

GRENZÜBERSCHREITENDE VERSCHMELZUNGEN NACH DEM EU-VERSCHG – EINDRÜCKE AUS DER PRAXIS

Vor rund 1 ½ Jahren ist das EU-Verschmelzungsgesetz in Kraft getreten. Der nachfolgende Beitrag fasst aus Praktikersicht erste Erfahrungen mit dem neuen Gesetz zusammen und thematisiert einige Problembereiche.

GOTTFRIED GASSNER / ANDREAS HABLE

1. Einleitung

Am 15. Dezember 2007 ist das EU-Verschmelzungsgesetz (kurz: *EU-VerschG*)¹⁾ in Kraft getreten. Das EU-VerschG setzt in Österreich die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen der 10. Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (in der Folge kurz „10. Richtlinie“) um.²⁾ Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen der 10. Richtlinie wurden in Österreich durch einen neuen VIII. Teil des Arbeitsverfassungsgesetzes umgesetzt.³⁾ Die 10. Richtlinie, die gemäß ihrem Art 19 bis zum 15. Dezember 2007 umzusetzen war, ist – soweit überschaubar – in der Zwischenzeit mit der Ausnahme von Griechenland⁴⁾ und Island⁵⁾ in sämtlichen EU und EWR Mitgliedstaaten⁶⁾ umgesetzt worden.⁷⁾

In Österreich dürften bisher rund 30 grenzüberschreitende Verschmelzungen durchgeführt worden sein. Die „typische“ grenzüberschreitende Verschmelzung mit österreichischer Beteiligung ist eine Export-Verschmelzung⁸⁾ nach Deutschland. Rund 2/3 der grenzüberschreitenden Verschmelzungen in Österreich sind Export-Verschmelzungen, deutlich mehr als die Hälfte aller grenzüberschreitenden Verschmelzungen erfolgten auf oder mit einer deutschen Gesellschaft. Soweit überschaubar, dürften bisher grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Beteiligung Österreichs mit 5 der 30 EU/EWR-Mitgliedstaaten durchgeführt worden sein.⁹⁾

Nachfolgend sollen ausgewählte Problembereiche vor dem Hintergrund der von den Autoren gesammelten praktischen Erfahrungen erörtert werden.

2. Zeitliche Planung und Durchführung

Der Ablauf einer grenzüberschreitenden Verschmelzung ist im Regelfall aufwendiger und dauert länger als eine innerstaatliche Verschmelzung. Zum einen zeigt die Praxis, dass die Erstellung und Abstimmungen der Dokumentation nach

den (zT gemeinsamen) Erfordernissen der jeweiligen betroffenen Jurisdiktionen durchaus aufwendig sein kann. Zum anderen gilt die Frist von einem Monat für die Vorbereitung auf die Beschlussfassung gemäß § 8 EU-VerschG bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung auch für die GmbH und ist auch nicht verzichtbar. Im Fall einer Export-Verschmelzung besteht aufgrund des Zusammenspiels von § 13 EU-VerschG mit § 14 Abs 1 Z 9 EU-VerschG praktisch eine Frist von zumindest zwei Monaten ab dem Tag, ab dem die Verschmelzung gemäß § 8 EU-VerschG bekannt ge-

- 1) Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union (EU-Verschmelzungsgesetz – EU-VerschG), erlassen als Art I des Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union erlassen wird sowie das Firmenbuchgesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Rechtspflegergesetz, das GmbH-Gesetz, das Aktiengesetz 1965, das Umwandlungsgesetz, das Unternehmensgesetzbuch und das Übernahmegesetz geändert werden (Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007 – GesRÄG 2007), BGBl I 2007/72.
- 2) Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl L 2005/310, 1, berichtigt durch ABl L 2008/28, 40.
- 3) Bundesgesetz, mit dem das Arbeitsverfassungsgesetz, das Bundesgesetz über die Post-Betriebsverfassung und das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz geändert werden, BGBl I 2007/77.
- 4) Die Europäische Kommission hat gegen Griechenland ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Säumigkeit bei der Umsetzung der 10. Richtlinie eingeleitet und vor dem EuGH Recht bekommen (vgl. EuGH 23.4.2009 C-493/08, *Kommission/Hellenische Republik*).
- 5) Siehe zB Pressemitteilung der EFTA Surveillance Authority vom 25. Februar 2009 wonach Island die 10. Richtlinie nicht zur Gänze umgesetzt habe.
- 6) Vgl. § 1 Abs 3 EU-VerschG.
- 7) Vgl. zu den einzelstaatlichen Durchführungsmaßnahmen der EU Mitgliedstaaten: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72005L0056:DE:NOT>
- 8) Vgl. zu den Begrifflichkeiten Hable/Gassner EU-VerschG (2007) 15 und 24.
- 9) Diese grobe Einschätzung beruht auf einer Recherche mit Hilfe des elektronisch zugänglichen Archivs des Amtsblatt zur Wiener Zeitung; es handelt sich daher um keine exakten Angaben, sondern lediglich um Annäherungswerte.

