

Die grenzüberschreitende Verschmelzung am Beispiel Deutschland – Österreich

Deutschland spielt aus österreichischer Sicht mit Abstand die dominante Rolle als Partner bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen. Der weitaus größte Teil der grenzüberschreitenden Verschmelzungen aus österreichischer Sicht sind Exportverschmelzungen nach Deutschland. Dieser Beitrag stellt beide Rechtsordnungen und den europarechtlichen Rahmen im Zusammenspiel dar und erörtert die typischen Fragen, die bei deutsch-österreichischen Verschmelzungen in der Praxis auftauchen, um zeitraubende Komplikationen zu vermeiden.

1. Hintergrund und Vorgeschichte

International tätige Konzerne haben eine Vielzahl von Gründen, sich für eine grenzüberschreitende Verschmelzung ihrer Tochtergesellschaften zu entscheiden. Zum einen verringert sich der interne Verwaltungsaufwand und die Obergesellschaft bekommt die Möglichkeit, ohne nationale Zwischenebenen bis in die Landesorganisationen „durchzuregieren“. Ebenso kann Liquidität in einer Einheit mit unselbstständigen Niederlassungen statt Tochtergesellschaften leichter verteilt werden, was das Insolvenzrisiko verringern kann und eine attraktive Alternative zu Cash-Pool-Systemen darstellt.

Die Verschmelzung über die Binnengrenzen der Europäischen Union ist kein Novum in der Praxis österreichischer bzw deutscher M&A-Anwälte. Schon seit einigen Jahren ist es möglich, Kapitalgesellschaften grenzüberschreitend miteinander zu fusionieren, bspw durch Gründung einer *Societas Europaea* (SE), über das österreichische Umwandlungsgesetz (öUmwG) alter Fassung¹⁾ oder im

Wege der Einbringung über die Grenze. Neu ist indes, dass nunmehr eine rechtssichere Grundlage auf europäischer Ebene sowie in den Mitgliedstaaten besteht, die für alle Kapitalgesellschaften mit Sitz in einem Mitgliedstaat die Möglichkeit eröffnet, direkt mit einer Kapitalgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat zu verschmelzen, ohne dafür neue Gesellschaften mit ungewohnter Rechtsform (zB eine SE) gründen zu müssen. Zudem entfällt nun das Risiko, dass der Zuzugsstaat die Anerkennung auf Grundlage des Verschmelzungsrechts des Wegzugsstaats verweigert, wie dies im Fall der verschmelzenden Umwandlung über das öUmwG aF der Fall sein konnte. Auch der größte Nachteil der Einbringung, die Einzelrechtsnachfolge mit teilweise unterschiedlichen Übertragungsmodi, wird durch die grenzüberschreitende Verschmelzung vermieden. Darüber hinaus ist diese neue Form der grenzüberschreitenden Verschmelzung steuerneutral möglich,²⁾ was sich in der

Praxis regelmäßig als ein entscheidender Faktor erweist. Schließlich spricht für eine Verschmelzung, dass die Eintragung einer Verschmelzung allfällige Formmängel heilt³⁾ und dadurch Rechtssicherheit schafft.

Unabhängig von nationaler oder EU-Gesetzgebung hat der EuGH bereits am 13. 12. 2005 in seiner wegweisenden SEVIC-Entscheidung⁴⁾ grenzüberschreitende Verschmelzungen in der EU als primärrechtlich zulässig beurteilt – entgegen dem damaligen Wortlaut des deutschen Umwandlungsgesetzes (dUmwG).⁵⁾ Zwei Tage nach der SEVIC-Entscheidung trat die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Ver-

öUmgrStG) als auch in Deutschland (§ 20 dUmwStG).

3) Für Deutschland: §§ 20 Abs 2, 16 Abs 3 S 8 dUmwG, vgl *Haritz/Menner*, dUmwrStG³ (2009) Einföhrng. RN 86-87, *Schröer* in *Semler/Stengel*, dUmwG § 6 Anm 17; *Zimmermann* in *Kallmeyer*, dUmwG § 6 Anm 11. Für Österreich: § 225a Abs 3 Z 4 öAktG, bei GmbH iVm § 96 Abs 2 öGmbHG.

4) Rs SEVIC Systems AG, C-411/03.

5) Herausverschmelzungen aus Deutschland wurden in seltenen Einzelfällen in der Vergangenheit – auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage – dennoch erfolgreich durchgeführt. IdR wurde jedoch auf Ersatzkonstruktionen zurückgegriffen, wie die grenzüberschreitende Einbringung oder die Gründung einer ausländischen Holding (Aventis).

(öUmwG), BGBl 1996/304, ist nach Inkrafttreten des öEU-VerschG und Neufassung von § 2 öUmwG nicht mehr im Anwendungsbereich des öEU-VerschG, dh nur mehr innerhalb von Österreich möglich.

2) Auch Einbringungen können steuerneutral gestaltet werden, sowohl in Österreich (§§ 12 ff

1) Die „Umwandlung“ im Wege der verschmelzenden Umwandlung auf den Hauptgesellschafter (mind 90 %) gem § 2 des Bundesgesetzes über die Umwandlung von Handelsgesellschaften

schmelzung von Kapitalgesellschaften („Verschmelzungsrichtlinie“⁶⁾ in Kraft, die bis zum 15. 12. 2007 von den Mitgliedstaaten umzusetzen war.

Deutschland spielt aus österreichischer Sicht mit Abstand die dominante Rolle als Partner bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen. Zum Oktober 2009 waren bspw 30–35 grenzüberschreitende Verschmelzungen im österreichischen Firmenbuch eingetragen, davon ca zwei Drittel Exportverschmelzungen,⁷⁾ hiervon mehr als die Hälfte in Richtung Deutschland.⁸⁾ In den ersten 8 Monaten des Jahres 2010 waren im deutschen Handelsregister bereits 13 Verschmelzungen zwischen Österreich und Deutschland eingetragen,⁹⁾ davon, soweit ersichtlich, der weitaus größte Teil Exportverschmelzungen nach Deutschland. Die Exportverschmelzung nach Deutschland ist somit nach wie vor die „typische“ Art der grenzüberschreitenden Verschmelzung mit österreichischer Beteiligung.¹⁰⁾

Zum Verschmelzungsverfahren entweder aus rein österreichischer¹¹⁾ oder deutscher¹²⁾ Sicht gibt es bereits detaillierte Abhandlungen. Dieser Beitrag soll die verbleibende Lücke schließen, indem er beide Rechtsordnungen¹³⁾ im Zusammenspiel darstellt und die typischen Fragen erörtert, die bei deutsch-österreichischen Verschmelzungen im deutschen und im österreichischen Recht in der Praxis auftauchen.¹⁴⁾

Für jede beteiligte Gesellschaft gilt nach Art 4 Abs 1b der Verschmelzungsrichtlinie primär das Gesellschaftsrecht ihres Sitzstaates. Dh für den Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung

im Verhältnis Deutschland-Österreich, dass für die österreichische Gesellschaft österreichisches Recht und für die deutsche Gesellschaft deutsches Recht gilt. Daher ist es zunächst erforderlich, sich einen Überblick über die jeweils anzuwendenden Vorschriften zu verschaffen:

