

Die Verschmelzung nach dem EU-UmgrG

GEORG ECKERT*

Der vorliegende Beitrag beruht auf dem vom Verfasser auf den Wiener Bilanzrechtstagen 2023 am 21.4.2023 gehaltenen Vortrag und beleuchtet die Neuregelung der Verschmelzung nach dem EU-UmgrG.

I. Einleitung

Für die grenzüberschreitende Verschmelzung bestehen nun schon seit Langem gesetzliche Grundlagen. Bereits die SE-VO¹ (Art 17 ff leg cit; Ausführungsgesetzgebung gem §§ 17 ff SEG) sieht die grenzüberschreitende Verschmelzung als eine Variante der Gründung einer SE vor. Diese Regelung bildete das Modell für die am 26.10.2005 erlassene und mit dem EU-VerschG im österreichischen Recht umgesetzte Verschmelzungsrichtlinie.² Die Richtlinie regelte den kollisionsrechtlichen Aspekt der grenzüberschreitenden Verschmelzung, ließ es dabei aber nicht bewenden, sondern machte vielmehr ausführliche sachrechtliche Vorgaben.³ Diese Vorgaben orientierten sich an der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie,⁴ entwickelten diese Regelungen aber auch fort. Nach zwei Änderungsrichtlinien⁵ wurde die Regelung der Verschmelzungsrichtlinie in die Gesellschaftsrechtsrichtlinie⁶ überführt.⁷

Mit der Mobilitätsrichtlinie⁸ hat der europäische Gesetzgeber zum einen sekundärrechtliche Regelungen der grenzüberschreitenden Umwandlung und der grenzüberschreitenden Spaltung geschaffen, zum anderen auch das Recht der

grenzüberschreitenden Verschmelzung fortentwickelt. Die Richtlinie war nach ihrem Art 3 bis zum 31.1.2023 umzusetzen, was nun in Gestalt des EU-UmgrG geschehen ist. Die grenzüberschreitende Verschmelzung ist im 3. Hauptstück des Gesetzes (§§ 26 bis 45 EU-UmgrG) geregelt. Auf die Verschmelzungen kommen außerdem die allgemeinen Bestimmungen des 1. Hauptstücks (§§ 1 bis 6 EU-UmgrG) zur Anwendung.

Das EU-UmgrG wurde am 10.7.2023 im Nationalrat beschlossen und trat das am 1.8.2023 in Kraft (§ 70 Abs 1 EU-UmgrG). Zugleich trat das EU-VerschG mit Ablauf des 31.7.2023 außer Kraft (§ 70 Abs 2 EU-UmgrG). Übergangsbestimmungen sind nicht vorgesehen, sodass schon begonnene grenzüberschreitende Verschmelzungen nach den neuen Regelungen durchgeführt werden müssen.

Weiterhin relevant ist die zur Rechtslage vor der Verschmelzungsrichtlinie ergangene EuGH-Entscheidung *SEVIC Systems*.⁹ Darin erkannte der EuGH die Verschmelzung als eine Ausübungsform der Niederlassungsfreiheit an. Ausgehend von der Beobachtung, dass das deutsche Recht innerstaatliche Verschmelzungen zuließ, Verschmelzungen unter Beteiligung von Gesellschaften, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterlagen, aber verbot, kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass es die Niederlassungsfreiheit gem Art 49 und 54 AEUV (Ex-Art 43 und 48 EGV) gebiete, Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit unter denselben Bedingungen zu gestatten, wie sie für die inländischen Wirtschaftsbeteiligten gelten. Soweit der Sekundärrechtsgesetzgeber selbst der internationalen Umgründung Schranken auferlegt, die bei nationalen Transaktionen nicht bestehen, ist ein Verstoß gegen die im höherrangigen Primärrecht verankerte Niederlassungsfreiheit (nur) theoretisch denkbar. Soweit der nationale Gesetzgeber aber über die Vorgaben der Richtlinie hinausgeht, stellt sich weiterhin die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit.

⁹ EuGH 13.12.2005, Rs C-411/03, *SEVIC Systems*; siehe dazu insb *M. Doralt, Sevic: Traum und Wirklichkeit – die grenzüberschreitende Verschmelzung ist Realität*, IPRax 2006, 572; *dies*, Zur Verschmelzung auf eine Scheinauslandsgesellschaft, GES 2006, 391; *Huemer*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften (Teil II), RWZ 2006, 65; *dies*, *Sevic Systems AG*, in *Keiler/Grumböck*, EuGH-Judikatur aktuell (2006) 180 (182 f); *Rieder*, EuGH-Rechtssache *Sevic*: Grenzüberschreitende Verschmelzung zulässig, GES 2006, 4; *Ch. Mader*, Zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts (Teil I), RWZ 2006, 37; *Straub*, *ecolex* 2006, 219 f; *Ratka*, GES 2006, 52 ff; *C. Ph. Schindler*, Cross-Border Mergers in Europe – Company Law is catching up! ECFR 2006, 109; *Bayer/J. Schmidt*, Schutz der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit, ZIP 2006, 210; *Bungert*, Grenzüberschreitende Verschmelzungsmobilität – Anmerkung zur *Sevic*-Entscheidung des EuGH, BB 2006, 53; *Geyrhalter/Th. Weber*, Transnationale Verschmelzungen – im Spannungsfeld zwischen *SEVIC Systems* und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 2006, 146; *Kappes*, Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen, NZG 2006, 101; *Kuntz*, Zur Möglichkeit grenzüberschreitender Fusionen, EuZW 2005, 524; *Siems*, *SEVIC*: Der letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschaftsrecht der EU? EuZW 2006, 135; *Spahlinger/Wegen*, Deutsche Gesellschaften in grenzüberschreitenden Umwandlungen nach „*SEVIC*“ und der Verschmelzungsrichtlinie in der Praxis, NZG 2006, 721; *Teichmann*, Binnenmarktmobilität von Gesellschaften nach „*Sevic*“, ZIP 2006, 355.

* Univ.-Prof. Dr. Georg Eckert lehrt an der Wirtschaftsuniversität Wien.

¹ Verordnung (EG) Nr 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl L 294 vom 10.11.2001, S 1.

² Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl L 310 vom 25.11.2005, S 1; zur Richtlinie in Österreich *Adensamer/Eckert*, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil I), GES 2007, 95; *Straub*, Neue Entwicklungen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, *ecolex* 2006, 219 (220); *Ratka*, Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, GES 2006, 52; *N. Vavrovsky*, Grenzüberschreitende Verschmelzung, *ecolex* 2006, 952; *Koppensteiner*, Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, GesRZ 2006, 111; zur Entstehungsgeschichte der Richtlinie *Neye*, Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, ZIP 2005, 1893.

