

Internationale Umstrukturierungen – Einlagenrückgewähr, Firmenbuchverfahren, Kapitalentsperrung

Praxisfragen zur OGH-Entscheidung 6 Ob 226/09t

NORA ABURUMIEH/HEINRICH FOGLAR-DEINHARDSTEIN

Der OGH hat jüngst in seiner Entscheidung vom 15.4.2010, 6 Ob 226/09t,¹ einerseits einige wesentliche Aussagen zu Fragen der Kapitalerhaltung und der Kapitalentsperrung und zum Gläubigerschutz bei Verschmelzungen getroffen; andererseits spricht der OGH in dieser Entscheidung auch Rahmenbedingungen des Firmenbuchverfahrens an und betont verstärkte Mitwirkungspflichten der Parteien im Firmenbuchverfahren dort, wo es um die Ermittlung ausländischen Rechts geht. Gerade letztere Inpflichtnahme der Parteien kann – neben den Folgen für die antragstellenden Parteien bzw deren Organe – auch wesentliche Auswirkungen für die bei internationalen Sachverhalten tätig werdenden Berater haben. Der nachstehende Beitrag versucht, einige Kernaussagen des OGH in der oben zitierten Entscheidung aus Praxisperspektive näher zu beleuchten. Ausgehend vom nationalen Regelungsgefüge sollen insb Fragestellungen bei grenzübergreifenden Sachverhalten dargestellt werden. In der Entscheidung findet sich insgesamt eine Fülle interessanter Aussagen zu verschiedenen Themenbereichen des Gesellschaftsrechts, wobei sich der OGH nicht bloß auf Fragen des österreichischen Rechts beschränkt, sondern auch Aussagen zum Schweizer Recht trifft.

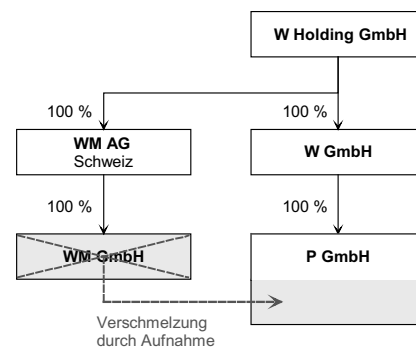
I. Grundfrage der OGH-Entscheidung:

§ 224 AktG – Unterbleiben der Anteilsgewähr

1. Maßgeblicher Ausgangssachverhalt

Wesentliche Fragestellung der OGH-Entscheidung vom 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, war jene der Zulässigkeit des Unterbleibens der Anteilsgewähr im Zuge der Verschmelzung zweier Enkelgesellschaften einer gemeinsamen Großmuttergesellschaft.

Auf die österreichische P. GmbH (Stammkapital: 500.000 Schilling, das entspricht 36.336,42 Euro) als übernehmende Gesellschaft sollte die österreichische W. M. GmbH (Stammkapital: 267.000 Euro) als übertragende Gesellschaft im Wege einer Verschmelzung durch Aufnahme verschmolzen werden. Die übernehmende P. GmbH steht im Alleineigentum der österreichischen W. GmbH, die wiederum von der österreichischen W. Holding GmbH gehalten wird. Die letztgenannte W. Holding GmbH ist auch die Großmutter der übertragenden W. M. GmbH. Zwischen der übertragenden W. M. GmbH und deren Großmuttergesellschaft W. Holding GmbH „hängt“ die Schweizer W. M. AG, die mit 100 % an der übertragenden Gesellschaft beteiligt ist. Abgesehen von der Muttergesellschaft der übertragenden Gesellschaft, der W. M. AG, welche ihren Sitz in der Schweiz hat, haben alle oben beschriebenen Gesellschaften ihren Sitz in Österreich.



Das Erstgericht und, diesem folgend, das Rekursgericht lehnten die Eintragung der Verschmelzung aufgrund eines Verstoßes gegen das (österreichische) Verbot der Einlagenrückgewähr ab. Demgegenüber entschied der OGH für die Zulässigkeit des gegenständlichen Verschmelzungsvorgangs, zumal im hier geschilderten Sachverhalt kein Verstoß gegen das (österreichische) Verbot der Einlagenrückgewähr vorlag, insb weil auf die hier betroffene und nach Ansicht der Unterinstanzen unzulässig „entreicherte“ W. M. AG nicht österreichische Kapitalerhaltungsvorschriften anzuwenden sind.

2. Grundkonzept des § 224 AktG

2.1. Verschmelzung gegen Anteilsgewähr

Das idealtypische Leitbild der Verschmelzung (bzw Spaltung) von Gesellschaften nach österreichischem Recht gestaltet sich als Vermögensübertragung (im Wege der Gesamtrechtsnachfolge) gegen Anteilsgewähr, dh, die Anteilsinhaber der über-

Dr. Nora Aburumieh und Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M. sind Rechtsanwälte in Wien und mit internationalen Umstrukturierungen befasst.

¹ GesRZ 2010, 276 (Winner/Obradović) = ZfRV-LS 2010/42 = ecollex 2010/283 = RdW 2010, 509 = GES 2010, 123 = WBI 2010/201 = NZ 2010/82; Wenger, Einzelverschmelzung: Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr erfordert hinreichenden „Österreichbezug“, RWZ 2010, 264.

tragenden Gesellschaft, welche durch die Verschmelzung ansonsten eine Vermögenseinbuße erleiden würden, erhalten nach dem gesetzlichen Grundkonzept als Ausgleich für das im Zuge der Verschmelzung übertragene Vermögen grundsätzlich Anteile an der übernehmenden Gesellschaft. § 219 AktG definiert die Verschmelzung als Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft oder mehrerer Gesellschaften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine andere bestehende oder neu zu gründende Gesellschaft gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft. Die Anteilsgewähr kann allenfalls mit baren Zuzahlungen der Gesellschaft in den Schranken des § 224 Abs 5 AktG kombiniert werden (maximal 10 % des Gesamtnennbetrags der gewährten Aktien der übernehmenden Gesellschaft).²

§ 224 AktG enthält die nachstehend dargestellten Ausnahmen (vgl Pkt I.2.2. bis I.2.5.), wann eine Anteilsgewähr nicht zulässig oder nicht erforderlich ist. In diesen Fällen erfolgt auch keine bare Zuzahlung iSd § 224 Abs 5 AktG.