macht wurde, bis die Eintragung der beabsichtigten grenzüberschreitenden Verschmelzung und die Ausstellung der Rechtmäßigkeitsbescheinigung durch das Firmenbuch gemäß § 14 Abs 3 EU-VerschG erfolgen kann. So verlangt § 14 Abs 1 Z 9 EU-VerschG einen Nachweis der Sicherstellung der Gläubiger und die Erklärung, dass sich andere als die befriedigten oder sichergestellten Gläubiger innerhalb der Frist des § 13 Abs 1 EU-VerschG nicht gemeldet haben. Vor Ablauf der Frist von zwei Monaten ab dem Tag, an dem der Verschmelzungsplan bekannt gemacht worden ist, kann dieser Nachweis nicht erbracht bzw diese Erklärung nicht abgegeben werden. Die Eintragung der beabsichtigten Verschmelzung und Ausstellung der Rechtmäßigkeitsbescheinigung (§ 14 Abs 3 EU-VerschG) ist aber ohne diesen Nachweis bzw ohne diese Erklärung wohl nicht möglich.¹⁰⁾

Hinzu kommt, dass die erforderliche Mitwirkung der zuständigen ausländischen Registerbehörden oder vergleichbarer Organe iSd der 10. Richtlinie zur Ausstellung der Vorabbescheinigung¹¹⁾ oder Überprüfung der Rechtmäßigkeit¹²⁾ der Verschmelzung wesentlich länger dauern kann, als man dies etwa von österreichischen Firmenbuchgerichten gewohnt ist. Zum Teil wird auch die Hinweisveröffentlichung nicht wie in Österreich durch die Gesellschaft selbst, sondern durch die Registerbehörde veranlasst, sodass die zeitliche Kontrolle hier nicht alleine in der Hand der beteiligten Gesellschaften liegt, wie wir dies etwa in Österreich kennen. Auch kann es vorkommen, dass zB die für die Veröffentlichung vorgesehenen amtlichen Publikationen nicht täglich sondern bspw nur an einem Tag pro Woche erscheinen. Zu bedenken ist zu dem, dass in manchen Mitgliedstaaten – anders als in Österreich – komplexe Verschmelzungsvorhaben nicht vorab mit der zuständigen Registerbehörde besprochen werden können. Dies scheidet mitunter schon daran, dass sich die registerinterne Geschäftsverteilung von Fall zu Fall nach einem Zufallsprinzip richtet, und bis zur Anmeldung unklar ist, welcher Amtsträger mit dem konkreten Fall befasst sein wird.

Schließlich ist zu beachten, dass bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung auch die Arbeitnehmermitbestimmung und der ex-post Gläubigerschutz¹³⁾ ein Rolle für den zeitlichen Ablauf spielen können. In der Praxis ist man daher gut beraten, sich für die (zeitliche) Planung frühzeitig mit den jeweiligen ausländischen Begebenheiten vertraut zu machen.

3. Verschmelzungsdokumentation

Kerndokument der grenzüberschreitenden Verschmelzung ist der Verschmelzungsplan¹⁴⁾, den sämtliche an der grenz-

überschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften gemeinsam aufzustellen haben. UE ist es dabei ausreichend, wenn der Verschmelzungsplan nicht als einheitliches Dokument sondern in separaten Dokumenten mit identem Inhalt aufgestellt wird.¹⁵⁾

Den Mindestinhalt des Verschmelzungsplans gibt Art 5 der 10. Richtlinie für alle Mitgliedstaaten vor. Gerade wenn unterschiedliche Sprachen involviert sind, erweist es sich in der Praxis daher als zweckmäßig, sich hinsichtlich Aufbau und Terminologie des Verschmelzungsplans soweit als möglich an Art 5 der 10. Richtlinie anzulehnen. In Österreich ist Art 5 der 10. Richtlinie in § 5 Abs 2 EU-VerschG umgesetzt. Über den Mindestinhalt hinausgehende, fakultative zusätzliche Angaben sind zulässig.¹⁶⁾

In der Praxis zeigt sich, dass die beteiligten Gesellschaften geneigt sind, bei der Erstellung des Verschmelzungsplans zunächst den ihnen von nationalen Verschmelzungen vertrauten Standard für Verschmelzungspläne, die ja einen sehr ähnlichen Inhalt aufweisen,¹⁷⁾ auch auf die grenzüberschreitende Verschmelzung umzulegen. Diese nationalen Standards können – obwohl es sich beim Verschmelzungsrecht weitgehend um harmonisiertes Recht handelt¹⁸⁾ – selbst beim Mindestinhalt des Verschmelzungsplans durchaus divergieren, was zB den Umfang oder die inhaltliche Tiefe der Aussagen betrifft. Da der Verschmelzungsplan den Erfordernissen sämtlicher an der Verschmelzung beteiligter Gesellschaften genügen – und in praktischer Hinsicht vor allem von den jeweiligen Registerbehörden – akzeptiert werden muss, setzt sich im Ergebnis der strengere Standard durch. Ähnliches gilt für den zwingend aufzustellenden Bericht

10) Vgl Bayer in Lutter (Hrsg), UmwG⁴ (2009) § 122k Rz 16. Innerstaatliche Verschmelzungen würden nach der Konzeption des Gesetzes einer gleichgelagerten Fristigkeit unterliegen, da die Gesellschafter binnen eines Monats nach Beschlussfassung Anfechtungsklagen erheben könnten und die Eintragung vor dieser Frist daher nicht möglich wäre (vgl daher die Bestimmung des § 225 Abs 2 AktG). In der Praxis erfolgt allerdings regelmäßig ein Verzicht auf diese Klagemöglichkeit, sodass die Eintragung bereits vor Ablauf der Anfechtungsfrist erfolgen kann.