2. Wichtigste Regelungen aus österreichischer Sicht

- *Gesellschaftsrechtliche* Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie:¹⁵⁾ öEU-VerschG (Art 1 des öGesRÄG 2007)¹⁶⁾
- *Arbeitsrechtliche* Umsetzung; Neuer VIII. Teil (§§ 258 ff) des Arbeitsverfassungsgesetzes (öArbVG)
- Nationales Kapitalgesellschaftsrecht, dh §§ 219 ff öAktG bzw §§ 96 ff öGmbHG (es existiert kein allgemein kodifiziertes *Umwandlungsrecht* für verschiedene Arten von Gesellschaften wie im dUmwG)
- *Steuerrecht*: Umgründungssteuergesetz (öUmgrStG)¹⁷⁾

3. Wichtigste Regelungen aus deutscher Sicht

- *Gesellschaftsrechtliche* Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie: Zehnter Abschnitt des Umwandlungsgesetzes (dUmwG)¹⁸⁾ – „Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften“ (§§ 122a–122k dUmwG)
- *Arbeitsrechtliche* Umsetzung; Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (dMVG)¹⁹⁾
- *Steuerrecht*: Umwandlungssteuergesetz (UmwStG)²⁰⁾

4. Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben

Aus österreichischer Sicht sind seit dem 15. 12. 2007 grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften rechtssicher möglich. In Deutschland sind die notwendigen gesellschaftsrechtlichen Grundlagen bereits seit dem 25. 4. 2007 in Kraft. Ungeachtet dessen fanden bereits vor dem Inkrafttreten der österreichischen bzw deutschen Ausführungsgesetze zur Verschmelzungsrichtlinie Umwandlungsvorgänge²¹⁾ zwischen Österreich und Deutschland statt. Zu nennen sind insb das Anwachsungsmodell,²²⁾ Einbringungen,²³⁾ das öUmwG aF²⁴⁾ bzw Verschmelzungen unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit (Art 49 und 54 AEUV,²⁵⁾ SEVIC-Entscheidung).²⁶⁾

Auf steuerlicher Ebene stellt die bereits 1990 erlassene steuerliche Fusionsrichtlinie²⁷⁾ zusammen mit der Änderungsrichtlinie²⁸⁾ aus dem Jahr 2005 die europarechtliche Grundlage dar. In Österreich²⁹⁾ waren die steuerlichen Grundlagen für eine steuerneutrale Verschmelzung bereits seit längerer Zeit gegeben, da das öUmgrStG – anders als das dUmwStG aF – keine Verschmelzung unter ausschließ-

21) Diese Umwandlungen stützten sich auf die Neuinterpretation der Niederlassungsfreiheit nach den EuGH-Entscheidungen Centros, Überseeering und Inspire Art (vgl Ratka/Rauter, GesRZ 2006, 55, FN 18, 19, 20); Erfahrungsbericht von V. Eckert, ecollex 2002, 97.

22) In der Grundform des Anwachsungsmodells erfolgt eine Verschmelzung der Personengesellschaft (etwa einer KG) auf die Kapitalgesellschaft (etwa eine GmbH) dadurch, dass die übernehmende GmbH, soweit nicht bereits der Fall, zunächst Gesellschafterin der KG wird und anschließend sämtliche anderen Gesellschafter außer der aufnehmenden GmbH aus der KG austreten; ihr Anteil am Gesamthandvermögen der KG wächst gem § 738 Abs 1 S 1 dHGB der einzigen verbleibenden Gesellschafterin, nämlich der GmbH, an, *Berenbrok in Sudhoff*, Unternehmensnachfolge⁵ (2005) § 65. Vgl auch *Hopt in Baumbach/Hop*³⁴ (2010) Einleitung vor § 105 dHGB, RN 22.

23) Beachte die arbeitsrechtlichen Konsequenzen bei einer grenzüberschreitenden Einbringung, die in einem Deutschen Sondergesetz zur Mitbestimmung bei grenzüberschreitender Einbringung (Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz) enthalten sind. Hierzu existiert bislang kaum Literatur, zB *Weiss/Wöhler*, NZG 2006, 121 (123).

24) OGH 6 Ob 283/02i ecollex 2003, 689 mit Anm G. Nowotny = wbl 2003, 228 = GeS 2003, 246 = SWK 2003, W 13 = RdW 2003, 357, hierzu bspw *Zehetner/Größ*, ecollex 2003, 683; *Hasenauer*, RdW 2003, 296; *Wenger*, RWZ 2003, 57.

25) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABLEU v 9. 5. 2008, C 115/49.

26) Hierzu bspw *Huemer*, RWZ 2/2006, 33.

27) Richtlinie Nr 90/434 EWG des Rates vom 23. 7. 1990, ABLEG 1990 Nr L 225 S 1 ff.

28) Richtlinie 2005/56/EG vom 26. 10. 2005, ABLEG 2005, Nr L 310/1.

29) Die Vorgaben der steuerlichen Fusionsrichtlinie (90/434/EWG) hat Österreich weitgehend umgesetzt, vgl *Zöchling/Puchner in Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2008) SteuerR, RN 36.

6) Zehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie 2005/56/EG vom 26. 10. 2005.

7) Dh eine grenzüberschreitende Verschmelzung, bei der die übertragende Gesellschaft ihren Sitz in Österreich hatte.

8) Vgl *Gassner/Hable*, GeS 2009, 168.

9) Nach einer noch nicht veröffentlichten Erhebung des Instituts für Rechtsstatsachenforschung zum Deutschen und Europäischen Unternehmensrecht an der Universität Jena; besonderer Dank gilt Herrn Dipl.-Kfm. *Thomas Hoffmann*, B.A.

10) Vgl *Gassner/Hable*, GeS 2009, 168.

11) Bspw nur *J. Zehetner/U. Zehetner*, GBU 2007/12/12 (Teil I), GBU 2008/01/09 (Teil II) und GBU 2008/02/09 sowie *Gassner/Hable*, GeS 2009, 168.

12) Bspw nur *Brocker*, BB 2010, 971.

13) Im Interesse der besseren Unterscheidbarkeit der hier zitierten (oftmals sehr ähnlich klingenden) Normen werden die deutschen Rechtsvorschriften stets mit einem „d“ und die österreichischen stets mit einem „ö“ gekennzeichnet.

14) Da es sich bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung im Regelfall um eine konzerninterne Verschmelzung handelt, werden Fragen der Berücksichtigung von Minderheitsgesellschaftern (Widerspruchsrechte, Abfindung etc) nicht behandelt.

15) Die Verschmelzungsrichtlinie gilt für Kapitalgesellschaften aller EU-Staaten sowie der EWR-Staaten, dh einschließlich von Island, Liechtenstein und Norwegen (nicht: Schweiz).

16) EU-Verschmelzungsgesetz (Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007), BGBl I 2007/72, in Kraft getreten am 15. 12. 2007.

17) Umgründungssteuergesetz, BGBl 1991/699, zuletzt geändert durch BGBl I 1999/194.

18) Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl I S 3210; 1995 I S 428). Die Vorschriften des neuen zehnten Abschnitts wurden durch das 2. Gesetz zur Änderung des dUmwG vom 19. 4. 2007 (BGBl I 2007 S 542) eingeführt und sind am 25. 4. 2007 in Kraft getreten.

19) Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung vom 21. Dezember 2006 (BGBl I S 3332), das durch Art 11 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl I S 2479) geändert worden ist.

20) Umwandlungssteuergesetz idF der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002 (BGBl I S 4133; 2003 I S 738), zuletzt geändert durch Art 3 des Gesetzes vom 16. Mai 2003 (BGBl I S 660).

licher Beteiligung nationaler Rechtsträger voraussetzte. In Deutschland kam die entscheidende gesetzliche Änderung erst durch das SEStEG³⁰⁾ vom 7. Dezember 2006.

