

Korruptionsstrafrecht

Energielenkung – Gehilfenzurechnung in der
Gaskrise

Unlauterer Wettbewerb qua
Kinder-Beeinflussung

Ministerialentwurf
Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009

Entgeltbestimmung
Durch den Betriebsrat

Anrechnung von
Schul- und Studienzeiten

Rom II-VO für
Außervertragliche Schuldverhältnisse

CHECKLISTE

Verschmelzung nach dem
EU-VerschG

NORA ABURUMIEH / HEINRICH FOGLAR-DEINHARDSTEIN / LUCIA ZELIKOVICS

A. Regelungsgrundlagen

- ✓ Gesellschaftsrecht
 - EU-VerschG¹⁾
 - AG: §§ 219 bis 233 AktG (§ 3 Abs 2); GmbH: §§ 96 bis 101 GmbHG (§ 3 Abs 2)
 - Nationale Rechtsnormen, die für den Verschmelzungspartner maßgeblich sind
 - RL 2005/56/EG²⁾; EuGH 13. 12. 2005, C-411/03, *Sevic*
- ✓ Arbeitsrecht
 - Importverschmelzung: VIII. Teil ArbVG (§§ 258 ff)³⁾ iVm VI. Teil ArbVG (§§ 208 ff); Exportverschmelzung: (Jedenfalls) Anwendung der Normen gem § 209 ArbVG⁴⁾
 - RL 2005/56/EG iVm RL 2001/86/EG
- ✓ Öffentliches Recht
 - Pauschale Regelungsgrundlage fehlt
 - Analoge Anwendung des § 11 Abs 4 und 5 (iVm §§ 373 a ff) GewO denkbar
 - Liberale VwGH-Jud zum öffentlich-rechtlichen Rechtsübergang bei Gesamtrechtsnachfolge

B. Exportverschmelzung**1. Vorbereitung der Verschmelzung**

- ✓ Rechtsformen der beteiligten Gesellschaften? Alleingesellschafter?
- ✓ Festlegung Verschmelzungsart (zur Aufnahme, zur Neugründung)/Verschmelzungsstichtag/Zeitplan (Fristen abweichend zur innerstaatlichen Verschmelzung)
- ✓ Bilanzen
 - Schlussbilanz § 220 Abs 3 AktG: Für Fristberechnung ist die Anmeldung der beabsichtigten Verschmelzung beim Firmenbuch maßgeblich,⁵⁾ uU variabler/zukünftiger Verschmelzungsstichtag⁶⁾
 - Zwischenbilanz § 221 a Abs 2 Z 3 und Abs 3 AktG (verzichtbar)
 - UU weitere Bilanzen nach dem Personalstatut der übernehmenden Gesellschaft⁷⁾
- ✓ Wertverhältnisse
 - Positiver Verkehrswert des übertragenen Vermögens? Kapitalherabsetzender Effekt?⁸⁾
 - Festlegung Barabfindungsangebot/Umtauschverhältnis; Planung Kapitalmaßnahmen/Aktienrückenwerb
- ✓ Besteht Aufsichtsrat/Arbeitnehmervertretung?
- ✓ Errichtung einer Zweigniederlassung erforderlich/zweckmäßig?
- ✓ Due Diligence (empfehlenswert)
- ✓ Abklären der bilanziellen, steuerlichen, vertragsrechtlichen, arbeitsrechtlichen, kartellrechtlichen, öffentlich-rechtlichen und sonstigen Rahmenbedingungen und der rechtlichen Rahmenbedingungen beim Verschmelzungspartner

Dr. Nora Aburumieh ist Rechtsanwältin, Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M. und Mag. Lucia Zelikovics, LL.M. sind Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei CHSH.

1) BGBl I 2007/72; ErläutRV 171 BlgNR 23. GP. §§ ohne Gesetzesbezeichnung beziehen sich auf das EU-VerschG.

2) Wenn die RL in einem Mitgliedstaat nicht fristgerecht umgesetzt wurde, könnten uE für verfahrenstechnische Fragen auch die Wertungen des SE-Rechts herangezogen werden.

3) BGBl I 2007/77; ErläutRV 214 BlgNR 23. GP.

4) Vgl 214 BlgNR 23. GP 7 (zu § 260 ArbVG).

5) Vgl Schwarz, SE-VO Art 25 Rz 11 aE; Kaufmann in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzung § 14 Rz 12; aA Hable/Gassner, EU-VerschG § 14, 163.

6) Zum variablen Stichtag vgl Schäfer in MünchKomm² Art 20 SE-VO Rz 17. Zum künftigen Verschmelzungsstichtag s FN 19.

