

Schwerpunkt

Grenzüberschreitende Verschmelzung in Bulgarien und Slowenien

Rumänien

MUSTER: Mietvertrag

CHECKLISTE: Kapitalerhöhung
bei GmbH

Serbien

Serbisches Kapitalmarktrecht

Slowenien

Novellierung des Arbeitsgesetzbuchs

JETZT NEU!

Gesetzgebungs-Radar

CHSH

Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati



DLA PIPER

WEISS-TESSBACH

NÖRR STIEFENHOFER LUTZ

schönherr
RECHTSANWÄLTE



TPA Horwath

WOLF THEISS
RECHTSANWÄLTE

MANZ

Internationale Verschmelzung nach dem EU-Verschmelzungsgesetz

SUSANNE KALSS / GEORG ECKERT

A. Begriff der internationalen Verschmelzung?

Eine internationale Verschmelzung ist eine Verschmelzung von Gesellschaften mit unterschiedlichem Personalstatut (dh die jeweils unterschiedlichen nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen unterliegen). Bezogen auf Österreich bedeutet dies, dass eine österr Kapitalgesellschaft mit einer Gesellschaft verschmolzen wird, die einem anderen Gesellschaftsrecht unterliegt. Die internationale Verschmelzung war bis zum Inkrafttreten des EU-VerschG im österr Gesellschaftsrecht nicht geregelt.

B. EU-VerschG und europarechtliche Vorprägung

Nach langer Vorbereitungszeit hat der europäische Gesetzgeber am 26. 10. 2005 die Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten beschlossen (internationale Verschmelzungsrichtlinie; im Weiteren: die RL).¹⁾ Sie war bis spätestens 15. 12. 2007 in nationales Recht umzusetzen. Ausweislich der Erwägungsgründe soll ein einheitlicher Rechtsrahmen für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im EU/EWR-Raum etabliert werden. Die RL enthält einerseits einen Verweis auf die Regelung der Verschmelzung in den Mitgliedstaaten, lässt es dabei aber nicht bewenden, sondern macht vielmehr ausführliche sachrechtliche Vorgaben,²⁾ normiert somit die grenzüberschreitende Verschmelzung materiell-rechtlich. Diese Vorgaben orientieren sich an der dritten gesellschaftsrechtlichen RL (Verschmelzungs-RL), gehen aber teilweise über diese hinaus.

C. Umsetzung im österreichischen Recht

Der Umsetzung der RL dient das, als Teil des GesRÄG 2007³⁾ beschlossene EU-Verschmelzungsgesetz (EU-VerschG),⁴⁾ welches am 15. 12. 2007 in Kraft getreten ist. Es orientiert sich inhaltlich an der Ausführungsgesetzgebung zur SE-Verschmelzungsgründung (§§ 17 ff SEG),⁵⁾ enthält aber auch Fortentwicklungen im Vergleich zum SEG. Systematisch wird die internationale Verschmelzung in einem eigenen Gesetz, dem EU-VerschG, geregelt, das weitgehend eigenständige Regelungen der internationalen Verschmelzung enthält, teilweise aber auch auf die Regelungen des AktG bzw des GmbHG verweist. Anwendbar ist das Gesetz auf die Verschmelzung einer österr Gesellschaft mit einer Kapitalgesellschaft, die dem Recht eines anderen EU/EWR-Mitgliedstaats unterliegt. Die Verschmelzung mit anderen Rechtsträgern wird nicht erfasst. Der Begriff der Kapitalgesellschaft orientiert sich vorwiegend an der ersten gesellschaftsrechtlichen RL (im Wesentlichen AG und

GmbH in der jeweiligen nationalen Ausprägung, aber auch zB die KGaA).