5. Verschmelzungsfähige Rechtsträger

Die von der Verschmelzungsrichtlinie erfassten und daher verschmelzungsfähigen Gesellschaftsformen sind Kapitalgesellschaften iSd Publizitätsrichtlinie. In Österreich sind dies die GmbH, die AG und auch die SE mit Sitz in Österreich.³¹⁾ In Deutschland³²⁾ fallen darunter die AG, die GmbH, die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) sowie die SE mit Sitz in Deutschland.³³⁾

Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind gem Art 4 Abs 1a der Verschmelzungsrichtlinie nur zwischen Gesellschaften solcher Rechtsformen möglich, die

nach dem innerstaatlichen Recht der jeweiligen Mitgliedstaaten verschmelzen dürfen. Dies ist insb dann zu beachten, wenn außer Österreich und Deutschland noch weitere Mitgliedstaaten an der Verschmelzung beteiligt sind, denn in einigen EU-Staaten gibt es keine der GmbH vergleichbare Rechtsform.

Seit dem Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007 ist es auch in Österreich erstmalig möglich, innerstaatlich eine AG auf eine GmbH zu verschmelzen (neu eingefügter § 234a öAktG). Von der Gesetzessystematik ist es nicht ganz klar, ob es auch zulässig ist, eine deutsche AG grenzüberschreitend auf eine österreichische GmbH zu verschmelzen. Denn dagegen mag zunächst sprechen, dass das österreichische Recht für grenzüberschreitende Verschmelzungen nur die §§ 219 bis 233 öAktG (bzw für die GmbH §§ 96 bis 101 öGmbHG) anwendet,³⁴⁾ jedoch nicht § 234a AktG, der erstmals die rechtsformübergreifende – innerstaatliche – Verschmelzung auf eine AG in Österreich erlaubte und zeitgleich mit dem EU-VerschG im öGesRÄG 2007 eingeführt wurde. Die europäische Niederlassungsfreiheit (Art 49 und 54 AEUV) erlaubt jedoch mE keine Auslegung, die nur die Verschmelzung österreichischer AG auf österreichische GmbH zulässt.³⁵⁾ Zudem würde dies eine verbotene Diskriminierung (Art 18 AEUV) ausländischer Rechtsträger darstellen. Eine rechtsformübergreifende Verschmelzung einer ausländischen AG auf eine österreichische GmbH ist demnach als zulässig anzusehen.

Nach deutschem Recht sind im rein nationalen Rahmen Verschmelzungen auch unter Beteiligung von Personengesellschaften zulässig (§ 3 dUmwG), während die Verschmelzung innerhalb Österreichs ausschließlich Kapitalgesellschaften vorbehalten ist. Auch die Verschmelzungsrichtlinie führt hier zu keiner Änderung, da sie nur auf Kapitalgesellschaften Anwendung findet.

Möglicherweise liegt jedoch in dieser Ungleichbehandlung anderer Rechtsträ-

ger (insb von Personengesellschaften³⁶⁾ und österreichischen Privatstiftungen³⁷⁾ ein Verstoß gegen die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit.³⁸⁾ Dementsprechend wird der SEVIC-Entscheidung, die sich keineswegs nur auf Kapitalgesellschaften bezieht, zum Teil entnommen, dass auch Verschmelzungen von Personengesellschaften über die Grenze zulässig sein müssten.³⁹⁾ Ob darüber hinaus auch die für die Praxis sehr relevante Spaltung aufgrund der Niederlassungsfreiheit grenzüberschreitend zulässig ist, wird derzeit noch diskutiert.⁴⁰⁾

Die nunmehr rechtssicher mögliche Verschmelzung von Kapitalgesellschaften nach der Verschmelzungsrichtlinie stellt eine Konkurrenz dar für die SE, deren zentraler Vorteil jahrelang darin bestand, die einzige rechtssichere Möglichkeit für eine grenzüberschreitende Verschmelzung zu bieten. Der Attraktivität der SE hat dies gleichwohl nicht geschadet. Mittlerweile sind in der EU bereits 723 SE registriert⁴¹⁾ – die Zahl wächst fast täglich. Mittlerweile werden bestehende SE nicht nur grenzüberschreitend verschmolzen, sondern auch Cross-Border-Sitzverlegungen⁴²⁾ von SE werden erfolgreich praktiziert. Die Möglichkeit der Verlegung des Satzungssitzes über die Grenze ist bislang noch ein Alleinstellungsmerkmal der SE,

30) Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) vom 7. Dezember 2006 (BGBl I S 2782), in Kraft getreten am 13. 12. 2006.

31) Dies folgt aus dem Gebot der Gleichbehandlung der SE mit nationalen Aktiengesellschaften in Art 10 SE-VO, vgl *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/11; ausführlicher dazu *Ratka/Rauter*, GesRZ 2006, 55; für die deutsche Literatur vgl *Heckschen in Widmann/Mayer*, dUmwG, Losebl Stand: 2009, § 122b RN 59.

32) Es wäre mE naheliegender, einer nach US-Recht gegründeten *corporation* mit Verwaltungssitz in Deutschland die Verschmelzungsfähigkeit mit einer deutschen Kapitalgesellschaft zuzubilligen. In Deutschland genießen US-Gesellschaften aufgrund des Freundschafts-, Handels- und Schiffsahrtsvertrages vom 29. 10. 1954 (BGBl II 1956, 487) rechtliche Anerkennung in Deutschland. Damit sind die in den USA gegründeten Gesellschaften den in anderen EU-Mitgliedstaaten gegründeten Gesellschaften weitgehend gleichgestellt, vgl *Vosberg in Büchel/von Rechenberg*, Handbuch des Fachanwalts Handels- und Gesellschaftsrecht (2009) Kap 16 RN 93; ebenso *Mader*, RWZ 2006, 71. Insofern werden von der deutschen Rechtsprechung auch die Entscheidungen „Inspire Art“ und „Centros“ herangezogen (AG Duisburg NZG 2003, 1072 (1073); *Kallmeyer* DB 2004, 636 (637); aA *Liese* NZG 2006, 201 (203)). Konsequenterweise müsste mE dann auch die aktuellere Judikatur zur Niederlassungsfreiheit, dh die SEVIC-Rechtsprechung, auf US-Gesellschaften in Deutschland Anwendung finden. Weitere Nachweise bei *Götze/Arnold in Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2008) Kap Deutschland, RN 10, FN 26. Für Österreich schließen einzelne Autoren die Verschmelzung mit Gesellschaften außerhalb von EU/EWR zumindest nicht aus, *Fidal/Grossmann*, SWK 2008, W 75 (W 76). Es ist jedoch mE unklar, auf welcher Grundlage dies – abgesehen vom Verfahren nach § 2 öUmwG, der nach wie vor auf Verschmelzungen mit Nicht-EU-Gesellschaften Anwendung findet – geschehen soll.

33) Die deutsche Literatur argumentiert mit Art 9 Abs 1 lit c ii SE-VO, vgl Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/2919, 31; *Neye/Timm*, DB 2006, 488 (490); *Casper*, AG 2007, 97 (102 f). Bei der SE ist jedoch stets zu berücksichtigen, ob Spezialvorschriften der SE-Verordnung vorrangig und abschließend sind, vgl *Simon/Rubner*, Der Konzern 2006, 835.

34) § 3 Abs 2 öEU-VerschG, vgl *J. Zehetner/U. Zehetner*, GBU 2007/12/12.