³ Kritisch *Koppensteiner*, GesRZ 2006, 124 f.

⁴ Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9.10.1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl L 295 vom 20.10.1978, S 36.

⁵ Richtlinie 2009/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Änderung der Richtlinien 77/91/EWG, 78/855/EWG und 82/891/EWG des Rates sowie der Richtlinie 2005/56/EG hinsichtlich der Berichts- und Dokumentationspflicht bei Verschmelzungen und Spaltungen, ABl L 259 vom 2.10.2009, S 14; Richtlinie 2012/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.6.2012 zur Änderung der Richtlinie 89/666/EWG des Rates sowie der Richtlinien 2005/56/EG und 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die Verknüpfung von Zentral-, Handels- und Gesellschaftsregistern, ABl L 156 vom 16.6.2012, S 1.

⁶ Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl L 169 vom 30.6.2017, S 46.

⁷ Siehe *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht⁶ (2018) § 5 Rz 73; *Marsch-Barnert/Wilk in Kallmeyer, UmwG⁷* (2020) Vor §§ 122a – 122m Rz 1; *Potyka/Spending*, Weniger ist mehr? – Die neue EU-Richtlinie 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, GES 2017, 302.

⁸ Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl L 321 vom 12.12.2019, S 1; siehe dazu ausführlich *Thomale*, Die EU-Mobilitätsrichtlinie – ein Wachstumsimpuls für das österreichische Umgründungsrecht (Teil I), RdW 2020, 338; *Stelmaszczyk*, Die neue Umwandlungsrichtlinie – harmonisierte Verfahren für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel, GmbHR 2020, 61; *J. Schmidt*, EU Company Law Package 2018: Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften, Der Konzern 2018, 229 (235 ff) und 273; *Butterstein*, Modernisierung des EU-Gesellschaftsrechts zur Stärkung der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften, EuZW 2018, 838.

II. Regelungstechnik und Systematik des EU-UmgrG

Der Gesetzgeber will in die bisherige Gesetzssystematik des österreichischen Umgründungsrechts nur im für die Richtlinienumsetzung erforderlichen Ausmaß eingreifen.¹⁰ Das EU-UmgrG, das die grenzüberschreitende Umwandlung, die grenzüberschreitende Verschmelzung und die grenzüberschreitende Spaltung zum Gegenstand hat, tritt an die Stelle des bisherigen EU-VerschG, das nur die grenzüberschreitende Verschmelzung regelte.

Anders als im bisherigen Recht (§ 3 Abs 2 EU-VerschG) sieht der Gesetzgeber von einer allgemeinen Verweisung auf das nationale Verschmelzungsrecht ab. Die grenzüberschreitende Verschmelzung wird vielmehr eigenständig und nahezu abschließend geregelt. Nur punktuell sind Verweisungen auf die allgemeinen Verschmelzungsregelungen vorgesehen (§ 30 Abs 2, § 36 Abs 2, §§ 31 und 44 EU-UmgrG). Diese neue Regelungstechnik erspart dem Rechtsanwender die Aufgabe, festzustellen, welche der allgemeinen Verschmelzungsregelungen nun zur Anwendung kommen und welche nicht. Zugleich bringt diese Vorgangsweise die Gefahr von planwidrigen Lücken mit sich.

Die Verweisteknik wird aber in anderer Hinsicht intensiv eingesetzt: Das EU-UmgrG normiert die grenzüberschreitende Umwandlung als Modellregelung der grenzüberschreitenden Umgründung. In den weiteren die Verschmelzung und die Spaltung betreffenden Hauptstücken werden die Besonderheiten dieser Umgründungen geregelt und ansonsten wird weitgehend auf das Recht der grenzüberschreitenden Umwandlung verwiesen. Dies gilt namentlich für die der Beschlussfassung vorgelagerten Prüf- und Informationspflichten (§ 29 Abs 2, § 31 Abs 1, §§ 32 und 33 EU-UmgrG), für die Beschlussfassung (§ 34 Abs 2 EU-UmgrG) und für die Firmenbuchanmeldung (§ 42 Abs 3 EU-UmgrG). Die Regelungen des EU-UmgrG sind dadurch untereinander weit besser abgestimmt als mit den Regelungen der jeweils entsprechenden innerstaatlichen Umgründungsform.

Auf „*Folgeanpassungen*“ des innerstaatlichen Umgründungsrechts wurde bewusst verzichtet, weil diese, wie es in den Erläuterungen heißt, unerwünschte Erschwerungen innerstaatlicher Umgründungen mit sich gebracht hätten.¹¹ Das ist nachvollziehbar, vermag aber nicht alle Wertungsdisparitäten zu erklären. Zu diesen meinen die Erläuterungen, dass auch schon im geltenden Umgründungsrecht einige parallele Bestimmungen nicht gleichlautend sind, womit die Praxis aber umzugehen gelernt habe.¹² Dem ersten Teil dieses Befunds ist beizupflichten, dem zweiten aber nicht. So ist es sinnvoll, dass der Verschmelzungsprüfer bei der Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses und der Barabfindung den Marktpreis der Anteile zu berücksichtigen hat (§ 30 und § 52 Abs 2 EU-UmgrG). Es gibt aber keinen sachlichen Grund dafür, von derselben Klarstellung auch in allen nationalen Parallelbestimmungen abzusehen. Das Gleiche gilt für Herabstufung des Regelbeweismaßes für Gläubigersicherstellungsansprüche¹³ uam.

¹⁰ ErlRV 2028 BlgNR 27. GP, 1.

¹¹ ErlRV 2028 BlgNR 27. GP, 1.

¹² ErlRV 2028 BlgNR 27. GP, 1.

¹³ Siehe Pkt VI.4.4.