11) Vgl Art 10 der 10. Richtlinie.

12) Vgl Art 11 der 10. Richtlinie.

13) Siehe dazu unten 6.

14) Vgl § 5 EU-VerschG, Art 5 der 10. Richtlinie; vgl auch Hable/Gassner, EU-VerschG 78ff.

15) So auch Althuber/Vavrovsky, GesRÄG 2007 – Aktuelle Änderungen im Umgründungsrecht, GeS 2007, 418 mit guten Argumenten; aA wohl die hA in Deutschland, vgl zB Drinhausen in Semler/Stengel (Hrsg) Umwandlungsgesetz² (2007) § 122c Rz 5 mwN.

16) Vgl Hable/Gassner, EU-VerschG 90, Drinhausen in Semler/Stengel Umwandlungsgesetz² § 122c Rz 38.

17) Vgl für Österreich § 220 Abs 2 AktG.

18) Vgl Hable/Gassner, EU-VerschG 17f mwN.

der Leitungs- und Verwaltungsorgane,¹⁹⁾ wenn dieser als gemeinsamer Bericht beider Gesellschaften aufgestellt wird.²⁰⁾

Um unterschiedlichen Spracherfordernissen Genüge zu tun, muss der Verschmelzungsplan uU in verschiedenen Sprachen bzw. als mehrsprachiges Dokument erstellt oder beglaubigt übersetzt werden. Auch die Beilagen zum Verschmelzungsplan (zB Bilanzen) müssen allenfalls beglaubigt übersetzt werden, was bei umfangreichen Dokumenten auch ein Zeitproblem darstellen kann. Unabhängig davon ist in der Praxis in der Erstellungsphase die Arbeitssprache häufig Englisch.²¹⁾

Nach § 5 Abs 5 EU-VerschG bedarf der Verschmelzungsplan der notariellen Beurkundung, sprich, eines Notariatsaktes.²²⁾ Für praktische Zwecke wird der Verschmelzungsplan zur Einhaltung dieser Formvorschrift häufig vor einem österreichischen Notar auf Basis von Spezialvollmachten unterschrieben werden.²³⁾ Abhängig von den Formvorschriften, die das für den Verschmelzungspartner jeweils anwendbare ausländische Recht vorgibt, lassen sich Doppelbeurkundungen oftmals nicht vermeiden.

Trotz fehlender expliziter Anordnung im EU-VerschG wird in Anlehnung an innerstaatliches Verschmelzungsrecht²⁴⁾ vertreten, dass die Aufstellung des Verschmelzungsplans (zunächst) als Entwurf zulässig ist, sofern dies auch das Recht der beteiligten ausländischen Gesellschaft erlaubt.²⁵⁾ Nach dem Erfahrungsstand der Autoren akzeptiert die österreichische Firmenbuchpraxis die Einreichung eines Entwurfs des Verschmelzungsplans.

4. Verschmelzungsstichtag

Der österreichische Rechtsanwender ist es gewohnt, dass hinsichtlich der Festlegung des Verschmelzungsstichtags durch die Rückbeziehungsmöglichkeit eine gewisse Flexibilität besteht. Gemäß § 5 Abs 2 Z 6 EU-VerschG ist Verschmelzungsstichtag jener Stichtag, von dem an die Handlungen der übertragenden Gesellschaften als für Rechnung der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft vorgenommen gelten. Diese Stichtagsregelung – die mit jener des nationalen österreichischen Verschmelzungsrechts übereinstimmt – betrifft die schuldrechtliche Zurechnung der Geschäftstätigkeit der übertragenden Gesellschaft im Innenverhältnis (und damit insbesondere die Übernahme in die Rechnungslegung der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft).²⁶⁾ Der Verschmelzungsstichtag kann nach der auch bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen kraft § 3 Abs 2 EU-VerschG subsidiär anzuwendenden Be-

stimmung des § 220 Abs 3 AktG bis zu neun Monate vor dem Tag der Anmeldung der Verschmelzung beim Firmenbuch liegen.²⁷⁾ Das österreichische Ertragssteuerrecht erkennt durch eine Bezugnahme auf die gesellschaftsrechtlichen Verschmelzungsbestimmungen diese Rückwirkungsmöglichkeit uneingeschränkt an.²⁸⁾ Eine sachenrechtliche Rückwirkung ist indessen nicht möglich.²⁹⁾

Während die Rückbeziehung von Umgründungen im nationalen Kontext ganz gängige Praxis ist, muss bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen bedacht werden, dass zahlreiche Rechtsordnungen innerhalb des Gemeinschaftsgebiets andere Rückwirkungsfristen oder überhaupt keine Rückwirkung kennen. In Deutschland erlaubt etwa § 17 Abs 2 dUmwG eine höchstens achtmonatige Rückwirkung. Da für alle an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften derselbe Verschmelzungsstichtag gelten muss, ergibt sich im Verhältnis zu Deutschland als Ausfluss der Vereinigungstheorie³⁰⁾ im Ergebnis eine lediglich achtmonatige Rückwir-

19) Vgl § 6 EU-VerschG, Art 7 der 10. Richtlinie.

