezielle Rechtsfolgen daran zu knüpfen. Dies erfolgt erst durch die nachfolgenden Bestimmungen des Gesetzes.
- 8 Die Bestimmung hält fest, dass die Umwandlung mit einer Gesamtrechtsnachfolge verbunden ist und das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers, der eine Kapitalgesellschaft sein muss, auf einen Gesellschafter oder eine neu zu errichtende OG oder KG übergeht, und zwar ohne Liquidation.
- 9 Für den Rechtsanwender ist der Inhalt von § 1 wenig ergiebig. Anders als zB § 219 AktG über die Verschmelzung enthält § 1 keine vollständige Beschreibung der Umwandlung. Die Bestimmung legt nur wenige Merkmale der Umwandlung fest, enthält aber tatsächlich keine umfassende Definition. So erschließt sich dem Leser aus der Bestimmung nicht einmal die wesentliche Einschränkung bei der verschmelzenden Umwandlung, nämlich dass diese nur auf den Hauptgesellschafter möglich ist, sondern suggeriert, dass sie auf jeden Gesellschafter möglich wäre.

B. Definition der Umwandlung nach § 1

- 10 Will man eine gemeinsame Definition der beiden Umwandlungstypen des § 1 (der errichtenden und der verschmelzenden Umwandlung) ableiten, so könnte diese wie folgt lauten:

Eine Umwandlung ist der Vorgang, bei der eine Kapitalgesellschaft ihr gesamtes Vermögen auf den Hauptgesellschafter oder eine neu zu errichtende OG oder KG durch Gesamtrechtsnachfolge überträgt, wobei die Kapitalgesellschaft gleichzeitig ohne Liquidation abgewickelt wird.

- 11 Das Gesetz verwendet nicht den Ausdruck „Vermögen“ der Kapitalgesellschaft, sondern formuliert zu eng und spricht vom „Unternehmen“. Siehe dazu Rz 20 ff.
- 12 § 1 unterscheidet zwischen der verschmelzenden und der errichtenden Umwandlung. Bei der verschmelzenden Umwandlung erlischt die umgewandelte Gesellschaft und das Vermögen geht auf den Hauptgesellschafter durch Gesamtrechtsnachfolge über. Bei der errichtenden Umwandlung wird das Vermögen hingegen auf einen neu zu errichtenden Rechtsträger per Gesamtrechtsnachfolge übertragen.

Die Lehre behandelt die verschmelzende und die errichtende Umwandlung unter dem Oberbegriff „übertragende Umwandlung“,¹ um die beiden Vorgänge, denen eine Gesamtrechtsnachfolge innewohnt, von der formwechselnden Umwandlung gem §§ 239 ff AktG abzugrenzen. 13

Das UmwG behandelt nur die „übertragende Umwandlung“, normiert diese aber nicht (mehr) abschließend. Wie bereits unter Vor § 1 Rz 16 gezeigt, handelt es sich bei der Umwandlung gem § 1206 ABGB (Umwandlung einer GesBR in eine OG oder KG) um eine übertragende Umwandlung mit einer gesetzlich angeordneten Gesamtrechtsnachfolge. 14

Auch der Titel des UmwG, nämlich „Bundesgesetz über die Umwandlung von Handelsgesellschaften (UmwG)“, ist daher irreführend und nicht mehr zeitgemäß. Zum einen kann seit der Umbenennung des Handelsgesetzbuchs (HGB) in Unternehmensgesetzbuch (UGB) nicht mehr von Handelsgesellschaften gesprochen werden, sondern nur mehr von Personengesellschaften. Zum anderen ist auch dieser Begriff zu weit, da die Umwandlung einer GesBR in eine OG oder KG nicht im UmwG geregelt ist, sondern im ABGB. Korrekt wäre es daher als „Bundesgesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften“ zu bezeichnen. 15

In der Folge findet sich eine Darstellung der Gemeinsamkeiten der beiden im UmwG geregelten Umwandlungsarten, also der verschmelzenden und der errichtenden Umwandlung. 16