Abweichende Formulierungen führen jedenfalls nicht notwendigerweise zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen: Nach den Erläuterungen ist aus den unterschiedlichen Formulierungen nicht der Schluss zu ziehen, dass der Gesetzgeber bewusst unterschiedliche Auslegungsergebnisse erzielen wollen.¹⁴

III. Internationales Privatrecht

Das Grundcharakteristikum der grenzüberschreitenden Verschmelzung, wie es auch in Art 118 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie (fortan zitiert idF der Mobilitätsrichtlinie) und § 27 Z 1 EU-UmgrG zum Ausdruck kommt, liegt in der Beteiligung (zumindest) zweier Gesellschaften, die einem unterschiedlichen Gesellschaftsrecht (Gesellschaftsstatut, Personalstatut) unterliegen. Da der Verschmelzungsvorgang sowohl die übertragende als auch die aufnehmende Gesellschaft berührt, sind daher potenziell sowohl das Personalstatut der übertragenden als auch jenes der übernehmenden bzw neu gegründeten Gesellschaft maßgebend.¹⁵ Mittlerweile hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass beide Personalstatuten für die Verschmelzung maßgeblich sind,¹⁶ was mit dem Begriff „*Vereinigungstheorie*“ zum Ausdruck gebracht werden soll. Die Begriffsbildung ist etwas unglücklich, weil sie auf eine umfassende Kumulierung der beiden beteiligten Rechtsordnungen hindeutet, zu der es aber nicht kommt. Die heute hM unterscheidet vielmehr einprägsam Voraussetzungen, Verfahren und Wirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung. Voraussetzungen und Verfahren richten sich für jede beteiligte Gesellschaft nach ihrem Personalstatut. Hinsichtlich der Wirkungen wird unterschieden: Gesamtrechtsnachfolge und Erlöschen der übertragenden Gesellschaft richten sich nach deren Personalstatut, die Anteilsgewährung nach dem Statut der übernehmenden Gesellschaft.¹⁷

Art 121 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie trifft eine kollisionsrechtliche Regelung in Teilaspekten dahin gehend, dass jede der beteiligten Gesellschaften die „*Vorschriften und Formalitäten*“ des auf sie anwendbaren Rechts beachten muss. Diese Regelung betrifft insb die Beschlussfassung und das ihr vorangehende Verfahren und den Arbeitnehmerschutz. Der Schutz der Gläubiger und der Minderheitsgesellschafter ist in der Bestimmung – anders als früher (Art 121 Abs 2 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie idF vor der Mobilitätsrichtlinie) – nicht mehr eigens erwähnt. Die Verschmelzungswirkungen sind in Art 131 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie geregelt, ohne dass bestimmt würde, welches der in Betracht kommenden Statute anwendbar ist. Nur der Zeitpunkt des Eintritts dieser Wirkungen richtet sich nach Art 129 der Gesellschaftsrechts-

¹⁴ ErlRV 2028 BlgNR 27. GP, 1; AB 2157 BlgNR 27. GP, 2.

¹⁵ Adensamer/Eckert, GES 2007, 96; Bessenich, Die grenzüberschreitende Fusion nach den Bestimmungen des IPRG und des OR (1991) 11; Beitzke, Internationalrechtliches zur Gesellschaftsfusion, in FS Hallstein (1966) 14 (20); Kindler in MünchKomm BGB XIII⁸ (2021) IntGesR Rz 803 und 808 f; Behrens/J. Hoffmann in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG I³ (2019) Allg Einl Rz B.171; Großfeld in Staudinger, BGB, IntGesR Rz 683; siehe auch St. Frotz in St. Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen² (2013) § 3 EU-VerschG Rz 1; Talos/Arzt in Talos/Winner, EU-VerschG² (2016) § 3 Rz 1.

¹⁶ Grundlegend Beitzke, Gesellschaftsfusion, 14 ff; Koppensteiner, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (1971) 261 und 269.

¹⁷ Drinhausen in Semler/Stengel/Leonard, UmwG⁵ (2021) Einl C Rz 16 f; Kindler in MünchKomm BGB XIII⁸, IntGesR Rz 808, 811 ff, 816 ff und 819; Großfeld in Staudinger, BGB, IntGesR Rz 683 ff; Adensamer/Eckert, GES 2007, 96 ff; Koppensteiner, GesRZ 2006, 115.

richtlinie nach dem Recht, dem die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft unterliegt.

Das EU-VerschG enthielt mit einer Ausnahme (§ 3 Abs 3 EU-VerschG) keine kollisionsrechtliche Bestimmung. Der räumliche Anwendungsbereich der einzelnen Bestimmungen des EU-VerschG musste durch Anwendung der oben skizzierten allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsätze erschlossen werden. Das EU-UmgrG wählt einen anderen Ansatz. Im Unterschied zum EU-VerschG regeln die meisten Vorschriften ihren eigenen räumlichen Anwendungsbereich gleich mit. Die die Beschlussfassung und ihre Vorbereitung betreffenden Bestimmungen richten sich ausdrücklich nur an die „sich verschmelzende inländische Gesellschaft“ (§§ 28 bis 33, § 34 Abs 2 und § 35 EU-UmgrG). Auch die Rechte der Gläubiger (§ 37 EU-UmgrG) und der Minderheitsgesellschafter (§§ 35, 36, 40, 41 iVm § 39 EU-UmgrG) werden nur in Bezug auf die beteiligte inländische Gesellschaft geregelt. Die Bestimmungen betreffend die Gewährung von Anteilen und die Gründung der aus einer Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft werden nur für die Hereinverschmelzung und damit wiederum nur für die österreichischem Recht unterliegende Gesellschaft geregelt (§ 44 iVm § 43 EU-UmgrG).

Die Verschmelzungswirkungen (Gesamtrechtsnachfolge, Anteilsgewährung, Erlöschen der übertragenden Gesellschaft) sind hingegen in § 38 EU-UmgrG ohne Differenzierung nach der beteiligten Gesellschaft und der Verschmelzungsrichtung geregelt. Die Wirkungen der Verschmelzung sind in Art 131 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie nur in Grundzügen vereinheitlicht, sodass es durchaus darauf ankommt, welches der in Betracht kommenden Gesellschaftsrechte nun anwendbar ist. Ein Beispiel dafür ist die nicht richtlinienrechtlich vorgegebene Billigkeitsregelung nach § 38 Z 1 EU-UmgrG.¹⁸ Diesbezüglich bleibt es mE bei der aus den allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsätzen gewonnenen Anknüpfung: Das Erlöschen der übertragenden Gesellschaft¹⁹ und die Gesamtrechtsnachfolge²⁰ richten sich nach dem auf diese Gesellschaft anwendbaren Recht, die Anteilsgewährung hingegen (grundsätzlich) nach dem Recht der übernehmenden Gesellschaft. Der Zeitpunkt des Eintritts der Verschmelzungswirkungen richtet sich nach Art 129 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie nach dem Recht des Staates, dem die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft unterliegt. Eine kollisionsrechtliche Umsetzungsbestimmung im EU-UmgrG fehlt (anders noch § 3 Abs 3 EU-VerschG). § 38 EU-UmgrG bestimmt die Eintragung der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft als maßgeblichen Zeitpunkt. Diese Regelung ist kraft richtlinienkonformer Interpretation aber nur anwendbar, wenn die übernehmende Gesellschaft österreichischem Recht unterliegt.