20) Zur Zulässigkeit eines gemeinsamen Berichts vgl *Drinhausen in Semler/Stengel Umwandlungsgesetz* § 122e Rz 5 und *Bayer in Lutter, UmwG* § 122e Rz 4; zu den Nachteilen und Risiken eines gemeinsamen Verschmelzungsberichts siehe zB *Wenger in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen* (2008) § 6 Rz 6b.

21) Nach der Erfahrung der Autoren akzeptieren die zuständigen ausländischen Behörden – auch außerhalb Großbritanniens – zT auch eine englische Dokumentation, sodass in so einem Fall eine Übersetzung in die Landessprache uU entbehrlich ist.

22) Vgl *Hable/Gassner, EU-VerschG* 93.

23) Zur Zulässigkeit der Unterfertigung auf Vollmachtsbasis aus österreichischer Sicht vgl *Frotz in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen* § 5 Rz 4b. Die Unterfertigung auf Vollmachtsbasis wird von den österreichischen Firmenbuchgerichten auch ohne weiteres akzeptiert.

24) Vgl 220 Abs 1 AktG.

25) Vgl *Hable/Gassner, EU-VerschG* 84; *Frotz in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen* § 5 Rz 3c.

26) *Staringer, Rückwirkung bei Umgründungen in Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer* (Hrsg) *Sonderbilanzen bei Umgründungen*, 213; *Grünwald in Helbich/Wiesner/Bruckner, Handbuch der Umgründungen, Verschmelzung von Aktiengesellschaften*, Rz 36; *Nowotny, „Rückwirkende“ Umgründungen in der Handelsbilanz*, SWK 1997, W 96.

27) Vgl *Hable/Gassner, EU-VerschG* 91.

28) § 2 Abs 5 UmgrStG; vgl *Staringer, Rückwirkung bei Umgründungen in Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer* (Hrsg) *Sonderbilanzen bei Umgründungen*, 216; *UmgrStG* Rz 74 ff.

29) Zum Zeitpunkt der sachenrechtlichen Wirksamkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung vgl *Hable/Gassner, EU-VerschG* 76f; *Frotz in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen* § 3 Rz 36.

30) Nach diesem im EU-Verschmelzungsrecht anwendbaren Grundsatz ist für jede der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften deren Personalstatut maßgeblich; vgl dazu *Frotz in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen* § 1 Rz 30 mwN.

kungsmöglichkeit.³¹⁾ Zur Prüfung der Einhaltung einer nach ausländischem Recht geltenden kürzeren Frist ist die zuständige ausländische Behörde, nicht hingegen das österreichische Firmenbuchgericht berufen.³²⁾

Praktische Probleme ergeben sich insbesondere aber im Verhältnis zu Jurisdiktionen, die eine Rückbeziehung des Verschmelzungstichtages gänzlich ablehnen. Zunächst mag es erstaunen, dass es derartige Fälle überhaupt gibt, da Art 5 lit f der 10. Richtlinie ausdrücklich die Festlegung jenes Zeitpunktes im Verschmelzungsplan verlangt, von dem an die Handlungen der sich verschmelzenden Gesellschaften unter dem Gesichtspunkt der Rechnungslegung als für Rechnung der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft vorgenommen gelten.³³⁾ Eine mit Art 5 lit f der 10. Richtlinie fast wortgleiche Bestimmung findet sich bereits in Art 5 Abs 2 Z e der Dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie³⁴⁾. Offenkundig haben die Mitgliedstaaten diese Richtlinienbestimmungen in ganz unterschiedlicher Weise interpretiert. Einige Mitgliedstaaten haben aus dem Wortlaut der gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen keine Pflicht erkannt, den sich verschmelzenden Gesellschaften das Recht einzuräumen, einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt (Verschmelzungstichtag) festzulegen.

Soweit ein Mitgliedstaat eine Rückwirkung nicht zulässt, könnte ein zukünftiger Verschmelzungstichtag vereinbart werden.³⁵⁾ Dieser darf allerdings wohl nicht nach dem Zeitpunkt der Beschlussfassung der Gesellschafter über die Verschmelzung liegen.³⁶⁾ Denn spätestens zur Beschlussfassung muss die zum Verschmelzungstichtag aufzustellende Schlussbilanz vorliegen.

5. Anmeldung beim Firmenbuch

Die grenzüberschreitende Verschmelzung ist gemäß § 14 EU-VerschG (Export-Verschmelzung) beziehungsweise § 15 EU-VerschG (Import-Verschmelzung) unter Vorlage der in diesen Bestimmungen angeführten Unterlagen beim österreichischen Firmenbuch anzumelden. Die Anmeldung gemäß § 14 EU-VerschG ist vom Vertretungsorgan der österreichischen Gesellschaft vorzunehmen, wobei die Firmenbuchanmeldung in vertretungsbefugter Zahl (notariell beglaubigt) unterfertigt werden muss.³⁷⁾ Die Anmeldung gemäß § 15 EU-VerschG nehmen die Vertretungsorgane der österreichischen und der ausländischen Gesellschaft gemeinsam vor; (notariell beglaubigte) Unterfertigung in vertretungsbefugter Zahl genügt auch hier.³⁸⁾