1. Gesamtrechtsnachfolge

Beiden Umwandlungsarten gemeinsam ist das Rechtsinstitut der Gesamtrechtsnachfolge.² Dieses ist das Alleinstellungsmerkmal der „übertragenden Umwandlung“ und macht die Umwandlung zu einer nahen Verwandten der Verschmelzung. Ganz im Gegensatz zur formwechselnden Umwandlung, bei der es zu keiner Vermögensübertragung kommt, sondern der Rechtsträger lediglich seine Form ändert.³ Aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge geht das gesamte Vermögen einschließlich aller Verbindlichkeiten, also aller Aktiva und Passiva, egal ob diese in der Bilanz abgebildet sind oder nicht, auf den übernehmenden Rechtsträger über. Bei der Übertragung bleibt kein Vermögen zurück, da das gesamte Vermögen des übertragenden Rechtsträgers untergeht. Die Rechtsfolgen unterscheiden sich nicht von jenen bei der Ver- 17

1 Zum Begriff siehe *Kalss, V/S/U*² Einleitung Rz 1; § 1 UmwG Rz 7; vgl auch *Rautner/Ramakrishnan in Hausmaninger/Gratzl/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft² Einleitung Rz 1; *Hoppel/Lind in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffschersummer*, GmbHG § 84 Rz 52.

2 OGH 13.12.2016, 3 Ob 167/16d = AnwBl 2017, 282 = GES 2017, 147 = NZ 2017, 32 = ecoclex 2017, 215 = RdW 2017, 500 = ZIK 2017, 152.

3 *Warto in Gruber/Harrer*, GmbHG² Anh § 101: UmwG § 1 Rz 9; *Kalss, V/S/U*² Einleitung Rz 3.

schmelzung gem §§ 219 ff AktG. Die Zustimmung der Vertragspartner zur Übertragung ihrer Rechtsposition auf den übernehmenden Rechtsträger ist grundsätzlich nicht erforderlich. Freilich können aber vertraglich vereinbarte Rechtsfolgen damit verknüpft sein (insb ein Kündigungsrecht des Vertragspartners). Die Gesamtrechtsnachfolge bezieht sich nicht nur auf schuldrechtliche Rechtsverhältnisse, sondern auch auf Sachenrechte. Im Unterschied zur Umwandlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine Personengesellschaft, wo die Gesamtrechtsnachfolge sich nicht auf grundbücherliche Rechte bezieht, das daher durch Einzelrechtsnachfolge separat übertragen werden muss (vgl § 1206 Abs 1 letzter Satz ABGB),⁴ ist die Gesamtrechtsnachfolge bei den Umwandlungen nach dem UmwG ebenso wie im Verschmelzungsrecht umfassend. Die Gesamtrechtsnachfolge gilt jedoch nicht ohne weiteres im öffentlichen Recht. Aber auch dieses knüpft oft spezielle Rechtsfolgen an eine Gesamtrechtsnachfolge (siehe zB § 11 Abs 4 GewO).

2. Löschung des übertragenden Rechtsträgers ohne Liquidation

- 18** Beiden Umwandlungsarten ist auch gemeinsam, dass der übertragende Rechtsträger erlischt, ohne dass es zur Liquidation kommt. Unter Liquidation wird die „Abwicklung“ des Rechtsträgers verstanden, also die Beendigung aller Rechtsbeziehungen und die Veräußerung des Gesellschaftsvermögens. Hingegen gehen alle Aktiva und Passiva aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über. Die Umwandlung unterscheidet sich daher diesbezüglich nicht von anderen Umgründungsarten, die ganz gleiche Konsequenzen vorsehen; zu nennen sind die Verschmelzung (§ 219 AktG) und die Aufspaltung (§ 1 Abs 2 Z 1 erster und zweiter Fall SpaltG). Die Löschung des übertragenden Rechtsträgers wird gemeinsam mit der Umwandlung eingetragen. Eine separate Anmeldung der Löschung nach Wirksamkeit der Umwandlung bedarf es daher nicht.