Die kollisionsrechtliche Behandlung der Anteilsgewährung unterliegt nach dem bisherigen Diskussionsstand dem Recht der übernehmenden Gesellschaft insoweit, als es um die Schaffung der Anteile im Wege der Kapitalerhöhung (oder

um die Verwendung bereits bestehender Anteile) und für die begleitenden Regelungen der Kapitalaufbringung und -erhaltung geht. Dem Recht der übernehmenden Gesellschaft sind daher auch Verbote der Anteilsgewährung (§ 224 Abs 1 AktG) oder einer Kapitalerhöhung (§ 224 Abs 3 AktG) zu entnehmen. Dem trägt das EU-UmgrG auch Rechnung, indem § 223 und § 224 Abs 1 bis 4 AktG auf die Hereinverschmelzung für anwendbar erklärt werden (§ 44 Abs 1 EU-UmgrG). Der Anspruch auf Anteilsgewährung resultiert hingegen aus der Mitgliedschaft der übertragenden Gesellschaft und ist nach dem bisherigen Diskussionsstand nach deren Recht zu beurteilen.²¹ Nach diesem Recht sind daher auch die Voraussetzungen zu beurteilen, unter denen der Anspruch auf Gewährung von Anteilen entfällt (in Österreich § 224 Abs 2 AktG).²² Dieser Aspekt der Verschmelzung ist europarechtlich nur teilweise vereinheitlicht, sodass es wiederum durchaus darauf ankommt, welche der in Betracht kommenden Umsetzungsbestimmungen zur Anwendung kommt. Auf die diesbezüglichen Regelungen des EU-UmgrG ist noch einzugehen.²³

IV. Überblick über inhaltliche Änderungen

1. Vorbemerkung

Abgesehen von der gerade dargestellten neuen Regelungstechnik halten sich die inhaltlichen Änderungen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage in recht überschaubaren Grenzen. Die meisten dieser Änderungen sind dadurch veranlasst, dass auch die europarechtliche Grundlage an einigen Stellen weiterentwickelt wurde. Die Auseinanderentwicklung des Rechts der grenzüberschreitenden und der innerstaatlichen Verschmelzung ist freilich stark zu bemerken und nicht immer durch den grenzüberschreitenden Charakter der Maßnahme erklärbar.

2. Haftung der Organmitglieder

§ 5 EU-UmgrG ordnet eine Haftung der Organmitglieder auch für die Verschmelzung an. Schon nach bisherigem Recht waren die Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft dieser Gesellschaft, ihren Aktionären und ihren Gläubigern verantwortlich. Der Schadenersatz konnte aber nur über die übertragende Gesellschaft liquidiert werden, deren Fortbestand gem § 227 Abs 2 AktG fingiert wurde (§ 3 Abs 2 EU-VerschG iVm §§ 227 und 228 AktG). § 5 EU-UmgrG ordnet eine direkte Ersatzpflicht gegenüber den Gesellschaftern an, wenn diese durch die Verschmelzung einen direkten Schaden erleiden. Als solcher Schaden kommt etwa der durch ein unangemessenes Umtauschverhältnis entstehende Vermögensnachteil in Betracht. Für Schäden der beteiligten Gesellschaft (und damit mittelbar auch der Gläubiger) ist eine Haftung in sinngemäßer Anwendung des § 41 AktG angeordnet.

²¹ Eckert in Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 3 EU-VerschG Rz 40; Talos/Arzt in Talos/Winner, EU-VerschG², § 3 Rz 45.

²² Auch im Falle eines Verbots der Anteilsgewährung (§ 224 Abs 1 AktG) entfällt der Anspruch der Gesellschafter auf Anteilsgewährung. Dieses Verbot richtet sich nach dem oben Gesagten aber grundsätzlich nach dem Recht der übertragenden Gesellschaft. Würde das auf den Anspruch der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft auf Anteile anwendbare Recht in einem solchen Fall zwingend einen solchen Anspruch vorsehen, könnte die Verschmelzung nicht durchgeführt werden. Im Anwendungsbereich des EU-UmgrG sollte dies aber wegen Art 131 Abs 5 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie nicht vorkommen.

²³ Siehe Pkt V.

¹⁸ Ausführlich Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 675; Talos/Arzt in Talos/Winner, EU-VerschG², § 3 Rz 26; Eckert in Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ (2021) § 3 EU-VerschG Rz 28 ff.

¹⁹ BGH 11.7.1957, II ZR 318/55, BGHZ 25, 134; OGH 20.3.2003, 6 Ob 283/02i.

²⁰ OGH 20.3.2003, 6 Ob 283/02i; Meilicke/Rabback, Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Sevic und die Folgen für das deutsche Umwandlungsrecht nach Handels- und Seerecht, GmbHR 2006, 123 (124); Kindler in MünchKomm BGB XIII⁸, IntGesR Rz 816.

3. Verschmelzungsbericht

Der Verschmelzungsbericht (§ 29 EU-UmgrG) ist in einen allgemeinen Abschnitt sowie in je einen Abschnitt für die Gesellschafter und für die Arbeitnehmer zu gliedern. Während nach altem Recht ein Verzicht auf den Verschmelzungsbericht nicht möglich war, sieht § 29 EU-UmgrG nun abgestufte Berichtserfordernisse vor: Der Abschnitt über die Gesellschaft kann entfallen, wenn die Gesellschafter darauf verzichten, wofür ein Verzicht der Gesellschafter der inländischen Gesellschaft ausreichend ist. Der die Arbeitnehmer betreffende Berichtsteil kann entfallen, wenn die Gesellschaft keine Arbeitnehmer hat. Sind beide Voraussetzungen erfüllt, kann der Bericht ganz entfallen. Die inhaltlichen Anforderungen an den Bericht wurden sowohl in Bezug auf die Gesellschafter als auch auf die Arbeitnehmer erweitert. Hingegen braucht der Bericht nicht mehr auf die Auswirkungen der Verschmelzung auf die Interessen der Gläubiger einzugehen.