35) Dies ist abzuleiten aus der SEVIC-Entscheidung (RN 22), in welcher der EuGH klarstellt: „(Eine) unterschiedliche Behandlung von Gesellschaften nach Maßgabe dessen, ob es sich um eine innerstaatliche oder um eine grenzüberschreitende Verschmelzung handelt (...) ist geeignet, Gesellschaften davon abzuhalten, von der im EG-Vertrag verankerten Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen.“ Die Parallelen zum Fall SEVIC liegen hier auf der Hand.

36) Die verschmelzende Umwandlung gem § 2 öUmwG unterscheidet sich im Wesentlichen nur dadurch von der Verschmelzung durch Aufnahme, dass die aufnehmende Gesellschaft keine Kapitalgesellschaft sein muss, vgl RV 171 BlgNR 23. GP, Allg Teil, 4a. Die derzeitige österreichische Gesetzeslage lässt im Ergebnis eine verschmelzende Umwandlung von Kapitalgesellschaften (über § 2 öUmwG) nur auf österreichische Personengesellschaften zu, bietet jedoch keinerlei Möglichkeit der verschmelzenden Umwandlung oder Verschmelzung auf eine Personengesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat. Es ist zu bezweifeln, dass diese Ungleichbehandlung im Lichte der SEVIC-Rechtsprechung des EuGH europarechtlich Bestand haben wird.

37) Die Gesetzesbegründung des österreichischen Gesetzgebers geht davon aus, dass Privatstiftungen als eigentümerlose Gebilde vom Anwendungsbereich der Verschmelzungsrichtlinie ausgeschlossen sind, RV 171 BlgNR 23. GP zu § 1 Abs 2 öEU-VerschG.

38) Vgl *Fidal/Grossmayer*, SWK 2008, W 75 (W 76).

39) Vgl *von Rechenberg*, in *Büchel/von Rechenberg*, Handbuch des Fachanwalts Handels- und Gesellschaftsrechts (2009) Kap 13 RN 20.

40) Vgl *von Rechenberg* in *Büchel/von Rechenberg*, Handbuch des Fachanwalts Handels- und Gesellschaftsrecht (2009) Kap 13 RN 21; die Anwendung der SEVIC-Entscheidung auf Spaltungen befürwortend, *Krause/Kulpa*, ZHR 171 (2007), 38 (46 f); *Kuntz*, IStR 2006, 224 (225); *Herler*, EuZW 2007, 205 (299).

41) Stand: 2. 2. 2011, The European Trade Union Institute, <http://www.worker-participation.eu>

42) Beispiel für Sitzverlegung: Bibo Zweite Vermögensverwaltungs SE, Bolbu Beteiligungsgesellschaft SE, Graphisoft SE, Joh. Benckiser SE.

welches sie gegenüber den nationalen Kapitalgesellschaften privilegiert.⁴³⁾

Im Gegensatz zum gesellschaftsrechtlichen Rahmen für die grenzüberschreitende Verschmelzung⁴⁴⁾ gibt es im Steuerrecht noch keine einheitliche Rechtslage in allen Mitgliedstaaten. Grund ist die uneinheitliche nationale Umsetzung der Fusionsbesteuerungsrichtlinie.⁴⁵⁾ Im Verhältnis Deutschland-Österreich jedoch sind die Voraussetzungen für eine steuerneutrale grenzüberschreitende Verschmelzung in den relevanten Punkten gegeben.⁴⁶⁾

6. Die arbeitsrechtliche Problematik: Mitbestimmung im Aufsichtsrat

Allgemeines zur Arbeitnehmermitbestimmung

In Deutschland unterliegen Kapitalgesellschaften ab einer bestimmten Größe zwingend der Hälfte- oder Drittel-Mitbestimmung im Aufsichtsrat.⁴⁷⁾ So sind Aufsichtsräte von deutschen Kapitalgesellschaften mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern im Anwendungsbereich des

Mitbestimmungsgesetzes (dMitbestG)⁴⁸⁾ jeweils zur Hälfte mit Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer (darunter auch zwingend Vertreter von Gewerkschaften) zu besetzen, §§ 1, 7 dMitbestG. Kapitalgesellschaften mit idR mehr als 500 Arbeitnehmern sind grundsätzlich zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen, § 1 Abs 3 dMitbestG iVm Drittelbeteiligungsgesetz.⁴⁹⁾

In Österreich hingegen besteht das unternehmerfreundlichere Konzept der Drittelparität: Aufsichtsräte einer AG (§ 110 Abs 1 öArbVG) und einer GmbH ab einer bestimmten Größe (zB wenn die Anzahl der Arbeitnehmer im Durchschnitt 300 übersteigt, § 110 Abs 5 öArbVG iVm § 29 öGmbHG) sind in Österreich zu einem Drittel durch Arbeitnehmervertreter mitbestimmt. Demnach entsendet der Betriebsrat für je zwei satzungsgemäße Aufsichtsratsmitglieder einen Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat. Ist die Zahl der satzungsgemäß bestellten Aufsichtsratsmitglieder ungerade, so erhalten die Arbeitnehmervertreter einen zusätzlichen Sitz. Unter den Arbeitnehmervertretern befinden sich zudem, anders als in Deutschland, keine betriebsfremden Gewerkschaftsvertreter, sondern ausschließlich Betriebsratsmitglieder.

Gestaltung der Mitbestimmung im Verschmelzungsfall

Im Fall einer Importverschmelzung nach Österreich regelt sich das Verfahren zur Gestaltung der Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat nach österreichischem Recht.⁵⁰⁾ Bei einer Importverschmelzung nach Deutschland kommen hierfür die deutschen Regelungen zur Anwendung.⁵¹⁾

Speziell im Hinblick auf grenzüberschreitende (Import-)Verschmelzungen trat in Deutschland zum 29. 12. 2006 das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (dMgVG) in Kraft, das dem Vorbild des SE-Beteiligungsgesetzes⁵²⁾ vom 22. 12. 2004 folgt.⁵³⁾ Danach

obliegt es in einem ersten Schritt den Arbeitgebern und einem aus Arbeitnehmern der beteiligten Gesellschaften gebildeten besonderen Verhandlungsgremium, über die Modalitäten und den Umfang der Mitbestimmung beim übernehmenden Rechtsträger einvernehmlich zu entscheiden. Kommt eine solche Übereinkunft nicht zustande, gilt als Auffanglösung grundsätzlich das höchste Mitbestimmungsniveau der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften.⁵⁴⁾ Das ist im Fall einer deutsch-österreichischen Verschmelzung im Regelfall das deutsche Mitbestimmungsniveau.

Die österreichischen Regelungen zur Arbeitnehmermitbestimmung bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung lehnen sich – wie auch die deutschen Vorschriften – an das entsprechende Verfahren bei der Gründung einer SE an (§§ 258 ff öArbVG verweisen weitgehend auf den die SE betreffenden VI. Teil des öArbVG). Sie sind jedoch in einigen Punkten liberaler.⁵⁵⁾

Es liegt auf der Hand, dass sich ein grenzüberschreitendes Verschmelzungsvorhaben erheblich verkompliziert, wenn eine der beteiligten Gesellschaften der Arbeitnehmermitbestimmung unterliegt.⁵⁶⁾ Bei der Zeitplanung ist daher zu beachten, dass ein Verhandlungsverfahren zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer die Verschmelzung um mindestens ein halbes Jahr in die Länge ziehen kann.⁵⁷⁾ Für das komplexe Wahlverfahren sind ca weitere 10 Wochen einzuplanen.