Für die Rückwirkung der Verschmelzung ist – wie oben dargestellt wurde – einerseits der Verschmelzungstichtag (zu

dem die Schlussbilanz erstellt wurde) und andererseits der Zeitpunkt der Anmeldung der Verschmelzung maßgeblich. Dieser Zeitraum darf nach österreichischem Recht neun Monate nicht übersteigen. Der Zeitpunkt der Anmeldung zum Firmenbuch ist daher insbesondere wegen der Begrenzung der Rückwirkungsmöglichkeit nicht beliebig verschiebbar. In der Praxis kommt es mitunter darauf an, ob Unterlagen bzw. Erklärungen bei der Anmeldung selbst bereits vorliegen müssen („Anmeldevoraussetzung“) oder nach erfolgter Anmeldung dem Firmenbuch zum Zweck der Eintragung – auch nach Ablauf der Neunmonatsfrist iSd § 220 Abs 3 AktG – nachgereicht werden können („Eintragungsvoraussetzung“). Nur fehlende Unterlagen bzw. Erklärungen, welche letzterer Gruppe zuzurechnen sind, sind auch einer Nachreichung im Rahmen einer Verbesserung gemäß § 17 FBG zugänglich.

Bei der Import-Verschmelzung ist der maßgebliche Zeitpunkt für die Wahrung der Neunmonatsfrist iSd § 220 Abs 3 AktG die Anmeldung zur Eintragung der Verschmelzung beim österreichischen Firmenbuchgericht. *Kaufmann*³⁹⁾ ist zu folgen, wonach es bei der Export-Verschmelzung hinsichtlich der Fristwahrung auf die Anmeldung der beabsichtigten Verschmelzung iSd § 14 Abs 1 EU-VerschG ankommt. Anders, als dies die Autoren noch zuletzt vertreten hatten,⁴⁰⁾ ist hinsichtlich der Fristwahrung nicht auf den Zeitpunkt der Anmeldung zur Eintragung der Verschmelzung beim Registergericht der (ausländischen) übernehmenden Gesellschaft abzustellen, zumal ausschließlich das österreichische Firmenbuchgericht und nicht eine ausländische Behörde die Wahrung der nach österreichischem Recht vorgesehenen Frist zu prüfen hat.⁴¹⁾

31) Vgl *Hable/Gassner*, EU-VerschG 163.

32) Vgl *Kaufmann* in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen § 15 Rz 10.

33) Diese Richtlinienbestimmung wurde durch § 5 Abs 2 Z 6 EU-VerschG, der von der Festlegung des „Verschmelzungstichtages“ spricht, umgesetzt; zur vergleichbaren Bestimmung des § 122c Abs 2 Nr 6 dUmwG vgl *Bayer* in *Lutter*, UmwG⁴ § 122c Rz 22 und *Drinhausen* in *Semler/Stengel* Umwandlungsgesetz² § 122c Rz 23f.

34) 78/855/EWG, ABI EG L 295 vom 20.10.1978; abgedruckt in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung (1997) Anh II.

35) Zur Zulässigkeit eines künftigen Verschmelzungstichtages vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 220 Rz 16.

36) So auch *UmgrStR* Rz 77.

37) Vgl *Hable/Gassner*, EU-VerschG 162, ebenso *Kaufmann* in *Frotz/Kaufmann*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung § 14 Rz 2.

38) Vgl *Hable/Gassner*, EU-VerschG 171, ebenso *Kaufmann* in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen § 15 Rz 2.

39) *Kaufmann* in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen § 14 Rz 12.

40) Vgl *Hable/Gassner*, EU-VerschG 163.

41) Vgl *Kaufmann* in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen § 15 Rz 10.

Bei der Neunmonatsfrist handelt es sich um eine materiellrechtliche Frist. Dh, dass der Zeitpunkt des Einlangens der Anmeldung für die Berechnung der Frist maßgeblich ist.⁴²⁾ Zu beachten ist auch, dass es sich bei der Rückwirkungsfrist um eine nach Monaten zu berechnende Frist handelt. Nach der allgemeinen Fristenlaufregelung des § 902 Abs 2 ABGB⁴³⁾ endet daher die neunmonatige Frist an jenem Tag des Endmonats, auf den das fristauslösende Ereignis im Erstmonat fällt. Sofern dieser Tag im Endmonat nicht besteht (weil dieser zB nur 30 Tage hat), gilt als Fristende der letzte Tag des Endmonats. Bspw endet eine am 31.12. ausgelöste Neunmonatsfrist daher am 30.9. des Folgejahres. Andererseits endet eine am 30.6. ausgelöste Frist am 30.3. des Folgejahres.⁴⁴⁾