4. Verschmelzungsprüfung

Bei den Anforderungen an die Verschmelzungsprüfung ergeben sich kaum Änderungen. Das Gesetz stellt klar, dass bei der Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses und der Barabfindung der Marktpreis der Anteile zu berücksichtigen ist (§ 30 EU-UmgrG). Die bisher vorgeschriebene Berichterstattung über das gebundene Kapital (§ 7 Abs 2 EU-VerschG) ist entfallen.²⁴

5. Offenlegungspflichten

Die Offenlegungspflichten im Vorfeld der Gesellschafterversammlung sind insofern verändert, als die Frist für die Einberufung der Gesellschafterversammlung und die Bereitstellung der vorbereitenden Unterlagen nunmehr sechs Wochen (statt der bisher geltenden Monatsfrist) beträgt (§ 32 iVm § 14 EU-UmgrG). Für die Veröffentlichung der vorbereitenden Unterlagen gilt weiterhin die Frist von einem Monat. Eine Bekanntmachung über die Ediktsdatei (§ 8 Abs 2a EU-VerschG) ist aber nicht mehr ausreichend; vielmehr sind die Unterlagen jedenfalls zum Firmenbuch einzureichen (§ 33 iVm § 15 EU-UmgrG).

6. Überprüfung des Umtauschverhältnisses

Die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist nunmehr zwingend sekundärrechtlich vorgegeben. Daher ist das bisherige Erfordernis, dass die andere beteiligte Gesellschaft, deren Recht ein Prüfungsverfahren nicht kennt, die Anwendung dieses Verfahrens akzeptiert (§ 12 Abs 1 EU-VerschG) entfallen. Vielmehr kommen das Prüfungsverfahren (§ 36 EU-UmgrG) und der begleitende Ausschluss von Anfechtungsklagen (§ 35 EU-UmgrG) auf grenzüberschreitende Verschmelzungen grundsätzlich in gleicher Weise zur Anwendung wie bei innerstaatlichen Verschmelzungen. Abweichungen ergeben sich dann, wenn sowohl die Gesellschafter der inländischen als auch jene der ausländischen Gesellschaft Prüfungsanträge stellen. Diesbezüglich hat es der europäische Gesetzgeber verabsäumt, die Durchführung eines einheitlichen Verfahrens anzuordnen, in

dem die Entscheidung über die gegenläufigen Überprüfungsanträge konzentriert wird. Die Zuständigkeit liegt vielmehr bei den Gerichten jenes Mitgliedstaates, dem die jeweilige verschmolzene Gesellschaft angehört hat. Die für die übernehmende Gesellschaft gleichermaßen verbindlichen Entscheidungen der Gerichte beider Staaten können folglich zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Um dies abzumildern, ordnet § 36 Abs 2 Satz 2 EU-UmgrG an, dass sich das österreichische Gericht mit dem ausländischen Gericht zu koordinieren und dessen Entscheidung zu berücksichtigen hat.

7. Missbrauchskontrolle

Einen ganz neuen Akzent setzt die Missbrauchskontrolle gem § 21 Abs 7 EU-UmgrG, die über § 42 Abs 3 EU-UmgrG auch auf die Hinausverschmelzung Anwendung findet.²⁵

8. Gläubigerschutz

Auf die Neuerungen zum Gläubigerschutz wird weiter unten eingegangen.²⁶

V. Anteilsgewährung und ihr Unterbleiben

Nach österreichischem Recht ist die Verschmelzung mitgliederschaftserhaltend konzipiert. Das Gebot der Anteilsgewährung ist aber nur idealtypisches Element der Verschmelzung, wie aus § 224 AktG hervorgeht.²⁷ Danach darf oder muss die übertragende Gesellschaft in bestimmten Fällen von der Gewährung von Anteilen absehen, nämlich dann, wenn die übernehmende Gesellschaft Anteile an der übertragenden Gesellschaft besitzt, soweit eine übertragende Gesellschaft eigene Anteile besitzt, die Gesellschafter sowohl an der übernehmenden als auch an der übertragenden Gesellschaft im gleichen Verhältnis unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind oder wenn die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft auf die Gewährung von Aktien verzichten. In allen anderen Fällen sind Anteile zu gewähren.

§ 27 Z 3 EU-UmgrG übernimmt – anders als noch das EU-VerschG – die Definition der Verschmelzung gem Art 119 Z 2 der Gesellschaftsrichtlinie. Daraus geht hervor, dass eine Verschmelzung grundsätzlich mit der Gewährung von Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft einhergeht. Bare Zuzahlungen sind im Ausmaß von 10 % des Nennwerts der gewährten Anteile zulässig.²⁸

Eine Gewährung von Anteilen kann – neben der 100%igen *Upstream*-Verschmelzung (§ 27 Z 3 lit c EU-UmgrG) – auch dann unterbleiben, wenn „eine Person unmittelbar oder mittelbar alle Anteile an den sich verschmelzenden Gesellschaften besitzt oder die Anteile der Gesellschafter der sich verschmelzenden Gesellschaften bei allen sich verschmelzenden Gesellschaften dasselbe Verhältnis haben“ (§ 27 Z 3 lit d EU-UmgrG). Dies deckt sich mit § 224 Abs 2 Z 1 AktG, sodass wie nach innerstaatlichem Recht eine grenzüberschreitende Schwestern-

²⁴ Siehe Pkt VI.3.

²⁵ Siehe dazu in diesem Heft *Winner*, Die Sitzverlegung, GesRZ 2023, 284; weiters *Niksova*, Arbeitsrechtliche Fragen bei der Sitzverlegung über die Grenze, in Tagungsband Wiener Bilanzrechtstage 2023 (erscheint demnächst).

²⁶ Siehe Pkt VI,

²⁷ Siehe bereits *Kastner*, Gesammelte Aufsätze (1982) 378.

²⁸ Die Bestimmung der Richtlinie, wonach die Zuzahlungen 10 % des Nennwerts der als Gegenleistung gewährten Anteile nicht übersteigen dürfen, wurde nicht in die Definition der Verschmelzung, aber in den den Verschmelzungsplan betreffenden § 28 Abs 1 Z 2 EU-UmgrG übernommen.

verschmelzung ohne Anteilsgewährung möglich ist, und zwar sowohl bei der Hereinverschmelzung, bei der § 224 Abs 2 AktG gem § 44 Abs 1 EU-UmgrG ausdrücklich für anwendbar erklärt wird, als auch bei der Hinausverschmelzung, bei der sich die Möglichkeit des Unterbleibens der Anteilsgewährung aus § 27 Z 3 lit d EU-UmgrG ergibt.