7) In der Praxis kann die Eröffnungsbilanz der übernehmenden Gesellschaft bei Gericht zur Bescheinigung dienen, dass kein kapitalherabsetzender Effekt vorliegt.

8) Die Durchführung einer Verschmelzung mit kapitalherabsetzendem Effekt ist nach dem EU-VerschG aber grds jedenfalls zulässig!

2. Vor Einreichung des Verschmelzungsplans („VP“) beim FB

- ✓ VP § 5
 - Gemeinsamer VP; daher inhaltliche/formale Erfordernisse der fremden Rechtsordnung berücksichtigen; Sprache? (mehrsprachig⁹⁾/beglaubigte Übersetzung, uU neutrale Drittsprache)
 - Inhalt: § 5 Abs 2¹⁰⁾ und 4 (uU Erfordernisse nach dem Personalstatut der übernehmenden Gesellschaft), abweichend von § 220 Abs 2 AktG
 - Vereinfachungen § 5 Abs 3 (Up-Stream) und Abs 4 (Alleingesellschafter bei der übertragenden Gesellschaft/Verzicht)
 - Form: notarielle Beurkundung (§ 5 Abs 5)¹¹⁾
- ✓ Verschmelzungsbericht § 220 a AktG iVm § 6 Abs 1 und 2
 - Prüfung durch den Vorstand der übertragenden Gesellschaft, Erstattung eines Verschmelzungsberichts, Inhalt abweichend von § 220 a AktG
 - Erklärung über die Höhe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der beteiligten Gesellschaften
 - Nicht verzichtbar
 - Beischluss einer allfälligen Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung
 - Für den Verschmelzungsbericht bei der übernehmenden Gesellschaft ist deren Personalstatut maßgeblich;¹²⁾ gemeinsamer Bericht der beteiligten Gesellschaften möglich¹³⁾
- ✓ Verschmelzungsprüfung § 220 b AktG, § 100 Abs 2 GmbHG iVm § 7
 - Zusätzlich zum auf innerstaatliche Verschmelzungen anwendbaren Recht: Überprüfung des Barabfindungsangebots § 7 Abs 3, Vereinfachung bei Verzicht bzw bei Einpersonengesellschaft als übertragender Gesellschaft
 - Erklärung über die Höhe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der beteiligten Gesellschaften
 - Verzichtbar durch alle Gesellschafter aller beteiligten Gesellschaften¹⁴⁾ bzw uE nicht erforderlich bei Up-Stream¹⁵⁾
 - Verschmelzungsprüfung bei der übernehmenden Gesellschaft nach deren Personalstatut
- ✓ Prüfung durch den Aufsichtsrat § 220 c AktG, § 100 Abs 1 GmbHG
 - Bei GmbH grds verzichtbar; § 220 c Satz 2 AktG nicht anwendbar
 - Erfordernis der Prüfung bei der übernehmenden Gesellschaft nach deren Personalstatut zu beurteilen

3. Vorbereitung der Gesellschafterversammlung („GV“)

- ✓ Einreichung des (Entwurfs des) VP beim FB und Veröffentlichung eines Hinweises darauf/Gläubigerschutz § 221 a Abs 1 AktG, § 8 Abs 1, 2 und 4, § 13
 - Einreichung und Veröffentlichung auch bei GmbH! nicht verzichtbar
 - Inhalt der Veröffentlichung abweichend von § 221 a Abs 1 AktG (s § 8 Abs 2), insb „Rechtehinweis“ für die jeweiligen Gläubiger und Minderheitsgesellschafter¹⁶⁾ – Veröffentlichung löst Gläubigerschutzfrist von zwei Monaten für Sicherstellungsbegehren aus; Glaubhaftmachung der Gefährdung der Erfüllung einer Forderung nicht erforderlich, wenn kapitalherabsetzender Effekt (§ 13)
 - Spätestens ein Monat vor GV; Fristregelung bei Entfall der GV (§ 9 Abs 2) unklar¹⁷⁾
- ✓ Information der Gläubiger
 - Verständigung bekannter Gläubiger bei kapitalherabsetzendem Effekt (§ 8 Abs 2 Z 3) – spätestens ein Monat vor GV (§ 8 Abs 1 Z 1); Fristregelung bei Entfall der GV unklar¹⁸⁾
 - Auf Verlangen: Erteilung von Abschriften der Unterlagen § 221 a Abs 2 AktG, sofern diese im Rahmen der Vorbereitung der Verschmelzung erstellt werden¹⁹⁾ (§ 8 Abs 3)

9) UE stellt eine „Sprachenklausel“ (Festlegung der im Falle von Widersprüchen vorgehenden Vertragsfassung) ein einheitliches Verständnis des Textes sicher; s aber *Hable/Gassner* § 5, 86.