2.2. Upstream-Verschmelzung

Gem § 224 Abs 1 Z 1 AktG muss eine Anteilsgewähr unterbleiben, soweit die übernehmende Gesellschaft Anteile der übertragenden Gesellschaft besitzt (*Upstream-Verschmelzung*), weil die übernehmende Gesellschaft Rechtsnachfolgerin der übertragenden Gesellschaft ist und in ihrer Person Umtauschberechtigung und Pflicht zur Gewährung von Anteilen zusammenfallen. Andernfalls würde sich die übernehmende Gesellschaft selbst Anteile gewähren.³ Eine Anteilsgewähr durch die übernehmende Gesellschaft ist weiters unzulässig (§ 224 Abs 1 Z 2 AktG), soweit eine übertragende Gesellschaft eigene Aktien besitzt. Eine Anteilsgewähr für eigene Aktien der übertragenden Gesellschaft scheidet aus, weil die übertragende Gesellschaft im Zuge der Verschmelzung untergeht und die übernehmende Gesellschaft als Rechtsnachfolgerin der übertragenden Gesellschaft sich selbst Aktien zu gewähren hätte. Eigene Aktien der übertragenden Gesellschaft gehen mit Wirksamkeit der Verschmelzung ersatzlos unter.⁴

2.3. Downstream-Verschmelzung

Sofern die übertragende Gesellschaft Anteile an der übernehmenden Gesellschaft besitzt (*Downstream-Verschmelzung*), sind diese gem § 224 Abs 3 AktG⁵ zur Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu verwenden.⁶

² Bei internationalen Sachverhalten können sich bereits hier Fragestellungen ergeben, nämlich wenn eine ausländische Rechtsordnung die Verschmelzung gegen Geld zulässt, dh, vom idealtypischen Bild „Vermögensübertragung gegen Anteilsgewähr“ abweicht; vgl dazu *Adensamer/Eckert*, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil I), GeS 2007, 95 (101); *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 701. Zur Möglichkeit weitergehender Zuzahlungen durch die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft bzw Dritte vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010) § 224 AktG Rz 24, 39.

³ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 9; *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG³ (2010) § 224 Rz 2 und 17; OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

⁴ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 12.

⁵ § 224 Abs 3 AktG ordnet dabei nicht die Pflicht zur Anteilsgewähr an, sondern setzt diese voraus und normiert, welche Anteile zu Abgeltung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft zu verwenden sind; vgl *Kalss*, Fragen zur Spaltung im Konzern, GesRZ 1998, 142 (142).

⁶ Neben der Anteilsauskehr gem § 224 Abs 3 AktG kann bei Vorhandensein noch weiterer Gesellschafter in der übernehmenden Gesellschaft (neben der übertragenden Gesellschaft) eine Kapitalerhöhung geboten sein, wenn die „durchgeschleusten“ Anteile noch nicht den Wert des übertragenen Vermögens abgelten; vgl *Saurer*, Aktienrechtliche Grenzen beim downstream-merger, NZ 1995, 169 (170 f, Beispiel 1); *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 31 und 33; *Kallmeyer in Kallmeyer*, UmwG⁴ (2010) § 54 Rz 11.

Die Anteile werden daher durch die übernehmende Gesellschaft „durchgeschleust“ und an die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft ausgekehrt. Der Erwerb durch die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft erfolgt unmittelbar und *ex lege*, was auch im Verschmelzungsvertrag (bei sonstiger Nichtigkeit) entsprechend vorzusehen ist (§ 220 Abs 2 Z 3 AktG).⁷ Zur *Downstream*-Abspaltung siehe unten Pkt I.2.5.

2.4. Verzicht auf die Anteilsgewähr

§ 224 Abs 2 Z 2 AktG ermöglicht den Verzicht der Aktionäre auf eine Anteilsgewähr. Ein solcher Verzicht ist jedoch nicht möglich, wenn er dazu eingesetzt werden soll, ein sonst unzulässiges Unterbleiben der Anteilsgewähr zu ermöglichen. Mit anderen Worten: Ist ein Unterbleiben der Anteilsgewähr gem § 224 Abs 2 Z 1 AktG (siehe sogleich) unzulässig, weil ansonsten gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen wird oder es zur Befreiung von Einlageverpflichtungen kommt, ist auch ein Verzicht auf die Anteilsgewähr unzulässig.⁸

2.5. Sidestream-Verschmelzung

Schließlich behandelt das Gesetz auch Schwesternverschmelzungen (*Sidestream-Verschmelzungen*), bei denen ein – beschränktes – Wahlrecht besteht: Gem § 224 Abs 2 Z 1 AktG darf die übernehmende Gesellschaft von der Gewährung von Anteilen absehen, soweit die Gesellschafter sowohl an der übernehmenden als auch an der übertragenden Gesellschaft im gleichen Verhältnis unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind. In diesen Fällen ist jedoch ein Unterbleiben der Anteilsgewähr unzulässig, wenn dies 1.) dem Verbot der Rückgewähr der Einlagen oder 2.) dem Verbot der Befreiung von Einlageverpflichtungen widerspricht.

§ 224 Abs 2 Z 1 AktG (und natürlich auch die Verzichtsmöglichkeit des § 224 Abs 2 Z 2 AktG) kann auch bei *Downstream*-Abspaltungen zur Aufnahme (dh iVm § 17 Z 5 SpaltG) als Grundlage für das Unterbleiben einer Anteilsgewähr herangezogen werden. § 224 Abs 3 AktG passt hier nicht vollständig, da die übertragende Gesellschaft bei der Abspaltung zur Aufnahme bestehen bleibt (anderes gilt nur für Abspaltungen) und die Anteile daher nicht iS dieser Bestimmung „frei“ werden.⁹ Da auch bei der Abspaltung auf eine Tochter- oder Enkelgesellschaft der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft auch an der übernehmenden Gesellschaft mittelbar im selben Verhältnis beteiligt ist, kann § 224 Abs 2 Z 1 AktG herangezogen werden. Eine Einlagenrückgewähr scheidet aufgrund der Vermögensübertragung „nach unten“ hier regelmäßig aus.¹⁰

2.5.1. Ein Verstoß gegen das Verbot der Rückgewähr von Einlagen iSv § 224 Abs 2 Z 1 AktG muss durch das Unterbleiben der Anteilsgewähr verwirklicht sein.¹¹ Wird durch die Ver-

⁷ Vgl dazu *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 32; *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG³, § 224 Rz 20; OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b. Zur „Anteilsauskehr“ vgl etwa auch *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 629 (zum früheren § 226 Abs 2 AktG); *ders*, Umgründungssteuergesetz: Allgemeine Grundlagen – Verschmelzung, *ecolex* 1991, 802 (807 FN 33).