Nach innerstaatlichem Recht ist das Unterbleiben der Anteilsgewährung nicht zulässig, wenn hierdurch gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen wird.²⁹ Dies gilt auch bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, und zwar mE unabhängig von der Verschmelzungsrichtung.³⁰ Ob ein solcher Verstoß vorliegt, ist nach dem auf diejenige(n) Gesellschaft(en) anzuwendenden Recht zu beurteilen, deren Vermögen durch das Unterbleiben der Anteilsgewährung beeinträchtigt wird.³¹

Nach § 224 Abs 2 Z 2 AktG kann von der Anteilsgewährung auch abgesehen werden, soweit Anteilsinhaber darauf verzichten. Diese Bestimmung ist ausdrücklich nur auf die Hereinverschmelzung anzuwenden (§ 44 Abs 1 EU-UmgrG), obwohl nach dem oben Gesagten der Anspruch auf die Gegenleistungsanteile dem Recht der übertragenden Gesellschaft unterliegt. Es fehlt allerdings ein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber gerade bei der grenzüberschreitenden Hinausverschmelzung diese Gestaltungsoption ausschließen wollte, was zufolge des in der Rechtssache *SEVIC Systems* aufgestellten Grundsatzes auch primärrechtlich nicht zulässig wäre. Folglich kann nach dem EU-UmgrG die Gewährung von Anteilen im Falle eines Verzichts der Anteilsinhaber unabhängig von der Verschmelzungsrichtung unterbleiben, sofern auch die andere beteiligte Rechtsordnung diese Gestaltung zulässt.

Weiterhin lässt die Gesellschaftsrechtsrichtlinie grenzüberschreitende Verschmelzungen auch dann zu, wenn die baren Zuzahlungen mehr als 10 % des Nennwerts der Gegenleistungsanteile ausmachen (Art 120 Abs 1 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie). Dies trägt dem Verschmelzungsrecht anderer Mitgliedstaaten Rechnung, die die 10 %-Grenze nicht kennen. Trotz des Wortlauts des Art 120 Abs 1 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie („Zuzahlung“) dürfen die Mitgliedstaaten auch die Verschmelzung gegen Geld gestatten,³² wovon einige mitgliedstaatliche Rechtsordnungen auch Gebrauch machen.³³ Dies bedeutet aber nicht, dass die Mitgliedstaaten derartige Gestaltungen zulassen müssen.³⁴ Nach dem Wortlaut des Art 120 Abs 1 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie findet diese zwar auch auf die Verschmelzung gegen Geld Anwendung, wenn das Recht eines der beteiligten Mitgliedstaaten dies ermöglicht. Die Richtlinie will aber nur die nach nationalem Recht bestehenden Verschmelzungsmöglichkeiten für

grenzüberschreitende Gestaltungen öffnen, sodass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, im grenzüberschreitenden Kontext Transaktionen zuzulassen, die innerstaatlich nicht zulässig sind.³⁵

Nach der bisher geltenden Rechtslage waren Hereinverschmelzungen gegen Geld gem § 3 Abs 2 EU-VerschG iVm § 224 Abs 5 AktG grundsätzlich unzulässig,³⁶ während Hinausverschmelzungen gegen Geld unter der Voraussetzung zulässig waren, dass alle Gesellschafter der übertragenden österreichischen Gesellschaft einen Verzicht auf die Anteilsgewährung gem § 224 Abs 2 Z 2 AktG erklärten. Dies ergab sich nicht aus einer ausdrücklichen Regelung im Gesetz, sondern aus einer Normzweckanalyse des § 224 AktG.³⁷ Am Ergebnis könnte sich insofern etwas geändert haben, als § 28 Abs 1 Z 2 EU-UmgrG bare Zuzahlungen unabhängig von der Verschmelzungsrichtung auf 10 % des Nennwerts der gewährten Anteile beschränkt. Eine gewollte Einschränkung der bislang möglichen Optionen ist den Materialien aber nicht zu entnehmen. Weiterhin gilt, dass die Anteilsgewährung im Falle eines Verzichts der Anteilsinhaber möglich ist und das österreichische Recht keinen Anlass hat, Gegenleistungen für einen solchen Verzicht zu untersagen, die nach dem auf die übernehmende Gesellschaft anwendbaren Recht geleistet werden dürfen. Daher ist die Hinausverschmelzung gegen bare Gegenleistung weiterhin zulässig, wenn die Gesellschafter der übertragenden österreichischen Gesellschaft auf die Gewährung von Anteilen verzichten. Im umgekehrten Fall einer Hereinverschmelzung darf die übernehmende Gesellschaft keine über die 10 % hinausgehende bare Gegenleistung erbringen.

Das Gesagte gilt auch für Gegenleistungen, die nicht in Geld, sondern in Sachwerten bestehen, somit etwa andere Finanzierungsinstrumente als Gesellschaftsanteile und Anteile an anderen Gesellschaften als der übernehmenden Gesellschaft.

VI. Gläubigerschutz

1. Vorbemerkung

Der Gläubigerschutz weicht in mancherlei Hinsicht vom bisherigen Recht ab.

2. Keine Sonderregelungen für kapitalentsperrende Verschmelzungen

Das EU-UmgrG verzichtet auf Sonderregelungen zu kapitalentsperrenden Verschmelzungen, wie sie im EU-VerschG vorgesehen waren (§ 6 Abs 2, § 8 Abs 2 Z 3 und § 13 Abs 1 Satz 3 EU-VerschG). Wie nach bisherigem Recht sind kapitalentsperrende Hereinverschmelzungen unproblematisch, weil die Interessen der Gläubiger der inländischen Gesellschaft nicht berührt sind. Bei der Hinausverschmelzung sind die

²⁹ Ausführlich Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 229; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 224 AktG Rz 23 ff.

³⁰ AA möglicherweise ErlRV 2028 BlgNR 27. GP, 15.

³¹ St. Frotz in St. Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen², § 3 EU-VerschG Rz 19; Eckert in Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 3 EU-VerschG Rz 42; „jedenfalls“ für den Fall der Beeinträchtigung des Vermögens einer schweizerischen AG durch eine Inlandsverschmelzung OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t.

³² Siehe iZm Art 30 der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie Kalss, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für das Umwandlungsrecht, JBl 1995, 420 (423 ff); Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht⁵ (2019) § 8 Rz 12; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht⁴ (2011) Rz 882 und 925; aA G. Ch. Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht (2000) Rz 668.

³³ So zB Schweden; siehe Kalss, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften, ZGR 2009, 74 (109).

³⁴ Siehe nur St. Frotz in St. Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen², § 3 EU-VerschG Rz 4.

³⁵ Eckert in Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 3 EU-VerschG Rz 40; St. Frotz in St. Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen², § 3 EU-VerschG Rz 23; Talos/Arzt in Talos/Winner, EU-VerschG², § 3 Rz 55; vgl auch ErlRV 171 BlgNR 23. GP, 9.