10) § 5 Abs 2 Z 11 bezieht sich nicht auf den Wert der einzelnen zu übertragenden Aktiva und Passiva, sondern verlangt nur die Angabe, zu welchen Werten das übertragene Vermögen bei der übernehmenden Gesellschaft bilanziert werden wird. Vgl *Kallmeyer*, UmwG (Nachtrag 2007) § 122 c UmwG Rz 7; *Inwinkl*, Vermögensbewertung, GesRZ 2008, 209 (211); *Frotz* in *Frotz/Kaufmann* § 5 Rz 19 a.

11) Siehe aber *Kallmeyer*, AG 2007, 472 (475).

12) Vgl auch § 14 Abs 1 Z 4, der für den Fall der Exportverschmelzung nur die Vorlage des Verschmelzungsberichts für die übertragende Gesellschaft vorsieht.

13) Zu den Voraussetzungen *Wenger* in *Frotz/Kaufmann* § 6 Rz 6 ff; *Hable/Gassner* § 6, 99.

14) Siehe *Kaufmann*, RdW 2008, 125; *Hable/Gassner* § 7, 110 f mwN.

15) Anwendbarkeit von § 232 Abs 1 AktG durch Verweis in § 3 Abs 2 gegeben und richtlinienkonform (Art 15 Abs 1 RL 2005/56/EG; vgl *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SEG § 20 Rz 9); aA *Hable/Gassner* § 7, 111.

16) UE kann der Gesetzeswortlaut insofern eingeschränkt werden („für jede“ = „jeweils“), als nur die Rechte der Gläubiger bzw Minderheitsgesellschafter der jeweiligen Gesellschaft (dh nicht der anderen beteiligten) zu erläutern sind; vgl *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Art 21 SE-VO Rz 6, 7; *Schäfer* in *MünchKomm*², Art 21 SE-VO Rz 6, 7; aA *Hable/Gassner* § 8, 125; *Wenger* in *Frotz/Kaufmann* § 8 Rz 7 a.

17) UE ist diesfalls die GV der übernehmenden Gesellschaft maßgeblich. Entfällt auch diese, ist bloß die 2-Monatsfrist des § 13 vor Anmeldung der beabsichtigten Verschmelzung beim FB einzuhalten. Vgl *Wenger* in *Frotz/Kaufmann* § 8 Rz 14.

18) Siehe FN 17.

19) Zwischenbilanz: Der Gläubiger hat uE nur Anspruch auf Aushändigung der gem § 221 a Abs 2 AktG tatsächlich erstellten Unterlagen; sonst würden die Verzichtsmöglichkeiten leer laufen. Schlussbilanz: Bei einem Verschmelzungsstichtag nach Errichtung des VP kann die Schlussbilanz bis zum Zeitpunkt der Anmeldung der beabsichtigten Verschmelzung erstellt werden (vgl allg *Kalss*, V-S-U AktG § 221 a Rz 9, vgl auch § 220 Rz 16). Der VP muss