D. Anwendbares Recht

Die Frage des anwendbaren Rechts ist vorwiegend – nur in Bezug auf den Zeitpunkt des Eintritts der Verschmelzungswirkungen enthält § 3 EU-VerschG eine Sonderregel – nach den allgemeinen, sich aus den §§ 10, 12 IPRG ergebenden Regeln zu beurteilen. Daraus ergibt sich, grob skizziert, Folgendes:⁶⁾ Für das vor Eintritt der Verschmelzung durchzuführende Verfahren gilt für die österr Gesellschaft österr Gesellschaftsrecht (dh das EU-VerschG und subsidiär das AktG bzw GmbHG) und für die ausländische Gesellschaft die Regelungen ihres Personalstatuts. Aus dem österr Gesellschaftsrecht können sich auch Anforderungen ergeben, denen die ausländische Gesellschaft zu genügen hat (zB in Bezug auf die Gestaltung des Verschmelzungsplans). In diesem Fall unterliegt die ausländische Gesellschaft zwar nicht österr Recht, dieses verlangt aber für die Zulässigkeit der Verschmelzung die Einhaltung der entsprechenden Anforderungen auch von der ausländischen Gesellschaft. Das EU-VerschG geht mit solchen Anforderungen sparsam um: Anforderungen an die ausländische Gesellschaft werden nur insoweit gestellt, als diese der Definition der Kapitalgesellschaft in § 3, § 1 EU-VerschG genügen muss. Teilweise werden an die rechtlichen Verhältnisse der ausländischen Gesellschaft Rechtsfolgen geknüpft, etwa an die Höhe des gebundenen Kapitals der übernehmenden Gesellschaft in § 8 Abs 2 Z 3 EU-VerschG.

Die Gesamtrechtsnachfolge und das Erlöschen der übertragenden Gesellschaft ist nach dem Personalstatut der übertragenden Gesellschaft zu beurteilen, die Gewährung von Anteilen nach dem Recht der übernehmenden Gesellschaft. Der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtswirkungen der Verschmelzung bestimmt sich gem der ausdrücklichen Regelung in § 3 Abs 3 EU-VerschG nach dem Statut der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft. Bei der Verschmelzung zur Neugründung richtet sich die Grün-

Univ.-Prof. Dr. *Susanne Kalss* ist Professorin für Bürgerliches Recht, Gesellschafts- und Wertpapierrecht an der WU Wien und leitet das START-Projekt „Kapitalgesellschaftsrecht“. Dr. *Georg Eckert* ist Assistent am Institut für Bürgerliches Recht und Handelsrecht.

- 1) RL 2005/56/EG v 26. 10. 2005, ABl L 310 v 25. 11. 2005 S 1; zur RL in Österreich *Adensamer/Eckert*, GeS 2007, 95; *Blasy*, RdW 2006, 138; *Straub*, ecoloex 2006, 220; *Ratka*, GeS 2006, 52; *Vavrovsky*, ecoloex 2006, 952; *Koppensteiner*, GesRZ 2006, 111; zur Entstehungsgeschichte der RLs *Neye*, ZIP 2005, 1893.
- 2) Krit *Koppensteiner*, GesRZ 2006, 111 (124 f).
- 3) BGBl I 2007/72.
- 4) BGBl I 2007/72
- 5) BGBl I 2004/67 idgF.
- 6) Siehe im Einzelnen *Adensamer/Eckert*, GeS 2007, 95.

dung nach dem Recht der neu gegründeten Gesellschaft. Nach Eintritt der Verschmelzungswirkungen richten sich die Rechte der Anteilshaber aller beteiligten Gesellschaften grundsätzlich nach dem Recht der übernehmenden bzw der aus der Verschmelzung hervorgegangenen Gesellschaft. Dieser Grundsatz gilt nicht ohne Ausnahme. So ist der Barabfindungsanspruch gem § 11 EU-VerschG bei der Hinausverschmelzung nach österr Recht zu beurteilen.

E. Maßgebliche Fragen der internationalen Verschmelzung

Neben der oa (i) Abgrenzung des Anwendungsbereichs der beteiligten Rechtsordnungen und der technischen Durchführung behördlicher Kontrolle, liegen die zentralen Anliegen des Rechts der internationalen Verschmelzung darin, den mit der Verschmelzung einhergehenden Wechsel des anwendbaren Rechts aus Sicht der (ii) Gesellschafter, (iii) Gläubiger und (iv) Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft interessengerecht zu bewältigen. Dies ist aus Sicht des österr Gesetzgebers nur für die Hinausverschmelzung relevant (s unten G.2.).