³⁶ Siehe aber auch Eckert in Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 3 EU-VerschG Rz 47 (für Zulässigkeit in bestimmten, nach neuem Recht aber nicht mehr möglichen Konstellationen).

³⁷ Eckert in Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 3 EU-VerschG Rz 40 f; ders, Internationales Gesellschaftsrecht, 707 f; St. Frotz in St. Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen², § 3 EU-VerschG Rz 26; Talos/Arzt in Talos/Winner, EU-VerschG², § 3 Rz 57 f.

inländischen Gläubiger hingegen sehr wohl betroffen. Aus dem Entfall der Sonderregelungen des EU-VerschG darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass kapitalentsperrende Hinausverschmelzungen nunmehr gänzlich unzulässig oder nur bei Vornahme von Ausgleichsmaßnahmen zulässig wären. Die mögliche Verflüssigung von Kapital ist vielmehr eine Spielart des bei grenzüberschreitenden Hinausverschmelzungen bestehenden Gläubigergefährdungspotenzials, dem der Gesetzgeber durch den *Ex-ante*-Sicherstellungsanspruch gem § 20 EU-UmgrG Rechnung trägt. Eine Kapitalentsperrung wird aber dazu führen, dass der Gläubiger eher eine Gefährdung seiner Befriedigung bescheinigen kann,³⁸ wohingegen nach früherem Recht die Gefährdung unwiderleglich vermutet wurde (§ 13 Abs 1 Satz 3 EU-VerschG). Ersatzlos entfallen ist hingegen die Pflicht der übertragenden Gesellschaft, ihre Gläubiger bei Vorliegen eines kapitalentsperrenden Effekts persönlich zu verständigen (§ 8 Abs 2 Z 3 EU-VerschG).

3. Vorabinformation

Anders als nach früherem Recht ist der Gläubigerschutz nicht mehr Gegenstand des Vorstandsberichts (§ 6 Abs 1 und 2 EU-VerschG vs § 29 EU-UmgrG) und der Verschmelzungsprüfung (§ 7 Abs 2 EU-VerschG vs § 30 EU-UmgrG). Auch der gem § 8 Abs 2 Z 3 EU-VerschG in die Vorabveröffentlichung zwingend aufzunehmende Hinweis auf die Modalitäten der Ausübung der Rechte der Gläubiger ist nun nicht mehr vorgeschrieben. Weiterhin haben die Gläubiger aber das Recht, gewisse Unterlagen zur Verfügung gestellt zu bekommen, was nun nicht mehr nur für die Hinaus-, sondern auch für die Hereinverschmelzung gilt (§ 33 iVm § 15 Abs 3 EU-UmgrG vs § 8 Abs 3 EU-VerschG).

4. Sicherstellungsanspruch

4.1. Recht weitreichend sind die Änderungen beim Sicherstellungsanspruch der Gläubiger. § 37 EU-UmgrG bestimmt, dass Sicherstellungsansprüche mit Klage im streitigen Verfahren durchgesetzt werden können. In diesem Verfahren ist zu klären, ob dem Gläubiger tatsächlich ein Sicherstellungsanspruch zusteht, was nicht der Fall ist, wenn der Gläubiger gar nicht Gläubiger ist oder die Umwandlung die Befriedigung seiner Ansprüche nicht gefährdet. Nach § 20 Abs 3 EU-UmgrG darf die Vorabbescheinigung erst ausgestellt werden, wenn allen Gläubigern, die nach Abs 1 leg cit Sicherstellung verlangt haben, eine Sicherheit geleistet wurde. Sinngleiche Regelungen sieht das Gesetz für die Umwandlung (§ 20 EU-UmgrG) und die Spaltung (§ 61 EU-UmgrG) vor.

4.2. Die Regelung weicht vom bisherigen Recht zunächst insoweit ab, als sie auch in die Hereinverschmelzung eingreift, wogegen der *Ex-ante*-Gläubigerschutz des § 13 EU-VerschG nur bei der Hinausverschmelzung Anwendung fand und die Gläubiger der übernehmenden inländischen Gesellschaft den nachwirkenden Sicherstellungsanspruch nach § 226 Abs 1 AktG geltend machen konnten. Die Neuregelung ist der diesbezüglichen Richtlinienvorgabe (Art 126b der Gesellschaftsrechtsrichtlinie) geschuldet. § 37 EU-UmgrG ist aber nur auf die Gläubiger der inländischen Gesellschaft anzuwenden; der

Schutz der Gläubiger der ausländischen Gesellschaft richtet sich nach deren Recht.

Hieraus ergibt sich eine mögliche Konsequenz für das – nach wie vor in seiner Reichweite umstrittene³⁹ – Erfordernis eines positiven Verkehrswerts der beteiligten Gesellschaften. Da es dem österreichischen Recht nur um den Schutz der Gläubiger der inländischen Gesellschaft geht, hindert ein negativer Verkehrswert der beteiligten österreichischen Gesellschaft die grenzüberschreitende Verschmelzung nach wie vor nicht.⁴⁰ Darüber hinaus wurde schon bislang vertreten, dass die Hinausverschmelzung auf eine ausländische Gesellschaft mit negativem Verkehrswert zulässig sei, weil die Gläubiger anders als bei der innerstaatlichen Verschmelzung bereits vor Wirksamwerden der Maßnahme Sicherstellungsansprüche stellen können und ihnen daher ein der Kapitalherabsetzung gleichwertiger Schutz zukommt.⁴¹ Dem wurde allerdings der besondere Gläubigerschutz für kapitalentsperrende Verschmelzungen zugrunde gelegt (Sicherstellungsanspruch auch ohne Gefährdungsbescheinigung, persönliche Verständigung der Gläubiger), der der Kapitalherabsetzung tatsächlich gleichwertig war, nun aber entfallen ist.