7. Formfragen

Nach der Vereinigungstheorie ist das Recht aller an der transnationalen Verschmelzung beteiligten Unternehmen zu berücksichtigen, wobei die jeweiligen Maßnahmen dergestalt ineinandergreifen müssen, dass sich hinsichtlich gemeinsamer Erfordernisse grundsätzlich die strengste Vorschrift durchsetzt.⁵⁸⁾ ZB verlangt das österreichische öEU-VerschG, dass der Verschmelzungsplan notariell beurkundet wird (*Notariatsakt*).⁵⁹⁾ Wenn nun der Verschmelzungsplan im Ausland errichtet wird und die jeweilige ausländ-

43) Die Cartesio-Entscheidung des EuGH (EuGH, Urteil vom 16. 12. 2008, C-210/06 „Cartesio“ (NZG 2009, 61) hat leider nicht die erhoffte Liberalisierung bei der Verlegung des statutarischen Sitzes von Kapitalgesellschaften gebracht. Es ist daher zu hoffen, dass der europäische Gesetzgeber doch noch eines Tages die 14. Richtlinie (Sitzverlegungsrichtlinie) auf den Weg bringt (Mader, RWZ 2006, 71; Di Marco, ZGR 1999, 3). Gleichwohl darf die Bedeutung der grenzüberschreitenden Satzungssitzverlegung inzwischen nicht mehr überbewertet werden, da sich nunmehr wirtschaftlich das gleiche Ergebnis erreichen lässt, indem eine Kapitalgesellschaft eine Tochter-Kapitalgesellschaft im EU-Ausland gründet und anschließend auf diese verschmilzt, vgl Mader, RWZ 2006, 71.

44) Soweit ersichtlich, haben sämtliche EU- und EWR-Mitgliedstaaten mittlerweile die Verschmelzungsrichtlinie umgesetzt, auch das zunächst säumige Irland. Lediglich Griechenland wurde in einem Vertragsverletzungsverfahren wegen Säumigkeit bei der Umsetzung verurteilt (EuGH 23. 4. 2009, C-493/08), vgl Gassner/Hable, GeS 2009, 168 FN 4, 5.

45) Laut einer von Ernst & Young im Auftrag der Europäischen Kommission im Jahr 2009 erstellten Studie zum Stand der der Umsetzung der Fusionsbesteuerungsrichtlinie in den 27 EU-Mitgliedstaaten wurde die Fusionsbesteuerungsrichtlinie von den meisten Mitgliedstaaten richtig umgesetzt. Sie blieb aber unzureichend genutzt, weil das Gesellschaftsrecht, das grenzüberschreitende Fusionen erlaubt, in vielen Ländern erst vor Kurzem in Kraft getreten ist (http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/publications/studies/index_de.htm).

46) Studie „Survey of the implementation of Council Directive 90/434/EEC“ von Ernst & Young zum 31. 1. 2008 (http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/mergers_directive/study_impl_direct.pdf, S 138 ff).

47) Allgemein zur Mitbestimmung in Deutschland Götzle/Arnold in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2008) Kap Deutschland, RN 76 ff.

48) Mitbestimmungsgesetz vom 4. Mai 1976 (BGBl I S 1153), das zuletzt durch Art 9 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl I S 2479) geändert worden ist (dMitbestG).

49) Das Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vom 18. 5. 2004, BGBl I S 974, ersetzte zum 1. Juli 2004 die entsprechenden Regelungen in §§ 76, 77 Betriebsverfassungsgesetz 1952 vom 11. Oktober 1952 (BGBl I S 681).

50) § 258 Abs 1 öArbVG.

51) § 3 Abs 1 dMgVG.

52) BGBl I 2004 S 3675.

53) Heckschen in Widmann/Mayer, dUmwG, Losebl Stand: 2009, vor §§ 122a ff RN 63.

54) Brocker, BB 2010, 971 (974).

55) Ratka, GeS 2006, 52; J. Zehetner/U. Zehetner, GBU 2007/12/12 sowie für Einzelheiten zum Verfahren J. Zehetner/U. Zehetner, GBU 2008/01/09.

56) So von Rechenberg in Büchel/von Rechenberg, Handbuch des Fachanwalts Handels- und Gesellschaftsrecht (2009) Kap 18 RN 124.

57) § 21 dMgVG; §§ 226, 260 Abs 1 u 2 öArbVG.

58) Heckschen in Widmann/Mayer, dUmwG, Losebl Stand: 2009, vor § 1 RN 270.

59) Fidal/Rieder, ecolex 2007, 685 (685).

dische Formvorschrift nicht die Qualität der österreichischen Beurkundung hat, sollte der Verschmelzungsplan zusätzlich in Form eines österreichischen Notariatsaktes errichtet werden.

Aus österreichischer Sicht ist immerhin eine Beurkundung des gemeinsamen Verschmelzungsplans durch einen deutschen Notar anerkannt.⁶⁰⁾

Aus deutscher Sicht genügt eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar dann, wenn Gleichwertigkeit hinsichtlich Urkundsperson und Verfahren gewährleistet ist.⁶¹⁾ Dies ist im Fall der Beurkundung durch einen österreichischen Notar zwar noch nicht höchstgerichtlich entschieden, darf aber seit einer Entscheidung des LG Kiel⁶²⁾ angenommen werden.⁶³⁾ Um das insoweit bestehende Restrisiko auszuschließen, empfiehlt sich die vorherige Abstimmung mit dem zuständigen Registerrichter, weil er die Verschmelzung bei Formfehlern nicht eintragen wird, die erfolgte Eintragung andererseits etwaige Formfehler heilt.

Falls zB ein österreichisches Firmenbuchgericht einen österreichischen Notariatsakt verlangen sollte, wird es in aller Regel zweckmäßig sein, diesen Notariatsakt aufgrund einer Spezialvollmacht vor einem österreichischen Notar zu unterschreiben.⁶⁴⁾ Nur falls dies nicht möglich ist und der beteiligte Registerrichter eine Beurkundung aus dem anderen Mitgliedstaat ablehnt, ist eine Doppelbeurkundung durch Notare aus beiden Staaten erforderlich. Dies sollte jedoch im Verhältnis Deutschland-Österreich nicht zu erwarten sein.

Das Sprachenproblem stellt sich bei Verschmelzungen zwischen Deutschland

und Österreich naturgemäß nicht. Sind hingegen an der Verschmelzung weitere Gesellschaften aus Staaten mit anderen Amtssprachen betroffen, empfiehlt es sich, eine mehrsprachige Version des gemeinsamen Verschmelzungsplans zu erstellen. Um Eintragungsverzögerungen zu vermeiden, sollte dabei eine Regelung aufgenommen werden, dass die rechtsverbindliche Fassung des Verschmelzungsplans die Sprache der übernehmenden Gesellschaft ist.⁶⁵⁾

Bei grenzüberschreitenden Verschmelzungsvorhaben empfiehlt sich in besonderer Weise die vorherige Abstimmung mit den zuständigen Registergerichten und in Zweifelsfällen die vorsorgliche Übererfüllung der formalen Anforderungen. So ist es bspw denkbar, dass Anträge aus formalen Gründen vom Registergericht als unzureichend angesehen werden, mit der Folge, dass die maximal zulässige Zeitspanne von acht (in Österreich: neun) Monaten zwischen dem Datum der bereits fertig gestellten Schlussbilanz und dem Datum der wirksamen Antragstellung verstreicht. Dies würde eine Zwischenbilanz erforderlich machen,⁶⁶⁾ eine zeitraubende und auch kostspielige Verzögerung, die aber durch vorsichtige Strukturierung vermieden werden kann.