Bei der Import-Verschmelzung stellt gerade die Ausstellung der Rechtmäßigkeitsbescheinigung der ausländischen übertragenden Gesellschaft durch die zuständige ausländische Registerbehörde einen oftmals zeitkritischen Faktor dar. Der in Deutschland hA folgend sollte es für die Wahrung der Neunmonatsfrist iSd § 220 Abs 3 AktG genügen, dass wenigstens die Essentialia des Verschmelzungsvorgangs mit der Anmeldung dem Firmenbuch vorliegen.⁴⁵⁾ Zu den Essentialia gehören uE jedenfalls der Verschmelzungsplan und der Verschmelzungsbeschluss der Gesellschafter, wohl aber auch die Schlussbilanz. Tatsachen, die die Wirksamkeit des Verschmelzungsvorgangs als solchen nicht berühren, können demnach nachgereicht werden.⁴⁶⁾ UE stellen Rechtmäßigkeitsbescheinigungen keine Essentialia des Verschmelzungsvorgangs dar und sind daher nicht als Anmelde- sondern lediglich als Eintragungsvoraussetzung zu qualifizieren. Sie müssen somit bei der Anmeldung gemäß § 15 EU-VerschG noch nicht vorliegen, sondern können – auch nach Ablauf der Neunmonatsfrist – nachgereicht werden. Gleiches hat uE auch für gemäß § 225 Abs 1 AktG vorzulegende Genehmigungsurkunden (etwa nach § 21 BWG, § 40 PKG oder § 13a VAG) zu gelten. Im Rahmen der bisherigen Erfahrungen der Autoren hat sich die österreichische Firmenbuchpraxis dieser Meinung angeschlossen.

Bei der Export-Verschmelzung stellt sich ein ähnlich gelagertes Problem betreffend den Nachweis bzw die Erklärungen zur Sicherstellung der Gläubiger (§ 14 Abs 1 Z 9 EU-VerschG), die frühestens nach Ablauf der Zweimonatsfrist ausgestellt werden kann.⁴⁷⁾ Unserer Ansicht nach handelt es sich auch hier um keine Anmeldevoraussetzung, der Nachweis gemäß § 14 Abs 1 Z 9 EU-VerschG kann dem Firmenbuchgericht auch nachgereicht werden. Der Zweck dieser Bestimmung ist vergleichbar dem Zweck der sog Negativerklärung (§ 225 Abs 2 AktG)⁴⁸⁾ mit dem Unter-

schied, dass es bei § 14 Abs 1 Z 9 EU-VerschG um den Schutz der Gläubiger und nicht den der Gesellschafter geht: die Gläubiger der Gesellschaft sollen davor geschützt werden, dass die beabsichtigte Verschmelzung eingetragen und die Rechtmäßigkeitsbescheinigung ausgestellt wird, obwohl die Rechte der Gläubiger gemäß § 13 EU-VerschG verletzt wurden. Dieser Zweck wird auch dann erreicht, wenn der Nachweis gemäß § 14 Abs 1 Z 9 EU-VerschG nicht bereits bei der Anmeldung vorliegt sondern nachgereicht wird.⁴⁹⁾ Ohne diesen Nachweis darf das Firmenbuchgericht die beabsichtigte Verschmelzung wohl nicht eintragen. Wie die „Negativerklärung“ gemäß § 225 Abs 2 AktG⁵⁰⁾ oder gemäß § 14 Abs 2 EU-VerschG⁵¹⁾ ist die Erklärung gemäß § 14 Abs 1 Z 9 EU-VerschG uE keine Anmeldevoraussetzung.

6. Gläubigerschutz

Bei der innerstaatlichen Verschmelzung besteht der Schutz der Gläubiger ausschließlich in einem Sicherstellungsanspruch ex-post (§ 226 AktG), dh der Gläubigerschutz greift erst dann ein, wenn die Verschmelzung im Firmenbuch eingetragen und unter Bestandschutz (§ 225b AktG) rechtswirksam ist. Gläubiger können daher die Durchführung einer innerstaatlichen Verschmelzung nicht blockieren.

Für den Fall der Export-Verschmelzung geht das EU-VerschG von diesem reinen ex-post Schutz der Gläubiger ab und führt einen ex-ante Schutz ein, der insbesondere darin besteht, dass die Gläubiger der österreichischen übertragenden Gesellschaft gemäß § 13 EU-VerschG Sicherheit für

42) Vgl OGH 17.7.1997, 6 Ob 124/97x.

43) Gleiches gilt gemäß § 108 Abs 2 BAO für die steuerrechtliche Rückwirkungsfrist.

44) *Staringer*, Rückwirkung bei Umgründungen in *Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer* (Hrsg) *Sonderbilanzen bei Umgründungen*, 218f.

45) Vgl etwa *Fronhöfer* in *Widmann/Mayer*, *Umwandlungsrecht* § 17 Rz 92 mwN.

46) Vgl dazu ausführlich *Fronhöfer* in *Widmann/Mayer*, *Umwandlungsrecht* § 17 Rz 92; *Widmann* in *Widmann/Mayer*, *Umwandlungsrecht* § 24 Rz 68; *Bork* in *Lutter UmwG*⁴ § 17 Rz 6; *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stranz*, *Umwandlungsgesetz – Umwandlungssteuergesetz* (2006) § 17 Rz 44ff; *Bermel* in *Goutier/Knopf/Tulloch*, *Kommentar zum Umwandlungsrecht* (1996) § 17 Rz 12 jeweils mwN.

47) Siehe schon oben 2.

48) Vgl zum Normzweck der Negativerklärung *Kalss*, *Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung* § 225 AktG Rz 10.