⁸ *Schindler/Brix in Straube*, GmbHG, § 101 Rz 10; OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t.

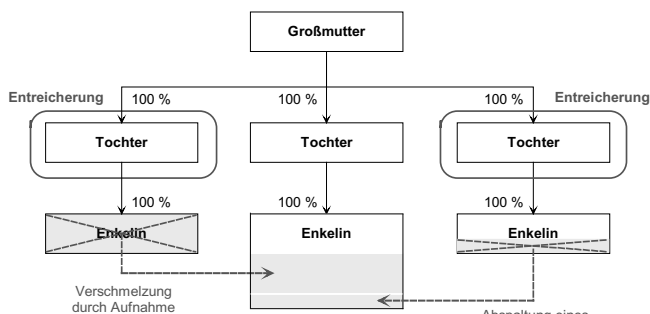
⁹ *Kalss*, GesRZ 1998, 142 und 143.

¹⁰ *Kalss*, GesRZ 1998, 143.

¹¹ Vgl den Wortlaut von § 224 Abs 2 Z 1 AktG: „... es sei denn, dass dies dem Verbot der Rückgewähr der Einlagen widerspricht“; vgl dazu die Fallkonstellationen bei *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 229.

schmelzung sonst gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz bzw Gläubigerschutzprinzipien verstoßen, unterfällt dies nicht § 224 Abs 2 Z 1 AktG, jedoch muss die Verschmelzung diesfalls unter Umständen nach allgemeinen Grundsätzen des Gläubigerschutzes unterbleiben, zB wenn die fusionierte Gesellschaft überschuldet ist.¹² In diesen Fällen ist jedoch zu prüfen, ob durch entsprechende Ausgleichsmaßnahmen die Zulässigkeit der Verschmelzung begründet werden kann. Festzuhalten ist dabei, dass die Rspr grundsätzlich davon ausgeht, dass ein Umgründungsvorgang nicht unbedingt zu einer Verbesserung der Situation der Gläubiger führen müsse und dass es keinen allgemeinen Grundsatz gäbe, dass überschuldete Gesellschaften nicht übertragen oder eingebracht werden könnten.¹³

Ein iSv § 224 Abs 2 Z 1 AktG maßgeblicher Verstoß gegen das Verbot der Rückgewähr von Einlagen (dh ein durch das Unterbleiben der Anteilsgewähr verwirklichter Verstoß) liegt iZm einer Schwesternverschmelzung (oder -spaltung) dann vor, wenn ein „Tochtergesellschaften-Ast“ zulasten des anderen „Tochtergesellschaften-Astes“ entreichert wird.



Wird daher eine Enkelgesellschaft ohne Anteilsgewähr und ohne sonstige Ausgleichsmaßnahmen (siehe dazu sogleich) auf eine Enkelgesellschaft in der Seitenlinie oder auf eine Schwestergesellschaft ihrer Mutter („Tante“) verschmolzen (oder ein Vermögensteil auf eine solche Gesellschaft abgespalten), so führt dies zu einer Beeinträchtigung der Vermögenssituation der Mutter der übertragenden Gesellschaft; diese erhält keinen Vermögensausgleich für das abgehende Vermögen.¹⁴

Auf Ebene der Großmuttergesellschaft stellt sich jedoch die Vermögensverschiebung als neutraler Vorgang dar. Die Mutter der übertragenden Gesellschaft wird daher zugunsten ihres Gesellschafters entreichert, worin ein Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot zu erblicken ist.¹⁵ Derartige Konstellationen werden durch den konzernrechtlichen Zusammenhang an sich nicht gerechtfertigt.¹⁶

In der Literatur sind die nachstehend angeführten Ausgleichsmaßnahmen zur Vermeidung einer Einlagenrückgewähr anerkannt;¹⁷ freilich sind die Maßnahmen nicht erforderlich, wenn eine Anteilsgewähr erfolgt (Letzteres ist aber nicht immer erwünscht,¹⁸ insb wenn es um die „Entflechtung“ von Gesellschaftsverhältnissen geht): Ausgleich durch Ausschüttung des Wertabgangs durch den Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft an die Großmutter (dies ist nur zum Bilanzstichtag und nur bei Ausweis eines entsprechend ausschüttbaren Bilanzgewinns möglich); Durchführung einer (Sach-)Kapitalherabsetzung beim Gesellschafter (unter Einhaltung der entsprechenden Gläubigerschutzfristen); Vereinbarung eines Gesellschaftereinschusses durch die Großmuttergesellschaft an den Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft (dies setzt die Werthaltigkeit der Zuschussforderung unter Berücksichtigung der Bonität der Großmuttergesellschaft voraus) oder Gewährung wertäquivalenter Anteile an der Schwestergesellschaft durch die Großmuttergesellschaft (dies kann bei Entflechtungsbestrebungen wiederum unerwünscht sein).¹⁹

2.5.2. Wie erwähnt, scheidet das Wahlrecht zum Unterlassen der Anteilsgewähr nach der gesetzlichen Regelung auch dann aus, wenn dieses Unterbleiben zu einer Befreiung von Einlageverpflichtungen führen würde. Diese klarstellende Regelung hat den Zweck, für jene Fälle, in denen die Einlagen auf die Anteile im Zeitpunkt der Verschmelzung noch nicht zur Gänze geleistet sind, eine Umgehung des Verbots des § 60 AktG (§ 63 Abs 3 GmbHG) auszuschließen. Der Anspruch auf Restzahlung der noch offenen Einlagen bei der übertragenden

¹² Vgl zu Schwesternverschmelzungen etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 82 Rz 17 f; OGH 26.6.2003, 6 Ob 70/03t, GesRZ 2003, 287; 26.8.2004, 6 Ob 165/04i, 6 Ob 166/04m, ecolex 2005/58 (überschuldete übernehmende Gesellschaft); OLG Wien 30.5.2007, 28 R 16/07i, 16 R 15/07t, GesRZ 2007, 425 (*Piringer/Hochedlinger*) (Zulässigkeit der Verschmelzung auf eine überschuldete Gesellschaft, wenn der Gewinn der übertragenden Gesellschaft ausreicht, um die Verbindlichkeiten beider Gesellschaften abzudecken); 15.11.2004, 28 R 111/04f, 28 R 112/04b, NZ 2005/75 (bloß grundsätzliches Erfordernis der Übertragung eines positiven Verkehrswerts, Möglichkeit von Begleitmaßnahmen bei negativem Verkehrswert der übertragenden Gesellschaft). Vgl auch den Überblick bei *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 57 ff.