8. Ablauf und Dokumentation

Aus deutscher Sicht läuft eine grenzüberschreitende Verschmelzung grundsätzlich nach denselben Vorschriften (§ 122a Abs 2 dUmwG), wobei die §§ 122a ff dUmwG in einzelnen Punkten Abweichungen oder Besonderheiten regeln. Für die beteiligte österreichische Kapitalgesellschaft bestimmt sich der Ablauf nach österreichischem Gesellschaftsrecht, dh, es gilt das öEU-VerschG und subsidiär das öAktG bzw öGmbHG.⁶⁷⁾

Verschmelzungsplan

Zunächst ist für beide beteiligte Kapitalgesellschaften ein gemeinsamer Verschmelzungsplan aufzustellen (§ 122c Abs 1 dUmwG; § 5 öEU-VerschG). Ein Verschmelzungsplan entspricht dem für nationale Verschmelzungen erforderlichen Verschmelzungsvertrag gem § 4 dUmwG bzw § 220 öAktG. In Deutsch-

land wie in Österreich wird der Verschmelzungsplan bei Aktiengesellschaften vom Vorstand und bei GmbH von den Geschäftsführern, in jeweils vertretungsberechtigter Anzahl, unterschrieben. Im deutschen Recht ist umstritten, ob die Gesellschafter der beteiligten deutschen Kapitalgesellschaft auf die Einreichung des Verschmelzungsplans bei Gericht verzichten können.⁶⁸⁾ Die Einreichung ist jedoch zu empfehlen, um Verzögerungen vorzubeugen.

Der Verschmelzungsplan bzw sein Entwurf muss laut § 122c Abs 2 Nr 4 dUmwG „die voraussichtlichen Auswirkungen der Verschmelzung auf die Beschäftigung“ enthalten. Die insoweit wortgleiche Regelung im österreichischen § 5 Abs 2 Z 4 öEU-VerschG ergänzt darüber hinaus: „(...) insbesondere auf die in den beteiligten Gesellschaften beschäftigten Arbeitnehmer, die Beschäftigungslage und die Beschäftigungsbedingungen“. Um im gemeinsamen Verschmelzungsplan beiden Rechtsordnungen zu genügen, sollten daher die in der österreichischen Norm genannten zusätzlichen Umstände ebenfalls aufgeführt und erfüllt werden.⁶⁹⁾

Im Vergleich mit § 5 Abs 1 Nr 9 dUmwG,⁷⁰⁾ der schon bisher auf nationale Verschmelzungen in Deutschland Anwendung findet, ist die neue Formulierung in § 122c Abs 2 Nr 4 dUmwG allerdings insofern enger, als es nur um die „voraussichtlichen“ Auswirkungen der Verschmelzung geht und dabei auch nur die „Beschäftigung“ angesprochen ist und nicht auch über die Auswirkungen auf die Arbeitnehmervertretungen und die evtl vorgesehenen Maßnahmen berichtet werden muss.⁷¹⁾ In Österreich gibt es bei rein innerstaatlichen Verschmelzungen kein vergleichbares Erfordernis im Hinblick auf den Verschmelzungsvertrag (§ 220 öAktG, § 96 Abs 2 öGmbHG).

Es ist in Deutschland umstritten, ob der Verschmelzungsplan entsprechend § 122a Abs 2, § 5 Abs 3 dUmwG dem Betriebsrat zuzuleiten ist.⁷²⁾ Aus Gründen

60) Frotz in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2008) § 5 öEU-VerschG, RN 35.

61) Begr. BR-Drucks. 548/06 S 31; BGH ZIP 1981, 402.

62) LG Kiel, Beschluss vom 25. 4. 1997 AZ: 3 T 143/97, BB 1998, 120.

63) Mayer in Mayer/Widmann, Umwandlungsrecht, Losebl Sept 2007, § 122c dUmwG RN 208 f, § 6 dUmwG RN 64 ff fordert, da es sich bei dem Verschmelzungsplan um eine Strukturmaßnahme handelt, eine Beurkundung des Verschmelzungsplans (zumindest auch) durch einen deutschen Notar. Wesentlich wichtiger als diese Streitfrage ist in der Praxis von Bedeutung, welcher Ansicht sich das Registergericht bei der vorherigen Abklärung des Verschmelzungsvorhabens anschließt.

64) Gasser/Hable, GeS 2009, 168 (170), FN 23. Für die Verwendung in Österreich ist die Vollmacht zu beglaubigen, vgl Frotz in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2008) § 5 öEU-VerschG, RN 4. Vollmachten, die in Deutschland verwendet werden, können hingegen aufgrund von § 182 Abs 2 dBGB auch privatschriftlich erteilt werden, vgl Mayer in Mayer/Widmann, Umwandlungsrecht, Losebl Sept 2007, § 4 dUmwG RN 40.

65) Brocker, BB 2010, 971 (972 f); Widmann/Mayer, dUmwG, Losebl Stand: 2009, § 122c RN 24; Krausel/Kulpa, ZHR 171, 38, 61.

66) Siehe dazu weiter unten unter „Schlussbilanz“.

67) Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) RN 3/990.

68) Dagegen zB Mayer in Mayer/Widmann, Umwandlungsrecht, Losebl Sept 2007, § 122c dUmwG RN 30; Müller, NZG 2006, 286 (288).

69) Vgl Gasser/Hable, GuS 2009, 168 (169).

70) § 5 Abs 1 Nr 8 dUmwG: „Der Vertrag oder sein Entwurf muss mindestens folgende Angaben enthalten: (...) die Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen.“

71) Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins: Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, NZG 2006, 737 (740).

72) Dafür Drinhausen/Keinath, BB 2006, 725 (727); Krausel/Kulpa, ZHR 171 (2007) 38 (50); dagegen Simon/Rubner, Der Konzern 2007, 835 (837).

der Vorsicht sollte dies jedoch erfolgen.⁷³⁾ Eine derartige Verpflichtung besteht in Österreich nicht.

Eine Besonderheit im deutschen Recht ist, dass nicht der Verschmelzungsplan an sich zu veröffentlichen ist (vgl § 6 Abs 1 der Verschmelzungsrichtlinie).⁷⁴⁾ Nur der in § 122d dUmwG genannte Mindestinhalt wird vom Registergericht durch eine Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger bekannt gemacht.