F. Koordination der behördlichen Kontrolle

Für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Verschmelzung sieht die RL nach dem Vorbild der SE-VO ein zweistufiges Verfahren vor: Für die Kontrolle jener Verfahrensabschnitte, welche „die sich verschmelzenden Gesellschaften betreffen“, sind die Behörden des Heimatstaats jeder beteiligten Gesellschaft zuständig. Diese erstellen eine Rechtmäßigkeitsbescheinigung, aus der hervorgeht, dass die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten ordnungsgemäß vollzogen wurden (Art 10 der RL). Für die Kontrolle der Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung sind hingegen die Behörden des Mitgliedstaats zuständig, dessen Recht die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft unterliegt. Diese Prüfung erfolgt auf der Grundlage der von den Behörden der übertragenden Gesellschaften ausgestellten Rechtmäßigkeitsbescheinigung. Zu den die Durchführung der Verschmelzung betreffenden Verfahrensabschnitten zählen – neben der Überprüfung des Vorliegens aller erforderlichen Rechtmäßigkeitsbescheinigungen – insb die Prüfung einer von der übernehmenden Gesellschaft vorgenommenen Kapitalerhöhung, sowie sonstige, die Anteilsgewährung betreffende Fragen (etwa die Bestellung eines nach dem Recht der übernehmenden Gesellschaft vorgesehenen Treuhänders für die auszugebenden Aktienurkunden).

Dieses zweistufige Verfahren ist im EU-VerschG – nach Vorbild des SEG – wie folgt umgesetzt: Im Fall einer Hinausverschmelzung (österr übertragende Gesellschaft und ausländische übernehmende) ist gem § 14 EU-VerschG die beabsichtigte Verschmelzung dem Firmenbuch anzumelden. Das österr Firmenbuchgericht hat gem § 14 Abs 3 EU-VerschG eine Rechtmäßigkeitsbescheinigung auszustellen und die *beabsichtigte* Verschmelzung einzutragen, wenn „die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen

und Formalitäten ordnungsgemäß durchgeführt wurden und die Forderungen der Gläubiger und sonstigen schuldrechtlich Beteiligten sowie die Abfindung der Austrittswilligen Gesellschafter sichergestellt sind.“ Nach Wirksamwerden der Verschmelzung (der Wirksamkeitszeitpunkt bestimmt sich nach ausländischem Recht), hat das Vertretungsorgan der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft die Eintragung der Durchführung der Verschmelzung und der Löschung der übertragenden Gesellschaft dem Firmenbuch anzumelden.

Bei der Hinausverschmelzung kommt es nur zu einer Anmeldung beim österr Firmenbuchgericht gem § 15 EU-VerschG, § 225 AktG. Neben der Einhaltung der auf Seiten der österr Gesellschaft etablierten Zulässigkeitsvoraussetzungen, prüft das österr Firmenbuchgericht das Vorliegen der Rechtmäßigkeitsbescheinigung(en) der für die ausländischen Gesellschaft(en) zuständigen Behörden, sowie den Abschluss der allenfalls gem §§ 258 ff ArbVG erforderlichen Verhandlungen mit den Arbeitnehmervertretern über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der übernehmenden Gesellschaft.

G. Gesellschaftsrechtliche Besonderheiten der Verschmelzung nach dem EU-VerschG im Vergleich zum nationalen Verschmelzungsrecht

Im Vergleich zur nationalen Verschmelzung ergeben sich – abhängig von der Verschmelzungsrichtung teils nur für die Hinaus-, teils auch für die Hereinverschmelzung – einige wichtige Besonderheiten.

1. Gesellschaftsrechtliche Besonderheiten für Herein- und Hinausverschmelzung

Neben der notwendigerweise nur einseitigen Anwendbarkeit österr Rechts ergeben sich aus der Regelung im EU-VerschG einige für beide Verschmelzungsrichtungen anwendbare Abweichungen zur Regelung der nationalen Verschmelzung:

- Die vorbereitenden Unterlagen (Verschmelzungsplan, Verschmelzungsbericht) sind teilweise um Angaben, betreffend die Auswirkungen auf die Rechte der Gläubiger und der Arbeitnehmer, erweitert (§§ 5, 6 EU-VerschG).
- Die Einreichung des Verschmelzungsplans zum Firmenbuch und die Veröffentlichung der Einreichung sind auch für GmbHs vorgesehen und für AG und GmbH unverzichtbar.
- Der Verschmelzungsbericht des Vorstands/der Geschäftsführer (§ 6 EU-VerschG, § 220 a AktG) ist unverzichtbar.
- Eine Verschmelzungsprüfung (§ 7 EU-VerschG, § 220 b AktG) ist auch bei der GmbH durchzuführen, wenn nicht alle Gesellschafter darauf verzichten.
- Ein Verfahren auf gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses nach Eintragung der Verschmelzung (in Österreich §§ 225 c ff AktG) und der korrespondierende Anfechtungsausschluss (§ 225 b AktG) kommt nur dann zur Anwendung, wenn entweder (i) sämtliche anderen beteiligten