49) Für das d Recht geht *Bayer* in *Lutter*, *UmwG*⁴ § 122k Rz 16 offenbar ebenso davon aus, dass es sich bei diesem Nachweis (bloß) um eine „Bescheinigungssperre“ handelt.

50) Vgl *Kalss*, *Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung* § 225 AktG Rz 12; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, *AktG*⁴ (2002) § 225 Rz 13.

51) Vgl *Hable/Gassner*, *EU-VerschG* 164; siehe auch *Bayer* in *Lutter*, *UmwG*⁴ § 122k Rz 14.

ihre Forderungen verlangen können, soweit sie glaubhaft machen, dass durch die Verschmelzung die Erfüllung ihrer Forderungen gefährdet wird. Die Bescheinigung nach § 14 Abs 3 EU-VerschG darf erst ausgestellt werden, wenn dem Firmenbuchgericht die Einhaltung des Gläubigerschutzes wie in § 14 Abs 1 Z 9 EU-VerschG vorgesehen, nachgewiesen wird.

Verstärkt wird dieser Gläubigerschutz in jenen Fällen, in denen die Summe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft niedriger ist als die Summe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der übertragenden österreichischen Gesellschaft. Liegt ein solcher kapitalentsperrender Effekt vor, sind die bekannten Gläubiger der österreichischen übertragenden Gesellschaft gemäß § 8 Abs 2 Z 3 EU-VerschG von der Verschmelzung individuell zu verständigen.⁵²⁾ Zudem bedarf es gemäß § 13 Abs 1 Satz 3 EU-VerschG keiner Glaubhaftmachung der Gefährdung der Forderung.⁵³⁾ In der Praxis gab es bereits Fälle von Export-Verschmelzungen, in denen die übertragende österreichische Gesellschaft die Mühsal der individuellen Verständigung bekannter Gläubiger auf sich nahm. Dabei handelte es sich – soweit überschaubar – um Gesellschaften, die offenbar kaum über Gläubiger verfügten, wie dies typischerweise bei reinen Holdinggesellschaften der Fall ist. Bei großen operativ tätigen Gesellschaften stellt die individuelle Verständigung der Gläubiger indessen eine besondere Hürde dar, die die betroffenen Gesellschaften uU vor die Notwendigkeit stellt, „schlafende Hunde“ zu wecken.⁵⁴⁾

Bei der Import-Verschmelzung sieht das EU-VerschG selbst zwar keinen ex-ante Schutz der Gläubiger vor sondern verweist auf den ex-post Schutz des § 226 AktG, allerdings kann beim ausländischen Verschmelzungspartner ein ex-ante Schutz ähnlich dem zuvor beschriebenen anwendbar sein, indem Gläubiger der (ausländischen) Gesellschaft sicherzustellen oder zu befriedigen sind. Solche Schutzmechanismen sind in den verschiedenen Mitgliedstaaten durchaus anzutreffen.

Das Problem beim ex-ante Gläubigerschutz besteht vor allem darin, dass die Durchführung der Verschmelzung erheblich verzögert werden kann. Über die Frage, ob die Verschmelzung die Erfüllung einer Forderung gefährdet, kann mitunter trefflich gestritten werden. Wenn der Nachweis gemäß § 14 Abs 1 Z 9 EU-VerschG nicht erbracht werden kann, droht die Verweigerung der Eintragung und der Ausstellung der Rechtsmäßigkeitbescheinigung gemäß § 14 Abs 3 EU-VerschG. In der Literatur wird dies uE durchaus zutreffend als „Einfallstor für räuberische Gläubiger“ kritisiert.⁵⁵⁾

Unklar ist im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz bei der Export-Verschmelzung, ob neben § 13 EU-VerschG auch die Bestimmungen des § 226 AktG über den ex-ante Gläubigerschutz anwendbar sind. Die Autoren haben dies an anderer Stelle⁵⁶⁾ – vor allem mit Hinweis auf die Materialien zum EU-VerschG – bejaht. Im Schrifttum wird die Anwendbarkeit des § 226 AktG nunmehr vor allem mit dem Argument bezweifelt, dass dem österreichischen Gesetzgeber für eine Regelung im Sinne des § 226 AktG im Falle der Export-Verschmelzung kein Regelungspouvoir zukomme bzw dass § 226 AktG infolge des durch die grenzüberschreitende Verschmelzung bewirkten Wechsels des Gesellschaftstatuts nicht mehr anwendbar sei.⁵⁷⁾

52) Siehe zur Kritik an dieser Bestimmung *Hable/Gassner*, EU-VerschG 124.

53) Eingehend *Ch. Nowotny*, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen über die Grenze, in *Hammerschmid* (Hrsg) FS Brognyányi, Steuerberatung und Wirtschaftsprüfung in Europa (2008), 352ff.

54) Vgl auch *Kalss/Eckert*, Gläubigergefahren bei Umgründungen von Kapitalgesellschaften: Überlegungen zur Zielrichtung und Wirkungsweise gläubigerschützender Vorschriften, *GesRZ* 2008, 91.

55) Vgl bei *Bayer* in *Lutter*, *UmwG*² § 122j Rz 4 mwN; vgl auch *Kalss*, Die Kapitalerhaltung im handelsrechtlichen Umgründungsrecht in *Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Starlinger* (Hrsg) *Sonderbilanzen bei Umgründungen*, 101, wonach dem Gläubiger mit dem Instrument der ex-ante Prüfung tatsächlich ein Verhandlungschip in die Hand gegeben werde.