Die Gesellschafter der beiden beteiligten Kapitalgesellschaften müssen dem Verschmelzungsplan durch formellen Gesellschafterbeschluss zustimmen, der im Rahmen einer Gesellschafterversammlung zu fassen ist. Bei einer reinen Upstream-Verschmelzung ist jedoch ein Verschmelzungsbeschluss der Anteilhaber der übertragenden Gesellschaft nicht erforderlich.⁷⁵⁾

Verschmelzungsbericht

Das zweite zentrale Dokument neben dem Verschmelzungsplan ist der Verschmelzungsbericht der Vorstände bzw Geschäftsführer (in Deutschland § 122e iVm § 8 dUmwG bzw in Österreich § 6 Abs 1 öEU-VerschG iVm § 220a öAktG). Insoweit ist umstritten, ob sämtliche Vorstände bzw Geschäftsführer den Verschmelzungsbericht unterschreiben müssen.⁷⁶⁾ Nach der jeweils hM in Deutschland und Österreich ist ein gemeinsamer Verschmelzungsbericht beider Gesellschaften zulässig.⁷⁷⁾ Der Verschmelzungsbericht ist nicht verzichtbar, worin im deutschen Recht ein Unterschied zu innerstaatlichen Verschmelzungen liegt.⁷⁸⁾ Anders als für die rein nationalen Verschmelzungen nach deut-

schem⁷⁹⁾ oder österreichischem⁸⁰⁾ Recht vorgesehen, hat der Verschmelzungsbericht bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zwingend zusätzliche Informationen zu den Auswirkungen der Verschmelzung auf die Arbeitnehmer (zB auf ihre Abfindungs-/Abfertigungs- und Pensionsansprüche)⁸¹⁾ und die Gläubiger der jeweiligen Gesellschaft zu enthalten.⁸²⁾

Für die beteiligten österreichischen Gesellschaften hat das öEU-VerschG ein Novum eingeführt, das für die Transaktionsplanung von erheblicher Relevanz ist: Erstmals ist in § 6 Abs 1 S 2 öEU-VerschG⁸³⁾ die Zustellung des Verschmelzungsberichts an den Betriebsrat bzw alle betroffenen Arbeitnehmer der österreichischen Gesellschaft vorgesehen. Bislang gab es in Österreich keinerlei vergleichbare Zustellungsverpflichtung, wie sie das deutsche Recht in § 5 Abs 3 dUmwG⁸⁴⁾ für den Verschmelzungsvertrag vorsieht.

Auch im deutschen Recht besteht nun für grenzüberschreitende Verschmelzungen die Verpflichtung gem § 122e S 2 dUmwG, den Verschmelzungsbericht dem Betriebsrat oder, falls es keinen Betriebsrat gibt, den Arbeitnehmern der beteiligten Gesellschaft spätestens einen Monat vor der Beschlussfassung über die Verschmelzung zugänglich zu machen. Dies erfolgt durch Auslage⁸⁵⁾ in den Geschäftsräumen der beteiligten deutschen Gesellschaft zu den üblichen Geschäftszeiten.

Hierin liegt ein wichtiges Nachweis- und Fristproblem, da die rechtzeitige (mindestens einen Monat vor der über die Verschmelzung entscheidenden Generalversammlung) Zuleitung an den Betriebsrat bzw alle betroffenen Arbeitnehmer dem Registergericht nachzuweisen ist und das Gericht ohne diesen Nachweis keine Rechtmäßigkeitsbescheinigung ausstellen wird.⁸⁶⁾

Prüfung

Eine Verschmelzungsprüfung nebst Prüfungsbericht durch einen Verschmelzungsprüfer ist nach deutschem Recht⁸⁷⁾ entbehrlich, wenn sich alle Anteile der übertragenden Gesellschaft in den Händen der übernehmenden Gesellschaft befinden, also bei einer reinen Upstream-Verschmelzung. Sowohl nach deutschem als auch nach österreichischem Recht können die Gesellschafter in jedem Fall auf die Verschmelzungsprüfung verzichten, sodass eine solche Verzichtserklärung unbedingt in den gemeinsamen notariellen Verschmelzungsplan aufgenommen werden sollte. Ist dennoch eine Prüfung erforderlich, so ist sowohl nach deutschem⁸⁸⁾ als auch nach österreichischem⁸⁹⁾ Recht die Bestellung eines gemeinsamen Verschmelzungsprüfers zulässig.

Sofern eine österreichische Aktiengesellschaft beteiligt ist, hat gem § 220c öAktG ihr Aufsichtsrat die Verschmelzung auf Grundlage des Verschmelzungsberichts und des Prüfungsberichts gesondert zu prüfen.⁹⁰⁾

Schlussbilanz

Nach österreichischem Recht muss die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft auf einen höchstens neun Monate vor der Anmeldung der Verschmelzung liegenden Stichtag aufgestellt sein, § 220 Abs 3 öAktG. In Deutschland beträgt diese Frist nur acht Monate, § 17 Abs 2 S 4 dUmwG. Der strengere Standard, dh die Achtmonatsfrist, setzt sich durch, da für alle beteiligten Gesellschaften derselbe Verschmelzungsstichtag gelten muss.⁹¹⁾ Erfolgt die Anmeldung der Verschmel-

73) Götzel/Arnold in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2008) Kap Deutschland, RN 17.

74) Mayer in *Mayer/Widmann*, Umwandlungsrecht, Losebl Sept 2007, § 122d dUmwG RN 4 ff.

75) § 122g Abs 2 dUmwG bzw § 9 Abs 2 öEU-VerschG.

76) Für Deutschland befürwortet dies Mayer in *Mayer/Widmann*, Umwandlungsrecht, Losebl Sept 2007, § 122e dUmwG RN 10. Für Österreich verneint Wenger in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2008) § 6 öEU-VerschG RN 3.

77) Für Österreich: Wenger in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2008) § 6 öEU-VerschG RN 3, ebenso Blasy, RdW 2006, 139; für Deutschland: zB Mayer in *Mayer/Widmann*, Umwandlungsrecht, Losebl Sept 2007, § 122e dUmwG RN 35 f. Zur Sicherheit sollte dies mit den zuständigen Registergerichten vorher abgeklärt werden.

78) § 8 Abs 3 dUmwG.

79) § 8 dUmwG dient nicht dem Schutz der Arbeitnehmer oder Gläubiger, vgl Meyer in *Mayer/Widmann*, Umwandlungsrecht, Losebl Sept 2007, § 8 dUmwG RN 5 mwN, und enthält auch keine Verpflichtung, Auswirkungen auf Arbeitnehmer oder Gläubiger zu erläutern.

80) Auch § 220a öAktG sieht keine Erläuterung von Auswirkungen auf die Beschäftigten oder Gläubiger im Verschmelzungsbericht vor.

81) Das Erfordernis, die „Auswirkungen der Verschmelzung auf die schuldrechtlichen Ansprüche der Arbeitnehmer“ zu erläutern, findet sich nicht in § 122e dUmwG, aber in § 6 Abs 1 S 1 öEU-VerschG. Im Sinne der Vereinigungstheorie sollten daher auch diese Einzelheiten Eingang in den gemeinsamen Verschmelzungsbericht finden.

82) Art 7 Verschmelzungsrichtlinie, § 122e dUmwG, § 6 Abs 1 öEU-VerschG.

83) § 6 Abs 1 S 2 öEU-VerschG: „Der Verschmelzungsbericht ist überdies dem zuständigen Organ der Arbeitnehmervertretung oder, falls es ein solches nicht gibt, den Arbeitnehmern der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften mindestens einen Monat vor dem Tag der Gesellschafterversammlung, die über die Zustimmung zur Verschmelzung beschließen soll, zur Verfügung zu stellen.“

84) § 5 Abs 3 dUmwG: „Der Vertrag oder sein Entwurf ist spätestens einen Monat vor dem Tage der Versammlung der Anteilhaber jedes beteiligten Rechtsträgers, die gemäß § 13 Abs. 1 über die Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag beschließen soll, dem zuständigen Betriebsrat dieses Rechtsträgers zuzuleiten.“

85) Vgl Bayer/Schmidt, NZG 2006, 737 (741).

86) § 17 Abs 1 dUmwG bzw § 14 Abs 3 öEU-VerschG.