3. Umwandlung nur von Kapitalgesellschaften

- 19** Das UmwG steht als übertragenden Rechtsträgern nur Kapitalgesellschaften offen. Erfasst sind nur Kapitalgesellschaften mit Sitz in Österreich. Bei Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz im Ausland ist das UmwG nicht anzuwenden, da dort das ausländische Gesellschaftsstatut zur Anwendung kommt (§ 10 IPRG).⁵ Dabei handelt es sich um die AG, die GmbH und die SE.⁶ Während den Kapitalgesellschaften daneben auch die formwechselnde Umwandlung (vgl §§ 239 ff AktG, Art 66 SE-VO) sowie die Verschmelzung und Spaltung offenstehen, stehen Personengesellschaften hier bedeutend weniger

4 Riedler in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 1206 Rz 2.

5 Gruber in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen Art II Rz 19; zu internationalen Sachverhalten siehe Vor § 1 Rz 56 ff.

6 *Kalss*, V/S/U² UmwG § 1 Rz 7; *Warto* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² Anh § 101: UmwG § 1 Rz 6.

Möglichkeiten zur Umgründung zur Verfügung.⁷ Die Umwandlung einer Personengesellschaft (OG, KG) ist nach dem UmwG nicht möglich. Die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft kann aber erfolgen, indem man sich die Bestimmung des § 142 UGB zunutze macht (siehe dazu schon Vor § 1 Rz 28 ff), das österreichische Recht enthält aber keine weitergehenden Vorschriften dazu. Auch die Umwandlung von anderen Rechtsformen ist nicht möglich, selbst wenn diesen gleichzeitig das Verschmelzungsrecht verschlossen bleibt. So handelt es sich insbesondere bei der Genossenschaft um keine Kapitalgesellschaft. Das Gleiche gilt auch für die Privatstiftung, den Verein, die Sparkasse und die nicht rechtsfähigen Personengesellschaften. Auch eine GmbH & Co KG kann nicht nach dem UmwG umgewandelt werden,⁸ da es sich bei ihr um eine Personengesellschaft handelt.⁹

4. Das Vorhandensein eines „Unternehmens“

§ 1 spricht von der Übertragung des „Unternehmens“ durch Gesamtrechtsnachfolge und scheint daher das Vorhandensein eines Unternehmens vorzusetzen, damit eine Umwandlung nach dem UmwG zulässig ist.¹⁰ Eine Definition, was unter einem Unternehmen zu verstehen ist, enthält das UmwG nicht. Im Verschmelzungsrecht, das eine derartige Einschränkung nicht kennt, fehlt es ebenso an einer Begriffsdefinition. 20

Es empfiehlt sich daher, auf die Definition in § 1 Abs 2 UGB abzustellen. Demnach ist ein Unternehmen jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Liegt ein derartiges Unternehmen vor, also insb eine gewerbliche, landwirtschaftliche oder freiberufliche Tätigkeit, so ist dies jedenfalls ausreichend.¹¹ 21

Doch darf der Unternehmensbegriff des UmwG nicht überspannt werden. In der Regel wird es ein Unternehmen iSd § 1 Abs 2 UGB sein, welches übertragen wird. Dann erübrigen sich alle weiteren Prüfungen, auch wenn das Unternehmen nur über einen sehr geringen Umfang verfügt. Freilich geht dennoch das gesamte Vermögen im Zuge der Gesamtrechtsnachfolge über, selbst wenn ein Teil des Vermögens (zB eine Liegenschaft, die nicht betrieblich verwendet wird) als nicht unternehmerisch angesehen werden muss, da das UmwG keine partielle Gesamtrechtsnachfolge vorsieht. Jedoch ist die 22

7 Anders in Deutschland, wo das deutsche Umwandlungsgesetz hier mehr Möglichkeiten bietet; vgl schon oben Vor § 1 Rz 55.

8 Siehe etwa *Kalss*, V/S/U² Einleitung Rz 7.

9 So auch *Kalss*, V/S/U² UmwG § 1 Rz 7; *Warto* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² Anh § 101: UmwG § 1 Rz 6 (FN 14).