¹³ OGH 7.11.2007, 6 Ob 235/07p, 6 Ob 236/07k, GesRZ 2008, 100 (*Umlaufi*); OLG Wien 18.2.2004, 28 R 409/03b, GesRZ 2004, 201 (beide Entscheidungen ergingen zu errichtenden Umwandlungen); vgl dazu auch *Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbHG, § 82 Rz 141 (mit Hinweis, dass die aus der Umgründung hervorgehende Gesellschaft nicht insolvenzrechtlich überschuldet oder zahlungsunfähig sein darf). Vgl zu dahingehenden insolvenzrechtlichen Fragestellungen *Rebernik/Schmidberger*, Zum Vorrang des Anfechtungsrechts gegenüber den Regeln der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, ZIK 2010, 162 (163 f).

¹⁴ Zu problematischen Fallgestaltungen vgl *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung, 230 ff (Verschmelzung) und 331 f (Spaltung); *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 703; vgl allgemein *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 224 Rz 19 mwN; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 21. Zur Verschmelzung einer Enkelgesellschaft auf die Großmutter *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung, 232 f (siehe auch unten FN 18 und 21).

¹⁵ Vgl dazu *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung, 231 (zur Verschmelzung) und 331 (zur Spaltung).

¹⁶ OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, Pkt 5.2.; dazu ausführlicher *Micheler*, Einlagenrückgewähr durch Verschmelzung im Konzern – § 224 AktG neu, RdW 1993, 357 (359 f).

¹⁷ Das Firmenbuchgericht hat diese Ausgleichsmaßnahmen zu prüfen; vgl dazu *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² (2010) § 15 FBG Rz 48.

¹⁸ Eine Anteilsgewähr wäre darüber hinaus bei der Verschmelzung einer Enkelgesellschaft auf die Großmutter nach Auffassung eines Teils der Lehre grundsätzlich unzulässig, sodass zur Vermeidung einer „Entreichering“ bloß sonstige Ausgleichsmaßnahmen, nicht aber eine Anteilsgewähr, in Frage kommen; vgl dazu *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung, 232 f; *Ch. Nowotny*, Umgründungen (Fusion/Spaltung) auf den Alleingesellschafter, RdW 1998, 445 (446); *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung (2008) 40; anders aber *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 10 (wobei die Anteilsgewähr zu einer wechselseitigen Beteiligung führt, die nur in Grenzen zulässig ist).

¹⁹ Vgl zu diesen Ausgleichsmaßnahmen *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 22; *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung, 231 f; *Micheler*, RdW 1993, 360 f; *Schindler/Brix* in *Straube*, GmbHG, § 101 Rz 9; OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t. *Schwarzinger/Wiesner* (Umgründungssteuer-Leitfaden I² [1997] 103) vertreten die Ansicht, dass als Alternative einer tatsächlichen Einlage in Höhe des Verkehrswerts der fusionsbedingt wegfallenden Beteiligung (wertausgleichender Gesellschaftereinschuss) ein klagbares wertausgleichendes Einlageversprechen (Zuschussverpflichtung) in Höhe des Verkehrswerts der wegfallenden Beteiligung denkbar sei, das angemessen verzinst wird. *Reich-Rohrwig* (Kapitalerhaltung, 232) hält dies nur für zulässig, wenn die Voraussetzungen einer Kreditgewährung an den Gesellschafter erfüllt sind. Zur Kreditgewährung an Gesellschafter vgl etwa *Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbHG, § 82 Rz 103 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 82 Rz 17b mit (ablehnendem) Hinweis auf BGH 24.11.2003, II ZR 171/01, ZIP 2004, 263; demgegenüber weniger streng BGH 1.12.2008, II ZR 102/07, GmbHR 2009, 199 (insb auch vor dem Hintergrund des MoMiG; vgl dazu § 57 Abs 1 Satz 2 dAktG und § 30 Abs 1 Satz 2 dGmbHG).

Gesellschaft geht zwar an sich ohnedies im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft über; dies ist jedoch durch Fortsetzung der untergehenden Anteile bei der übernehmenden Gesellschaft umzusetzen. Die übernehmende Gesellschaft hat entsprechend neue Anteile auszugeben, die mit dem Restzahlungsanspruch zu belasten sind.²⁰

2.6. Maßgeblicher Zeitpunkt

Für die Beurteilung, ob Anteilsbesitz iSd § 224 Abs 1 und 3 AktG vorliegt, sind grundsätzlich nur direkte oder über einen Treuhänder gehaltene Anteile relevant; Anteilsbesitz einer Tochtergesellschaft bleibt – anders als bei § 224 Abs 2 Z 1 AktG – grundsätzlich außer Betracht (§ 224 Abs 4 AktG *e contrario*).²¹

UE ist für die Frage des (direkten) Anteilsbesitzes auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung durch Eintragung ins Firmenbuch abzustellen.²² Dass die Beteiligungskonstellation etwa im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder der Beschlussfassung noch nicht besteht, ist für die Anwendung der Regelungen des § 224 AktG uE nicht hinderlich.

Dies kann etwa im Rahmen von sog „Kettenumgründungen“ (Verknüpfung von mehreren Umgründungen) von praktischer Relevanz sein, wenn der fraglichen Verschmelzung eine andere Umgründung logisch vorgelagert ist und diese vorgelagerte Umgründung zu einer Veränderung der (unmittelbaren) Anteilsinhaberstruktur in einer an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft führt.