56) Vgl *Hable/Gassner*, EU-VerschG 148 mwN.

57) Vgl *Kalss*, Zum Gläubigerschutz durch Information der übertragenden Gesellschaft in der grenzüberschreitenden Verschmelzung, *SWK* 2008, W 157; *Kaufmann*, in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen § 13 Rz 7.

7. ZUSAMMENFASSUNG

Nach 1 ½ Jahren EU-VerschG und etwa 30 eingetragenen grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem EU-VerschG mit österreichischer Beteiligung zeigen die bisherigen praktischen Erfahrungen, dass der Rechtsanwender nicht nur mit einer komplexen und spannenden, sondern zugleich auch

mit einer in vielen Bereichen noch sehr unsicheren Materie konfrontiert ist. Sprache, Formerfordernisse, Fristen, Arbeitnehmermitbestimmung und Gläubigerschutz – allesamt Themen, die im Kontext innerstaatlicher Verschmelzungen als weitgehend geklärt gelten, mitunter auch simpel und einfach

anmuten, erlangen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen bisweilen hohe Brisanz und stellen den Rechtsanwender vor neue Herausforderungen.

Im vorliegenden Beitrag werden ausgewählte Fragen herausgegriffen und diskutiert. Die Autoren, die selbst an mehreren grenzüberschreitenden Verschmelzungsvorhaben mitgewirkt haben, weisen auf den hohen Stellenwert des zeitlichen Elements und einer frühzeitigen Planung eines solchen Projektes hin. Grundsätzliche Fragen zur Dokumentation des Verschmelzungsplans, wie etwa die Möglichkeit der Aufstellung des Verschmelzungsplans in separaten Dokumenten oder die Aufstellung des Verschmelzungsplans zunächst als bloßer Entwurf werden ebenso besprochen wie in der Praxis bedeutsame Fragen zur Rückbeziehung des Verschmelzungstichtages und zur Fristenberechnung. Die Autoren gelangen zu dem Ergebnis, dass bei Import-Verschmel-



zungen Rechtmäßigkeitsbescheinigungen ausländischer Registerbehörden zum Zeitpunkt der Anmeldung der Verschmelzung zum Firmenbuch noch nicht vorliegen müssen, sondern nachgereicht werden können. Gleiches hat für Genehmigungs-urkunden (wie etwa nach § 21 BWG oder § 13a VAG) sowie bei Export-Verschmelzungen für den Nachweis bzw die Erklärungen zur Sicherstellung der Gläubiger zu gelten. Schließlich wird auch die Problematik des ex-ante Gläubigerschutzes bei Export-Verschmelzungen angesprochen.

Eine große Zahl an Fragen zum Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung ist noch ungeklärt und jeder neue Fall, jede neue Verschmelzungskombination wird weitere Fragen aufwerfen. Bis zu deren Klärung wird dem Rechtsanwender nicht nur juristisches Analysevermögen sondern auch eine gehörige Portion an Pioniergeist und Pragmatismus abverlangt.

ARS – Von den Besten lernen

Unternehmensbewertung

inkl. Kaufpreisfindung

Referenten Mag. Dr. RABEL, Univ.-Prof. Dr. MANDL

Termine 15.–16.07.09, Wien | 16.–17.11.09, Wien

Erhaltungspflichten im Miet- & WE-Recht

Entscheidungen im Lichte des Konsumentenschutzes

Referent Dr. DIRNBACHER

Termine 08.07.09, Wien | 01.09.09, Linz
10.11.09, Graz | 11.11.09, Wien

Das aktuelle österreichische Antikorruptionsstrafrecht

& das Strafrechtsänderungsgesetz 2008

Referent LStA Dr. MANQUET

Termin 21.07.09, Wien

Korruptionsprävention als Führungsaufgabe

Referenten Ing. Mag. SCHOLZ
Mag. EDELBACHER

Termin 21.07.09, Wien

Vertragsrecht aktuell

Mit zahlreichen Praxisbeispielen & Musterklauseln

Referenten RA Dr. KRESBACH, RA Mag. PETSCH-DEMMELE

Termine 23.07.09, Wien | 23.09.09, Wien

FACHTAGUNG Umsatzsteuer

Referenten Dr. MELHARDT
WP/StB Mag. Dr. EGGER
StB Mag. MAYR
Mag. PERNEGGER
(alternierendes Referententeam)

Termine 06.07.09, Graz | 08.07.09, Mondsee
27.08.09, Wien | 08.09.09, Graz

Das neue Datenschutzrecht

Referentin MR Mag. Dr. KOTSCHY

Termine 24.08.09, Wien | 02.12.09, Wien
29.09.09, Linz

„Schmierer & Bestechen“

Rahmenbedingungen im österreichischen und internationalen Steuerrecht

Referent StB Mag. Dr. BENDLINGER

Termine 24.08.09, Wien | 22.02.10, Wien



Manquet



Kresbach



Kotschy



ARS
AKADEMIE
FÜR RECHT,
STEUERN &
WIRTSCHAFT

Das gesamte ARS-Seminarprogramm finden Sie auf www.ars.at

Von den Besten lernen.