Für den umgekehrten Vorgang der Hereinverschmelzung ist nun zwar auch aufseiten der österreichischen Gesellschaft ein *Ex-ante*-Sicherstellungsanspruch vorgesehen. Dieser erreicht aber – wie gesagt – das Schutzniveau der Kapitalherabsetzung nicht. Außerdem fehlt ein Austrittsrecht für die Minderheitsgesellschafter, die durch die Übernahme des negativen Vermögens ebenfalls geschädigt werden.⁴² Im Ergebnis sind daher Verschmelzungen mit überschuldeten ausländischen Gesellschaften an denselben Voraussetzungen zu messen wie innerstaatliche Verschmelzungen. Dazu hat der OGH jüngst klargestellt, dass eine Verschmelzung gleich welcher Richtung jedenfalls zulässig sei, wenn der Schuldenübergang durch freies Vermögen der gesunden Gesellschaft ausgeglichen werden kann.⁴³

4.3. § 13 Abs 2 EU-VerschG machte die Ausstellung der Vorabbescheinigung davon abhängig, dass allen Gläubigern, die einen Anspruch auf Sicherstellung hatten, eine angemessene Sicherheit geleistet wurde. Das Bestehen des Sicherstellungsanspruchs war folglich im Firmenbuchverfahren inzidenter zu prüfen. Im Falle einer bereits anhängigen Klage auf Sicherheitsleistung hatte das Firmenbuchgericht nach § 19 Abs 2 FBG vorzugehen, dh, das Verfahren entweder zu unterbrechen oder im Falle des Überwiegens des rechtlichen oder wirtschaftlichen Interesses an einer raschen Erledigung aufgrund der Aktenlage zu entscheiden.⁴⁴ § 19 FBG ermöglichte es dem Firmenbuchgericht somit, die Vorabbescheinigung auszustellen, selbst wenn offenkundig unbegründete Klagen auf Sicherstellung anhängig waren.

³⁹ Siehe zuletzt OGH 25.11.2020, 6 Ob 203/20a (*Upstream*-Verschmelzung der überschuldeten Tochter zulässig, wenn dadurch kein „insolvenzreifes Gebilde“ entsteht).

⁴⁰ Eckert in Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 13 EU-VerschG Rz 20; Talos/Arzt in Talos/Winner, EU-VerschG², § 13 Rz 32; St. Frotz in St. Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen², § 13 EU-VerschG Rz 18, 20 und 21.

⁴¹ Eckert in Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 3 EU-VerschG Rz 22; St. Frotz in St. Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen², § 3 EU-VerschG Rz 21; Talos/Arzt in Talos/Winner, EU-VerschG², § 3 Rz 32.

⁴² Eckert in Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 3 EU-VerschG Rz 24.

⁴³ OGH 25.11.2020 6 Ob 203/20a (*Upstream*-Verschmelzung der überschuldeten Tochter zulässig, wenn dadurch kein „insolvenzreifes Gebilde“ entsteht).

⁴⁴ Eckert in Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 4 EU-VerschG Rz 22; Rericha in Talos/Winner, EU-VerschG², § 14 Rz 32; zur entsprechenden Rechtslage bei der Kapitalherabsetzung der GmbH Koppenssteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 55 Rz 4.

³⁸ ErlRV 2028 BlgNR 27. GP, 8.

§ 37 EU-UmgrG verlangt vom Gläubiger, seinen Sicherstellungsanspruch binnen drei Monaten durch Klage geltend zu machen. Im Gegenzug ist die Verweigerung der Ausstellung der Rechtmäßigkeitsbescheinigung aber nicht mehr von einer Sicherheitsleistung an jene Gläubiger abhängig, die einen Anspruch auf Sicherstellung haben. Vielmehr reicht es, wenn Gläubiger „Sicherheitsleistung verlangt und gegebenenfalls eingeklagt haben“ (§ 37 Abs 3 EU-UmgrG). Das Bestehen eines Anspruchs auf Sicherstellung wird nach dem Wortlaut nicht mehr vorausgesetzt (wohl aber, dass der Anspruchsteller „Gläubiger“ ist). Dies hat im Begutachtungsverfahren die Sorge ausgelöst, dass jeder Person, die einen Sicherstellungsanspruch unberechtigt behauptet, die Möglichkeit gegeben würde, das Wirksamwerden der Verschmelzung zu verhindern, und zwar selbst dann, wenn die klageweise erhobenen Sicherstellungsansprüche offensichtlich unbegründet sind.⁴⁵ Der Gesetzgeber hat an der Formulierung aber ungeachtet dieser Kritik festgehalten.

Nach dem Wortlaut des § 37 EU-UmgrG ist das Firmenbuchgericht auch dann nicht berechtigt, die Vorabbescheinigung auszustellen, wenn das Prozessgericht den Sicherstellungsantrag rechtskräftig abgewiesen hat. Dieses Ergebnis kann aber weder gewollt sein noch wäre es europarechtskonform.

⁴⁵ Eckert, Stellungnahme zum EU-UmgrG – GesMobG, 21/SN-247/ME, S 2, online abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/SNME/236406>; kritisch auch Ch. Hubner, Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Umgründungen nach dem EU-Umgründungsgesetz, GES 2023, 115 (117).

Offen bleibt der Umgang mit noch anhängigen, aber offenkundig unbegründeten Klagen auf Sicherheitsleistung. Ist eine solche Klage deswegen unbegründet, weil der Anspruchsteller gar kein Gläubiger ist, kann das Firmenbuchgericht weiterhin nach § 19 Abs 2 FBG vorgehen (arg: „Gläubiger“ in § 37 Abs 3 EU-UmgrG). Ob dies auch dann gilt, wenn der Sicherstellungsanspruch wegen mangelnder Gefährdung der Befriedigung unberechtigt ist, ist angesichts des Gesetzeswortlauts und seiner Entstehungsgeschichte fraglich.

4.4. Sämtliche Voraussetzungen des Sicherstellungsanspruchs müssen vom Gläubiger nicht bewiesen, sondern nur bescheinigt werden. Nach den Parallelregelungen bei innerstaatlichen Umgründungen (§ 226 Abs 1 AktG; § 15 Abs 2 SpaltG) ist das Beweismaß nur hinsichtlich der Gefährdung der Befriedigung herabgestuft; der Bestand der Forderung muss hingegen bewiesen werden.

5. Kein fortwirkender Gerichtsstand

Bei der grenzüberschreitenden Umwandlung sieht § 20 Abs 4 EU-UmgrG auf Grundlage des Art 86j der Gesellschaftsrechtsrichtlinie vor, dass die Gesellschaft in Bezug auf alle Forderungen, die vor der Offenlegung des Umwandlungsplans entstanden sind, als Gesellschaft mit einem Gerichtsstand im Inland an ihrem früheren Sitz gilt, sofern die Klage innerhalb von zwei Jahren nach Wirksamwerden der Umwandlung erhoben wird. Diese Art 8 Abs 16 SE-VO nachgebildete Regelung hat bei der grenzüberschreitenden Hinausverschmelzung weiterhin keine Parallele.

Der Zahlungsverkehr heute und morgen

Linde



Steuern.
Wirtschaft.
Recht.
Am Punkt.

2023
1.212 Seiten, geb.
978-3-7073-4794-4

€ 158,-*
€ 198,-



*Subskriptionspreis bis 30.11.2023

Versandkostenfrei bestellen
lindeverlag.at