In einem solchen Fall ist in der Firmenbuchpraxis anerkannt, dass die nachgelagerte Verschmelzung schon zeitgleich (parallel) zur vorgelagerten Umgründung vorbereitet und beschlossen werden kann,²³ wobei die beiden Umgründungen in den jeweiligen Dokumentationen wechselseitig und antizipierend zu berücksichtigen sind. Die logisch nachgelagerte Umgründung sollte mit der Wirksamkeit der logisch vorgelagerten Umgründung aufschiebend bedingt werden.²⁴ Wegen der Verknüpfung durch die aufschiebende Bedingung kann die zweite Umgründung erst nach Wirksamwerden der ersten Umgründung ins Firmenbuch eingetragen werden. Sollte erst die Wirksamkeit der ersten Umgründung eine Beteiligungskonstellation iSd § 224 Abs 1 oder 3 AktG herbeiführen, so wäre dies – durch das „verzögerte“ Wirksamwerden der zweiten Umgründung – für die Anwendbarkeit des § 224 AktG auf die nachgelagerte Verschmelzung ausreichend.²⁵

3. § 224 AktG im grenzüberschreitenden Bereich

3.1. OGH-Entscheidung

Im Ausgangssachverhalt der oben zitierten Entscheidung hat der OGH das Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr nach österreichischem Recht verneint, weil die „entreicherte“ Muttergesellschaft der übertragenden Gesellschaft Schweizer Recht unterlag und damit nach (uE im Ergebnis richtiger) Ansicht des OGH – trotz der am Verschmelzungsvorgang mittelbar (als Großmuttergesellschaft) bzw unmittelbar (als übertragende bzw übernehmende) beteiligten Gesellschaften – kein ausreichender „Österreichbezug“ vorlag. Auch nach Schweizer Recht war von der Zulässigkeit der Verschmelzung auszugehen.²⁶

Nach Auffassung des OGH ist § 224 Abs 2 AktG nicht als genereller Verweis auf österreichisches Kapitalerhaltungsrecht zu verstehen. Der in § 224 Abs 2 AktG liegende kollisionsrechtliche Verweisungsgehalt²⁷ ist nach Ansicht des OGH auf den dem Gesetzgeber zweifellos vorschwebenden „Normalfall“ der Beteiligung österreichischer Gesellschaften bzw allenfalls ausländischer Gesellschaften mit einem gewissen „Österreichbezug“ zu reduzieren.²⁸ Demnach sei es – so der OGH – grundsätzlich ausschließlich Sache des auf die übertragende Kapitalgesellschaft jeweils anwendbaren nationalen Rechts, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen die Gewährung einer Beteiligung an der übernehmenden österreichischen Kapitalgesellschaft an die Gesellschafter der untergehenden Gesellschaft unterbleiben kann.²⁹ Ein ausreichender „Österreichbezug“ ergibt sich bspw in dem in der OGH-Entscheidung vom 15.4.2010 genannten Fall³⁰ einer grenzüberschreitenden Importverschmelzung (Verschmelzung aus dem Ausland auf eine österreichische Gesellschaft), bei wel-

der betreffenden (zweiten) Verschmelzung abzustellen. Grundsätzlich kommt es zwar für das Vorliegen von Eintragungsvoraussetzungen nicht auf den Zeitpunkt der Firmenbucheintragung, sondern jenen der Firmenbuchanmeldung an (vgl OLG Wien 18.2.2004, 28 R 391/03f, GesRZ 2004, 204 [207]; OGH 24.6.2010, 6 Ob 108/09i). UE muss jedoch bei der Verknüpfung von mehreren Umstrukturierungsschritten mit der Anmeldung des logisch nachfolgenden Schritts nicht bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung des Wirksamwerdens des vorgelagerten Schritts abgewartet werden, sofern sichergestellt ist, dass der Antragsteller die Erfüllung der aufschiebenden Bedingung nicht mehr in der Hand hat, dh, die logisch vorgelagerte Maßnahme bereits zur Eintragung beim Firmenbuch angemeldet hat, sodass die Erfüllung der aufschiebenden Bedingung dann außerhalb des „Machtbereichs“ des Antragstellers in der alleinigen Sphäre des Firmenbuchgerichts liegt. Diesfalls müsste der Firmenbuchrichter mit seiner Entscheidung über die zweite Umgründungsmaßnahme jedenfalls abwarten, bis die erste Umgründungsmaßnahme im Firmenbuch eingetragen ist – den Antragsteller trifft wohl eine entsprechende Informationsobliegenheit. Führt die gegenständliche Maßnahme im Zeitpunkt ihrer Eintragung zu keinem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, ist diese zuzulassen, sofern auch alle anderen Eintragungsvoraussetzungen erfüllt sind. Diese Überlegungen können etwa auch für die Fristwahrung gem § 220 Abs 3 AktG relevant sein, wofür uE die aufschiebende Bedingung – das ist die Wirksamkeit des vorgelagerten Umstrukturierungsschritts – noch nicht erfüllt zu sein braucht (dh, eine fristwahrende Anmeldung beim Firmenbuch ist auch dann möglich, wenn im Zeitpunkt der Anmeldung die aufschiebende Bedingung noch nicht erfüllt ist). Vgl dazu D. Mayer, Zweifelsfragen bei der Durchführung von Mehrfach- und Kettenumwandlungen, in FS Spiegelberger (2009) 833 (839); Schwenn, Kettenverschmelzungen bei Konzernsachverhalten, Der Konzern 2007, 173 (179) mit Hinweis auf die abweichende Ansicht (= Bedingungseintritt bis zum Ablauf der nach deutschem Recht vorgesehenen Achtmonatsfrist) von Heckschen in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 7 Rz 15 (zitiert nach Schwenn, aaO).

²⁶ Vgl OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, Pkt 7.1. ff.

²⁷ Kritisch zu dieser Annahme des OGH Winner/Obradović, GesRZ 2010, 280.

²⁸ Vgl OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, Pkt 6.1.

²⁹ Vgl OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, Pkt 6.1. unter Hinweis auf St. Frotz in St. Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2008) § 3 Rz 19. Demgegenüber ist bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen für die Anteilsgewähr als solche (Schaffung der Anteile, idZ zu beachtende Grundsätze der Kapitalaufbringung) das Recht der übernehmenden Gesellschaft maßgeblich; vgl ausführlich zu Fragen der Anteilsgewähr bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht, 699 ff; Adensamer/Eckert, GeS 2007, 101 ff.

³⁰ Vgl OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, Pkt 6.2.; siehe auch St. Frotz in St. Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, § 3 Rz 3.

²⁰ Hügel, Verschmelzung und Einbringung, 665; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 96 Rz 9; Schindler/Brix in Straube, GmbHG, § 101 Rz 9; Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 23; ablehnend Stern, GmbH-Verschmelzung und nicht voll eingezahlte Geschäftsanteile, RdW 1998, 178.

²¹ Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 10, 13, 34; Szep in Jabornegg/Strasser, AktG³, § 224 Rz 22. Zur Frage, ob dennoch bei einer Verschmelzung einer Enkelin auf die Großmutter eine Anteilsgewähr unzulässig ist, vgl schon oben FN 14 und 18; zur Verschmelzung der Großmutter auf die Enkelin vgl Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 34.