87) § 122 f S 1 Halbsatz 1 dUmwG iVm § 9 Abs 3, § 8 Abs 3 Alt 2 dUmwG. Für Österreich ist dies nur für Aktiengesellschaften ausdrücklich geregelt, § 232 Abs 1 öAktG, vgl Wenger in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2008) § 7 öEU-VerschG RN 7, J. Zehetner/U. Zehetner, GBU 2008/01/09, FN 28.

88) Götzel/Arnold in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2008) Kap Deutschland, RN 24.

89) Fida/Grossmann, SWK 2008, W 75 (W 78).

90) J. Zehetner/U. Zehetner, GBU 2008/01/09.

91) Gasser/Hable, GeS 2009, 168 (170).

zung beim deutschen Handelsregister nicht innerhalb von acht Monaten nach dem Datum der Stichtagsbilanz, wird eine Zwischenbilanz erforderlich.

Gläubigerschutz

Bei einer Exportverschmelzung aus Österreich ist die Sicherstellung der Ansprüche möglicher Gläubiger nach § 13 öEU-VerschG ein zwingendes vorgeschaltetes Erfordernis, bevor die Rechtmäßigkeitsbescheinigung (siehe unten) ausgestellt werden kann (§ 14 Abs 1 Z 9 öEU-VerschG). Nach Ansicht der Literatur sind die Nachweise bzw Erklärungen über die Sicherstellung der Gläubiger jedoch keine Anmeldevoraussetzung. Der Nachweis gem § 14 Abs 1 Z 9 öEU-VerschG kann vielmehr dem Firmenbuchgericht nachgereicht werden.⁹²⁾ Auch bei einer Exportverschmelzung aus Deutschland darf die Anmeldung bereits vor Ablauf der Zweimonatsfrist (§ 122j Abs 1 dUmwG) vorgenommen werden.⁹³⁾

Rechtmäßigkeitsbescheinigung

Anders als bei nationalen Verschmelzungen ist die grenzüberschreitende Verschmelzung zweistufig.⁹⁴⁾ Zunächst

ist die Verschmelzung beim Handelsregister bzw Firmenbuch der übertragenden Gesellschaft anzumelden. Nachdem das zuständige Gericht im Wegzugsstaat die Voraussetzungen für die Verschmelzung aus nationaler Sicht geprüft hat, erstellt es hierüber eine Rechtmäßigkeitsbescheinigung (§ 122k dUmwG bzw § 14 Abs 3 öEU-VerschG), die in Deutschland als „Verschmelzungsbescheinigung“ bezeichnet wird. Sodann erfolgt die Anmeldung beim Registergericht der übernehmenden Gesellschaft unter Vorlage dieser Bescheinigung, spätestens sechs Monate nach ihrer Ausstellung. Vollzogen und wirksam ist die grenzüberschreitende Verschmelzung mit ihrer Eintragung im Register der übernehmenden Gesellschaft (§ 122a Abs 2, § 20 dUmwG, ebenso § 3 Abs 3 öEU-VerschG, vgl Art 12 der Verschmelzungsrichtlinie).

Löschung

Im Fall der Exportverschmelzung aus Österreich ist abschließend ein Antrag an das österreichische Firmenbuch auf Löschung der übertragenden Gesellschaft und auf Eintragung der nunmehr bestehenden österreichischen Zweigniederlassung zu stellen.⁹⁵⁾ Bei einer Exportverschmelzung aus Deutschland erfolgt die Eintragung der Verschmelzung beim Handelsregister der übertragenden Gesellschaft von Amts wegen.⁹⁶⁾ Mit dieser Eintragung erlischt die übertragende Gesellschaft. Einer besonderen Löschung bedarf es gem § 20 Abs 1 Nr 2 S 2 dUmwG nicht.

Handels- und Gesellschaftsrecht (2009) Kap 18 RN 138 f.

95) § 14 Abs 5 S 1 öEU-VerschG.

96) § 19 Abs 2, § 20 Abs 1 Nr 2 S 2 dUmwG, § 122l Abs 3 dUmwG.

9. Empfehlungen für die Praxis

In Einzelfragen stößt man bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen immer wieder auf uneinheitliche nationale Vorschriften und Praxis der Registergerichte. Obwohl sich ein sehr großer Teil der grenzüberschreitenden Verschmelzungen im Verhältnis Deutschland-Österreich abspielt, sind Registerrichter in beiden Ländern nach wie vor relativ unerfahren auf diesem Gebiet. In besonderem Maße empfiehlt sich daher das Vorsichtsprinzip. Dies bedeutet bspw die Zuleitung des Verschmelzungsplans an die Arbeitnehmervertreter der deutschen Gesellschaft, die Befolgung der jeweils strengeren Formvorschrift in Kollisionsfällen und in den verbleibenden Einzelfragen stets die vorherige Absprache mit den beteiligten Registergerichten.

Die praktische Arbeit mit grenzüberschreitenden Verschmelzungen wird nicht zuletzt dadurch erleichtert, dass immer mehr Musterdokumente öffentlich über die elektronischen Register abrufbar sind.

Für ein grenzüberschreitendes Verschmelzungsverfahren zwischen Österreich und Deutschland sollte im einfachsten Szenario (reine Konzernverschmelzung, keine widersprechenden Minderheitsgesellschafter, keine Mitbestimmungsproblematik) ein Zeitraum von ca vier Monaten eingeplant werden, von der Fertigstellung der entsprechenden Dokumente bis zur Eintragung der Verschmelzung im Register der übernehmenden Gesellschaft. In komplexeren Fällen ist mit einem deutlich längeren Zeitraum zu rechnen.

92) Gasser/Hable, GeS 2009, 168 (172).

93) Mayer in Mayer/Widmann, Umwandlungsrecht, Losebl Sept 2007, § 122k dUmwG RN 31. Auch im deutschen Recht wird bei der Anmeldung der Verschmelzung differenziert, ob es sich um die wesentlichen Essentialia der Anmeldung oder lediglich um sonstige Unterlagen handelt. Nur die Essentialia (zB Verschmelzungsplan und Verschmelzungsbeschluss der Gesellschafter) müssen bereits im Zeitpunkt der Anmeldung vorliegen. Siehe Gasser/Hable, GeS 2009, 168 (172) und Fronhöfer in Mayer/Widmann, Umwandlungsrecht, Losebl Sept 2007, § 17 dUmwG RN 92.

94) Vgl zum Verfahren von Rechenberg, in Büchel/von Rechenberg, Handbuch des Fachanwalts



Der Autor:

Dr. Christopher Mader, LL.M. (San Diego) ist österreichischer und deutscher Rechtsanwalt. Seit 2009 arbeitet er bei Jones Day in München in den Bereichen International Mergers & Acquisitions und Private Equity und leitet dort Jones Day's Austrian Desk.

Publikationen des Autors:

„Ausgewählte Probleme der Legal Due Diligence“, in: KPMG (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions (zusammen mit Dr. Rainer Wachter, M.C.L.), 1. Aufl, 2007

„Zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts – Das europäische Gesellschaftsrecht nach SEVIC-Urteil und Verschmelzungsrichtlinie“, in: RWZ 2006, S 37 ff (Teil 1), 2006, S 71 ff (Teil 2)

„Veränderung der Preise“, in: Dieter Heller, PwC (Hrsg), EuroGuide, Frankfurt/M., 5. Aufl, 1999

RWZ online – Jetzt einsteigen auf rwz.lexisnexis.at

Nützen Sie die Vorteile der Zusatzinhalte und -funktionen sowie das Online-Archiv!