- ✓ Information der Arbeitnehmer („AN“)
 - Versendung des Verschmelzungsberichts an AN(-Vertreter) aller Gesellschaften (§ 6 Abs 1); spätestens ein Monat vor GV; Fristregelung bei Entfall der GV unklar²⁰⁾
 - UU Information der AN, dass keine Verhandlungen über die AN-Mitbestimmung geführt werden
 - Information der AN § 109 ArbVG und § 3 a AVRAG
- ✓ Information der Gesellschafter
 - AG: Auflage der Unterlagen § 221 a Abs 2 AktG bei Gesellschaft; verzichtbar,²¹⁾ Recht auf Abschriftenerteilung § 221 a Abs 4 AktG
 - GmbH: Versendung der Unterlagen § 221 a Abs 2 AktG an Gesellschafter, Monatsfrist § 8 Abs 1 Z 1 beachtlich (anders als § 97 Abs 1 GmbHG), verzichtbar durch jeweiligen Gesellschafter
 - Spätestens ein Monat vor GV; Fristregelung bei Entfall der GV unklar²²⁾
- ✓ Sonstige Vorbereitungsschritte
 - Vorbereitungsschritte bei der übernehmenden Gesellschaft nach dem jeweiligen Personalstatut zu beurteilen
 - Rechtzeitige Einberufung der GV, bei GmbH mit Hinweis § 97 Abs 2 GmbHG
 - Einleitung mitbestimmungsrechtlicher Maßnahmen (uU Bildung eines besonderen Verhandlungsgremiums und Ausverhandeln einer Vereinbarung, beachte § 9 Abs 1; uU Beschluss, keine Verhandlungen einzuleiten)
 - Steuerliche UB § 160 Abs 3 BAO
- ✓ Abhaltung GV § 9 Abs 1, § 221 AktG
 - Up-Stream: Keine GV der übertragenden Gesellschaft erforderlich (§ 9 Abs 2)
 - Entfall der GV bei der übernehmenden Gesellschaft nach Maßgabe des jeweiligen nationalen Rechts, Vereinfachung § 231 AktG nicht anwendbar
 - Informationserteilung § 221 a Abs 5 und 6 AktG
- ✓ (Überprüfung der) Barabfindung §§ 10–11
 - Anspruch des austrittswilligen Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft oder einem Dritten auf angemessene Barabfindung gegen Hingabe der Anteile (Austrittsrecht) binnen einem Monat nach Beschlussfassung über Verschmelzung, sofern der Gesellschafter Widerspruch erhoben hat und er vom Zeitpunkt der Beschlussfassung der GV bis zur Geltendmachung des Rechts Gesellschafter war, sowie diesbezüglicher Sicherstellungsanspruch
 - Überprüfung der Barabfindung (§ 11) binnen eines Monats nach GV, sofern Widerspruch zu Protokoll erklärt wurde; Zuständigkeit österreichischer Gerichte (perpetuatio fori)²³⁾
- ✓ Überprüfung des Umtauschverhältnisses § 12 Abs 1 Z 2 und Abs 2
 - Unterwerfungserklärung, wenn Gesellschaften mit Sitz in Mitgliedstaaten beteiligt sind, die ein der Eintragung der Verschmelzung nicht entgegenstehendes Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses nicht vorsehen

4. Antrag auf Eintragung der beabsichtigten Verschmelzung

- ✓ Anmeldung durch den Vorstand der übertragenden Gesellschaft samt Beilagen § 14 Abs 1
- ✓ Erklärung § 14 Abs 2 Z 1 (keine Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen)²⁴⁾ und Z 2 (Austrittsrecht)
- ✓ Gericht stellt Rechtmäßigkeitsbescheinigung aus (§ 14 Abs 3 und 4, § 5 Z 4 a FBG)

5. Antrag auf Eintragung der Durchführung der Verschmelzung und Löschung der übertragenden Gesellschaft

- ✓ Wirksamkeit der Verschmelzung nach dem Personalstatut der übernehmenden Gesellschaft (§ 3 Abs 3)
- ✓ Anmeldung durch den Vorstand der übernehmenden Gesellschaft samt (übersetzter) Mitteilung des Registergerichts des neuen Sitzes über die erfolgte Durchführung der Verschmelzung (§ 14 Abs 5) – deklarative Löschung
- ✓ UU Anmeldung der Eintragung der inländischen Zweigniederlassung – deklarative Eintragung

C. Importverschmelzung

Im Folgenden werden nur die Unterschiede zur Exportverschmelzung dargestellt.

die Schlussbilanz nicht enthalten (vgl allg *Hügel*, Umgründungsbilanzen 2.6; zu § 5 Abs 2 Z 11 vgl *Kallmeyer*, UmwG [Nachtrag 2007] § 122 c UmwG Rz 7).

20) Siehe FN 17.

21) UE auch durch den Alleingesellschafter der übertragenden Gesellschaft verzichtbar, auch wenn keine Verzichtserklärungen der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft vorliegen. Vgl *Kalss*, V-S-U AktG § 232 Rz 5.

22) Siehe FN 17.

23) *Kalss/Eckert*, eastlex 2008, 4 (6); vgl dazu auch *Hable/Gassner* §§ 10, 11, 141.

24) Nur, wenn eine GV bei der übertragenden Gesellschaft stattfindet. Vgl ähnlich *Kalss*, RdW 1998, 449; *Szep* in *Jabornegg/Strasser* § 225 AktG Rz 12.