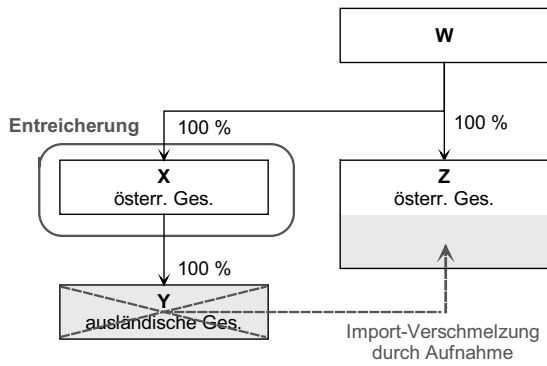
²² Vgl Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 9; Kallmeyer in Kallmeyer, UmwG⁴, § 54 Rz 6; Winter in Lutter/Winter, UmwG⁴ (2009) § 54 Rz 44; Reichert in Semler/Stengel, UmwG² (2007) § 54 Rz 48; Diekmann in Semler/Stengel, UmwG², § 68 Rz 7; Simon in Heckschen/Simon, Umwandlungsrecht (2002) § 5 Rz 114 ff.

²³ Zur Zulässigkeit dieser Vorgangsweise vgl Kalls/Eckert, Die Kombination mehrerer Umgründungsschritte, GeS 2005, 4 und 48, insb die Zusammenfassung auf S 69: Es ist grundsätzlich nicht notwendig, die Eintragung des ersten (logisch vorgelagerten) Schritts abzuwarten, bevor mit der Beschlussvorbereitung für den zweiten (logisch nachgelagerten) Schritt begonnen werden kann.

²⁴ Der Eintritt der Bedingung kann ohne Weiteres durch Firmenbuchauszug nachgewiesen werden; die Bedingung ist daher uE unbedenklich; vgl Zimmermann in Kallmeyer, UmwG⁴, § 13 Rz 8; vgl auch Kalls/Eckert, GeS 2005, 10.

²⁵ Ebenso wäre uE für die Beurteilung der Anwendbarkeit des § 224 Abs 2 AktG und die Frage einer verbotenen Einlagenrückgewähr auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens

cher einziger Gesellschafter der übertragenden ausländischen Kapitalgesellschaft eine österreichische Kapitalgesellschaft ist, deren Muttergesellschaft wiederum die gesamten Anteile an der übernehmenden österreichischen Gesellschaft hält.



Hier würde das Unterbleiben der Gewährung von Anteilen auf der Ebene der österreichischen Schwestergesellschaft der übernehmenden Gesellschaft zu einem österreichischem Recht unterliegenden Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr führen.³¹

Ausdrücklich nicht abschließend beurteilen möchte der OGH in seiner Entscheidung die Frage, ob sich dieser „Österreichbezug“ nur daraus ergeben kann, dass sich der Sitz eines Gesellschafters³² in Österreich befindet, oder ob auch andere Bezugspunkte zur Anwendung österreichischen Kapitalerhaltungsrechts idS in § 1 Abs 1 IPRG angesprochenen Grundsatzes der stärksten Beziehung führen können. Im entscheidungswesentlichen Sachverhalt reichte als Bezugspunkt bei Verschmelzung zweier österreichischer Gesellschaften jedenfalls nicht das Vorliegen einer österreichischen Großmuttergesellschaft aus, zumal sich der konkret zu beurteilende Verschmelzungsvorgang auf Ebene der Großmuttergesellschaft als vermögensneutral³³ darstellte.³⁴

³¹ Fraglich ist uE in dieser Konstellation, ob es bei dieser Beurteilung des Weges über § 224 Abs 2 AktG und dessen kollisionsrechtlicher Beurteilung bedarf. Denn auf die „entreicherte“ österreichische Muttergesellschaft kommt zweifelsfrei österreichisches Recht (§§ 10, 12 IPRG) zur Anwendung, auch wenn die im Zuge des Verschmelzungsvorgangs übertragende Gesellschaft einem ausländischen Statut unterliegt; wird im Zuge einer EU-Verschmelzung unter Anwendung des EU-VerschG die (ausländische) Tochtergesellschaft auf eine (österreichische) Schwestergesellschaft (der Muttergesellschaft der übertragenden Gesellschaft) verschmolzen, ohne dass die (österreichische) Muttergesellschaft der übertragenden Gesellschaft dafür einen Ausgleich erhält, wird ein Verstoß gegen das durch § 52 AktG bzw § 82 GmbHG vorgegebene Verbot der Einlagenrückgewähr verwirklicht; uE bedarf es hier nicht unbedingt des Rückgriffs auf § 224 Abs 2 AktG, denn die Vorgaben des § 52 AktG bzw § 82 GmbHG wären ohnedies vom Firmenbuch von Amts wegen zu prüfen und hier uE zu beachten (vgl allgemein etwa *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB I, § 15 FBG Rz 13 und 48; zur Beachtung von § 224 Abs 2 AktG in der Fallvariante der Einlagenrückgewähr bei Importverschmelzungen vgl *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 705). Daneben sind Fälle denkbar, wo die Berücksichtigung österreichischen Rechts gar nicht so evident auf der Hand liegt, etwa bei Verschmelzung zweier ausländischer Gesellschaften mit einem österreichischen Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft (dessen Gesellschafter wiederum unmittelbar oder mittelbar an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt ist); auf einen solchen Verschmelzungsvorgang ist grundsätzlich fremdes Recht anzuwenden, die Anwendung von § 224 Abs 2 AktG (wohl aber auch von § 52 AktG bzw § 82 GmbHG) scheint hier (zumindest praktisch betrachtet, da an der Registrierung der Verschmelzung bloß ausländische Registergerichte beteiligt sind) nicht naheliegend. Aber auch diesfalls würde eine Verschmelzung ohne Wertausgleich des Vermögensabgangs bei der österreichischen Gesellschaft einen Verstoß gegen das österreichische Einlagenrückgewährverbot verwirklichen.

³² Bei der Beurteilung nach § 224 Abs 2 AktG kommt es auf den Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft und nicht die übertragende Gesellschaft selbst an; vgl dazu auch *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 703.

³³ Das Vermögen der Großmuttergesellschaft blieb vor und nach der Durchführung der Verschmelzung unverändert, da sich die gegenständliche Verschmelzung aus Sicht der Großmuttergesellschaft „bloß“ als „Umhängung“ von einem Konzern-Ast auf den anderen darstellte; somit hatte dieser Vorgang auch keine Auswirkung auf die Gläubiger der Großmuttergesellschaft.