10 Auch nach den Materialien wird das Vorhandensein eines Unternehmens verlangt (ErläutRV 32 BlgNR 20. GP 57).

11 Vgl zB *Krejci/Haberer* in *Zib/Dellinger*, UGB § 1 Rz 111 ff.

Umwandlung mE nicht ausgeschlossen, wenn der übertragende Rechtsträger über kein Unternehmen iSd § 1 Abs 2 UGB verfügt (zB lediglich Immobilienvermögen besitzt oder als Holdinggesellschaft vermögensverwaltend tätig ist). Eine derart enge Auslegung wäre mit dem Zweck der Bestimmung nicht in Einklang zu bringen und auch verfassungsrechtlich bedenklich (vgl Art 7 B-VG). Aus Sicht des Gläubigerschutzes und des Schutzes der Minderheitsgesellschafter ist eine solche Einschränkung nicht argumentierbar, weil die Gefahren für diese Personengruppen durch die Umwandlung einer nicht-unternehmerisch tätigen Gesellschaft nicht erhöht sind. Es besteht daher mE kein sachlicher Grund, die Umwandlung nur einem unternehmensführenden Rechtsträger vorzubehalten, der mit seinem Unternehmen werbend am Markt auftritt. Zumindest wird man die Umwandlung von Rechtsträgern zulassen müssen, die eine gewisse „*unternehmensnahe*“ oder „*vermögensverwaltende*“ professionelle Organisation aufweisen, auch wenn es sich dabei um kein „*Unternehmen*“ iSd § 1 Abs 2 UGB handelt, das nach außen hin am Markt werbend auftritt. Daher werden auch auf Gewinn gerichtete Holdinggesellschaften oder Immobilienbesitzgesellschaften umgewandelt werden können.¹²

- 23 Die Umwandlung einer bloßen Mantelgesellschaft ist nach der Ansicht von Teilen der Literatur hingegen unzulässig.¹³ Eine derartige Einschränkung existiert im Verschmelzungsrecht nicht und ist mE zumindest *de lege ferenda* zu hinterfragen. Verfehlt ist mE auch eine ältere Entscheidung des OGH, wonach die Auffassung, dass eine Kapitalgesellschaft, deren Unternehmen verpachtet wurde, nicht umgewandelt werden kann, nicht offenbar rechtswidrig ist.¹⁴
- 24 In der Praxis bereitet das Erfordernis keine Probleme. Nach meinen Erfahrungen wird der Bestand eines Unternehmens vom Firmenbuchgericht nicht weiter geprüft. Jedenfalls ist die Umwandlung durch Eintragung im Firmenbuch rechtswirksam, auch wenn kein Unternehmen übertragen wurde, da dieses dann dem Bestandsschutz (§ 2 Abs 3 iVm § 230 Abs 2 AktG) unterliegt.

Von der Anwendbarkeit des UmwG ist die Anwendbarkeit des Art II UmgrStG zu unterscheiden. Nach den einschlägigen Vorschriften des UmgrStG muss grundsätzlich dem übertragenen Vermögen Betriebsqualität zukommen, damit die steuerlichen Privilegien des UmgrStG zur Anwendung kommen (siehe dazu Vor § 1 Rz 46 ff).

12 So auch Gruber in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen Art II Rz 19; ebenso Kals, V/S/U² UmwG § 1 Rz 9.

13 Gruber in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen Art II Rz 19; aA offenbar Kals, V/S/U² UmwG § 1 Rz 9.

14 OGH 30.12.1970, 5 Ob 290/70; RIS-Justiz RS0087499, wobei es aber bei einer einmaligen Entscheidung blieb.