Rechtsordnungen ein solches Verfahren vorsehen oder (ii) die Gesellschafterversammlungen aller Gesellschaften aus Rechtsordnungen, die ein solches Verfahren nicht kennen, der Anwendung dieses Verfahrens zustimmen (§ 12 EU-VerschG).

2. Zusätzliche gesellschaftsrechtliche Besonderheiten für Hinausverschmelzung

Die Hinausverschmelzung ist aus österr Sicht der weit gefährlichere Vorgang, unterliegt doch die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft nach Wirksamwerden der Verschmelzung grundsätzlich (mit wenigen Ausnahmen) nicht mehr österr, sondern ausländischem Recht. Es kommt zu einem – sowohl für die Gesellschafter als auch für die Gläubiger relevanten – Wechsel des anwendbaren Gesellschaftsrechts. Außerdem kann es sein, dass der inländische Gerichtsstand (nach Maßgabe der einschlägigen Regelungen gem Art 2, 60 EuGVVO)⁷⁾ durch die Verschmelzung verloren geht. Dem trägt der Gesetzgeber wie folgt Rechnung:

- Gesellschafter, die dem Verschmelzungsbeschluss widersprechen, können gegen Barabfindung aus der Gesellschaft austreten (§ 10 EU-VerschG). Der Austritt muss binnen einem Monat nach dem Verschmelzungsbeschluss, also noch vor Ausstellung der Rechtmäßigkeitsbescheinigung, erklärt werden. Innerhalb dieser Frist muss auch ein Antrag auf gerichtliche Überprüfung der Barabfindung gestellt werden, auf welche Weise die internationale Zuständigkeit österr Gerichte nach dem Grundsatz der *perpetuati fori* sichergestellt wird. Die Barabfindungsansprüche sind auch vor Ausstellung der Rechtmäßigkeitsbescheinigung sicherzustellen.
- Gläubiger können – anders als bei nationalen Verschmelzungen – eine Befriedigung oder Sicherstel-

lung bereits vor Wirksamwerden der Verschmelzung verlangen, nämlich bereits einen Monat vor Beschlussfassung (§§ 8, 1 EU-VerschG). Sie sind in der Bekanntmachung gem § 8 EU-VerschG auf dieses Recht hinzuweisen, im Fall eines „kapitalentsperrenden Effekts“ sogar durch individuelle Verständigung. Das Firmenbuchgericht darf die Rechtmäßigkeitsbescheinigung erst ausstellen, wenn alle Gläubiger, die sich gemeldet haben und wegen der Gefährdung ihrer Ansprüche Sicherheit verlangen können, befriedigt oder sichergestellt sind.

Anders als bei innerstaatlichen Verschmelzungen setzt das Gesetz bei der Hinausverschmelzung in weitaus stärkerem Maße auf einen bereits vor Eintragung der Verschmelzung einsetzenden Gesellschafter- und Gläubigerschutz. Der zusätzliche *ex ante* Schutz wird in den zwei Monaten untergebracht, die auch bei nationalen Verschmelzungen zwischen Einreichung des Verschmelzungsplans (gem § 221 a AktG einen Monat vor Beschlussfassung) und Anmeldung der Verschmelzung (wegen der gem § 225 Abs 2 AktG geforderten Erklärung des Vorstands, dass binnen einem Monat nach Beschlussfassung keine Klage gegen den Verschmelzungsbeschluss erhoben wurde), liegen. Diese zwei Monate müssen bei nationalen Verschmelzungen aber nicht jedenfalls abgewartet werden, sondern nur dann, wenn auf die Einreichung/ Beschlussanfechtung nicht durch alle Aktionäre verzichtet wird. Demgegenüber wird man bei allen internationalen Verschmelzungen den Ablauf der Zwei-Monats-Frist abwarten müssen.

7) VO 44/2001/EG des Rates v 22. 12. 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.