³⁴ Vgl OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, Pkt 6.3. Anders könnte sich uE die Beurteilung darstellen, wenn zwischen der W. M. AG und der W. Holding GmbH noch eine öster-

3.2. Stellungnahme

Der OGH scheint es überraschenderweise für grundsätzlich möglich zu halten, dass bei ausreichend ausgeprägtem „Österreichbezug“ österreichisches Kapitalerhaltungsrecht auch auf Gesellschaften ohne Sitz in Österreich anzuwenden sein könnte.³⁵ Selbst bei Zugrundelegung dieser durchaus diskussionswürdigen Ansicht gibt es uE jedenfalls keine „Pauschalösung“ zur Beurteilung eines ausreichenden „Österreichbezugs“, sondern stellt dies eine Einzelfallentscheidung vor dem Hintergrund des konkreten Vorgangs dar. Schwierig zu lösen ist die Frage, welche Elemente einen ausreichenden „Österreichbezug“ vermitteln können und ob ein solcher nur bei Umstrukturierungen, dh insb im Anwendungsbereich von § 224 Abs 2 AktG, oder generell im Bereich der Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 52 AktG; § 82 GmbHG) zu beachten wäre. Immerhin geht es bei der Beurteilung dieser Frage auch um die mögliche Durchbrechung des sonst auf eine Kapitalgesellschaft anzuwendenden Personalstatuts; dies eröffnet schwierige Fragen des IPR.³⁶

Der OGH nimmt in der gegenständlichen Entscheidung auf den in § 1 Abs 1 IPRG statuierten Grundsatz der „stärksten Beziehung“ Bezug. Im Rahmen der „stärksten Beziehung“ können auch die beteiligten Interessen bewertet und in die kollisionsrechtliche Betrachtung einbezogen werden; dies kann etwa auch zu einer inhaltlichen Wertung der beteiligten Rechte führen, sodass bspw auch der Gedanke des Schutzes schwächerer Beteiligter zu einer entsprechenden Anknüpfung führen könnte.³⁷

Gegenständiglich könnte etwa erwogen werden, Gläubigerinteressen als idS maßgebliche Anknüpfungspunkte zu betrachten. Zu überlegen wäre etwa, bei bloßer „Zwischenschaltung“ einer ausländischen Gesellschaft zur Umgehung österreichischen Kapitalerhaltungsrechts – unter dem Gesichtspunkt der Verhinderung von Umgehungen und Missbräuchen – österreichisches Kapitalerhaltungsrecht zur Anwendung zu bringen. Hier könnte bspw an Fälle gedacht werden, wo Vermögen aus einer österreichischen Gesellschaft in eine (eigens gegründete) ausländische Tochtergesellschaft ausgelagert wird, um dieses sodann „günstig“ an die Großmuttergesellschaft zu übertragen – ein „zu billiges“ Verschieben an den Gesellschafter direkt aus der österreichischen Gesellschaft heraus (und ohne Durchführung einer entsprechenden Gewinnausschüttung) wäre aufgrund des strengen Kapitalerhaltungsgrundsatzes nicht durchführbar; nimmt man die vorherige Verschiebung in die ausländische Tochter in Kauf, wäre dies aber unter Umständen (abhängig vom grundsätzlich auf die Tochter anzuwendenden Recht) an sich zulässig. UE wäre es in derartigen Fällen zumindest eine Überlegung wert (ohne hier eine abschließende Lösung oder eine tiefgreifende Auseinandersetzung mit dieser Thematik bieten zu können), auf die strengeren Prinzipien des österreichischen Rechts zurückzugreifen, insb

reische Kapitalgesellschaft zwischengeschaltet wäre – hier wäre ohne Anteilsge-
währ an die W. M. AG deren österreichische Mutter entreichert.

³⁵ Kritisch dazu *Winner/Obradović*, GesRZ 2010, 280.

³⁶ Vgl zum Verbot der Einlagenrückgewähr und IPRG *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Leitner*, Handbuch versteckte Gewinnausschüttung (2010) 9 (41 ff).

³⁷ Vgl *Verschraegen in Rummel*, ABGB³, § 1 IPRG Rz 3 mit Hinweis auf die EB zu § 1 IPRG.

wenn es sich bei der ausländischen Tochter um eine reine Hülle ohne eigenständige operative Tätigkeit außerhalb Österreichs und im Alleineigentum oder zumindest im ungetriebenen Einflussbereich der österreichischen Mutter handelt.³⁸ UE wäre eine solche „Öffnung“ des Anwendungsbereichs österreichischen Kapitalerhaltungsrechts aber nur in Ausnahmefällen³⁹ und nur äußerst eingeschränkt denkbar, nämlich ausschließlich dort, wo es um reine Umgehungs-sachverhalte/Missbrauchsfälle geht.⁴⁰

II. Verstärkte Mitwirkungspflicht der Parteien im Firmenbuchverfahren zur Vermeidung der Anwendung des österreichischen Rechts gem § 4 Abs 2 IPRG

1. Grundaussagen der OGH-Entscheidung

Der OGH prüft in der Entscheidung vom 15.4.2010 mangels ausreichenden „Österreichbezugs“ nicht die Anwendung österreichischer Kapitalerhaltungsgrundsätze, jedoch jene des Schweizer Rechts. Dies folgt aus der vom OGH vorgenommenen Einordnung von § 224 Abs 2 AktG als „versteckte Kollisionsnorm“.⁴¹ Die vom OGH in der gegenständlichen Entscheidung vertretene Rechtsansicht kann dazu führen, dass das Firmenbuchgericht im Zuge einer (auch nationalen) Verschmelzung teilweise auch ausländisches Recht zu prüfen und anzuwenden hat.

Fraglich ist, ob dies wirklich dem eigentlichen Anliegen des § 224 Abs 2 AktG entspricht, ganz abgesehen davon, dass dies nicht zuletzt österreichische Firmenbuchgerichte vor entsprechende praktische Schwierigkeiten stellen könnte.⁴²

Der OGH sieht die Lösung in § 4 Abs 2 IPRG:⁴³ Kurz gefasst sei nach § 4 Abs 1 IPRG das fremde Recht grundsätzlich von Amts wegen zu ermitteln; da aber das Firmenbuchverfahren „in der Regel“ als einseitiges Urkundenverfahren ausgestaltet sei, könne hier auf die Rechtsprechung zum (nach Ansicht des OGH vergleichbaren) Grundbuchverfahren zurückgegriffen werden,⁴⁴ wonach zeitaufwendige Versuche, das fremde Recht festzustellen, auszuscheiden haben, zumal alleine aufgrund der vorgelegten Urkunden zu entscheiden sei. Eigene Maßnahmen des Firmenbuchgerichts zur Ermittlung des ausländischen Rechts seien aber nur dann erforderlich, wenn sie eine rechtzeitige Klärung des ausländischen Rechts mit vertretbarem Aufwand und unter Berücksichtigung der typischerweise gegebenen besonderen Dringlichkeit des Firmenbuchverfahrens ermöglichen. Andernfalls greife eine verstärkte Mitwirkungspflicht der Parteien; kommen die Parteien dieser Verpflichtung nicht nach, käme es gem § 4 Abs 2 IPRG zur subsidiären Heranziehung österreichischen Rechts.