1. Vorbereitung der Verschmelzung

- ✓ Bilanzen
 - Schlussbilanz und Fristregelung (Rückwirkung!) nach dem Personalstatut der übertragenden Gesellschaft
- ✓ Kapitalmaßnahmen und Feststellung der Wertverhältnisse
 - Durchführung Kapitalerhöhung/Aktienrückenwerb für Anteilstausch

2. Vor Einreichung der Verschmelzung beim FB

- ✓ VP § 5
 - § 5 Abs 4 nicht anwendbar, Minderheitenschutz nach dem Personalstatut der übertragenden Gesellschaft
- ✓ Verschmelzungsbericht § 220 a AktG iVm § 6 Abs 1
 - § 6 Abs 2 nicht anwendbar, daher keine Erklärung über die Höhe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der beteiligten Gesellschaften
- ✓ Verschmelzungsprüfung § 220 b AktG, § 100 Abs 2 GmbHG iVm § 7
 - § 7 Abs 3 nicht anwendbar (Barabfindungsanspruch/Minderheitenschutz nach Personalstatut der übertragenden Gesellschaft)
 - § 7 Abs 4 nicht anwendbar, daher keine Erklärung über die Höhe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der beteiligten Gesellschaften
- ✓ Prüfung durch den Aufsichtsrat § 220 c AktG, § 100 Abs 1 GmbHG
 - § 220 c Satz 2 AktG bei AG als übernehmende Gesellschaft anwendbar

3. Vorbereitung der GV

- ✓ Einreichung des VP beim FB und Veröffentlichung eines Hinweises darauf/Gläubigerschutz § 221 a Abs 1 AktG, § 8 Abs 1, 2 und 4, § 13
 - Gläubigerschutz primär nach Personalstatut der übertragenden Gesellschaft, § 13 nicht anwendbar
 - Nachgelagerter Gläubigerschutz § 226 AktG, dh Gläubiger der inländischen Gesellschaft²⁵⁾ können binnen sechs Monaten nach der Veröffentlichung der Eintragung der Verschmelzung Sicherstellung verlangen (uE in „Rechteinweis“ gem § 8 Abs 2 aufzunehmen)²⁶⁾
- ✓ Information der Gläubiger
 - § 8 Abs 2 Z 3 Satz 2 nicht anwendbar, daher keine Verständigung bekannter Gläubiger bei kapitalherabsetzendem Effekt
- ✓ Sonstige Vorbereitungsschritte
 - Keine UB § 160 Abs 3 BAO erforderlich²⁷⁾
- ✓ Abhaltung GV
 - § 9 Abs 2 nicht anwendbar, Entfall der GV der übertragenden Gesellschaft nach deren Personalstatut
 - Vereinfachung § 231 AktG anwendbar
- ✓ Minderheitenschutz/(Überprüfung der) Barabfindung
 - §§ 10 und 11 nicht anwendbar,²⁸⁾ Minderheitenschutz (Barabfindung) und allfälliger Überprüfungsanspruch nach Personalstatut der übertragenden Gesellschaft
- ✓ Überprüfung des Umtauschverhältnisses § 12 Abs 1 Z 2 und Abs 3
 - Zusätzlich zur Unterwerfungserklärung Anfechtungsverzichte aller Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft

4. Antrag auf Eintragung der Verschmelzung

- ✓ Anmeldung durch Vorstände der beteiligten Gesellschaften
- ✓ Beilagen gem § 225 Abs 1 und § 233 AktG + arbeitsrechtliche Dokumentation gem § 15 Abs 2 + Verschmelzungsbescheinigung der übertragenden Gesellschaft (nicht älter als sechs Monate)
- ✓ Wenn auch eine übertragende österreichische Gesellschaft beteiligt ist, gilt für diese § 225 AktG und nicht § 15 (§ 15 Abs 5)
- ✓ Überprüfung der Zustimmung zu einem gemeinsamen gleichlautenden VP und der arbeitsrechtlichen Bestimmungen durch das Gericht (§ 15 Abs 3)
- ✓ Eintragung der Verschmelzung und Benachrichtigung der Registergerichte der sonstigen Gesellschaften durch das Gericht (§ 15 Abs 4)

25) *Fida/Grossmayer*, SWK 2008, 610; grds auch *Adensamer/Eckert*, GeS 2007, 143 (152); unklar, ob auch Gläubiger der übertragenden ausländischen Gesellschaft gestützt auf diese Norm Ansprüche geltend machen können.

26) *Hable/Gassner* § 8, 123, vgl *Hügel in Kalss/Hügel* § 19 SEG Rz 5. Gilt nur für Importverschmelzung! Vgl *Kaufmann in Frotz/Kaufmann* § 13 Rz 7.

27) Zur UB nach § 160 Abs 2 BAO vgl *Hable/Gassner* § 5, 171.

28) *Hable/Gassner* §§ 10, 11, 139.