³⁸ Der Weg dorthin könnte über eine Prüfung des Sachverhalts aus dem Blickwinkel der österreichischen Gesellschaft nach österreichischem Recht erfolgen; gleichsam würde dies zu einem Durchblicken durch die „zwischen geschaltete“ – zwecks Mediatisierung „künstlich“ geschaffene – Ebene der abhängigen ausländischen Tochtergesellschaft führen, um die Anwendbarkeit österreichischer Gläubigerschutznormen auf den Transfer der Assets der österreichischen Mutter sicherzustellen. Österreichisches Kapitalerhaltungsrecht würde hier nicht auf die ausländische substanzlose Hülle angewendet, sondern auf die österreichische Mutter der „transparenten“ Tochter.

³⁹ Grundsätzlich kommt § 1 Abs 1 IPRG (bloße) Lückenfüllungsfunktion zu („Subsidiaritätsgebot“); vgl *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB³, § 1 IPRG Rz 2; *Neumayr* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ (2010) § 1 IPRG Rz 4.

⁴⁰ Vgl zur Frage der Qualifikation der Kapitalerhaltungsregeln als Eingriffsnormen *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 262 ff und 284 ff.

⁴¹ *Wimmer/Obradović*, GesRZ 2010, 280.

⁴² Kritisch *Wimmer/Obradović*, GesRZ 2010, 281.

⁴³ Vgl OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, Pkt 9.1. bis 9.3.

⁴⁴ Vgl RIS-Justiz RS0060532.

2. Verstärkte Mitwirkungspflicht im Firmenbuchverfahren – Fallgestaltungen, Reichweite und Verfahrensablauf

2.1. Mögliche Fallgestaltungen

Berührungspunkte zum ausländischen Recht können sich im Firmenbuchverfahren auf mannigfache Weise ergeben. Wie die OGH-Entscheidung zeigt, können Fragen des ausländischen Rechts auch bei augenscheinlich „rein nationalen“ Sachverhalten (eine österreichische wird auf eine andere österreichische Gesellschaft verschmolzen) schlagend werden. Hier ergibt sich der Auslandsbezug oft aus der Beteiligung eines ausländischen Gesellschafters. Neben dem diskutierten Verschmelzungsfall kann das ausländische Recht etwa dann relevant werden, wenn es bei einem ausländischen Gesellschafter zu Veränderungen, etwa einer Umstrukturierung, kommt; bei Anmeldung des Gesellschafterswechsels wäre hier ein entsprechendes Vorbringen im Firmenbuchantrag zu erstatten.⁴⁵ Auch können sich immer wieder Fragen zur Vertretungsbefugnis bei ausländischen Gesellschaften ergeben,⁴⁶ so etwa, wenn es um die Berechtigung zur Stimmrechtsausübung für eine ausländische juristische Person als Gesellschafter einer österreichischen Gesellschaft geht. Fragen zum ausländischen Recht, zB zur Beurteilung der Vertretungsbefugnis ausländischer juristischer Personen, können sich etwa auch bei Insolvenz ausländischer Rechtsträger ergeben.⁴⁷

Daneben sind als zweite Fallgruppe Konstellationen mit „direktem“ Auslandsbezug zu betrachten. Zu denken ist etwa an inländische Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften oder grenzüberschreitende Verschmelzungen. Hier liegt der Auslandsbezug eindeutig auf der Hand.

Bei inländischen Zweigniederlassungen ist als grundlegende Regel zu beachten, dass sich grundsätzlich alle die ausländische Gesellschaft betreffenden Fragen nach dem ausländischen Personalstatut bestimmen; hat die inländische Zweigniederlassung keine Rechtspersönlichkeit (wovon nach – dem hier maßgeblichen⁴⁸ – österreichischen Recht auszugehen ist), so ist dieses ausländische Personalstatut grundsätzlich auch hinsichtlich der inländischen Zweigniederlassung zur Beurteilung aller organisatorischen (gesellschaftsrechtlichen) Belange⁴⁹ einschließlich der Vertretungsmacht⁵⁰ relevant;⁵¹ für Fragen des Registerrechts gilt demgegenüber grundsätzlich österreichisches Recht.⁵² Es wäre daher unrichtig, auf Zweig-

⁴⁵ Zur eingeschränkten Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts bei Eintragung eines Gesellschafterswechsels vgl *Feil*, FBG (2005) § 11 Rz 11 ff; *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Armann*, UGB I², § 11 FBG Rz 9, § 15 FBG Rz 59. Sind in einem Firmenbuchantrag nicht einmal Angaben enthalten, wann, wie und wo die Abtretung der Geschäftsanteile erfolgt sein soll, so enthebt dies nicht das Firmenbuchgericht von seiner Prüfpflicht; vgl *Feil*, FBG, § 11 Rz 14 unter Hinweis auf OGH 29.3.2001, 6 Ob 57/01b, woraus ableitbar ist, dass auch hier entsprechendes Vorbringen – allenfalls auch zum ausländischen Recht – zu erstatten ist.

⁴⁶ Vgl *Wenger*, RWZ 2010, 266.

⁴⁷ Vgl Art 4 der Verordnung (EG) Nr 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABl L 160 vom 30.6.2000, S 1.

⁴⁸ Vgl *Ratka* in *Straube*, GmbHG, §§ 107–114 Rz 61.

⁴⁹ Vgl etwa zur Frage des Erlöschens der Rechtsfähigkeit einer irischen Limited OGH 13.9.2007, 6 Ob 146/06y. Diese Entscheidung bildet auch ein anschauliches Beispiel zur Auseinandersetzung österreichischer Gerichte mit ausländischem (hier: irischem) Recht.

⁵⁰ Vgl dazu *Ratka* in *Straube*, GmbHG, §§ 107–114 Rz 65 ff.

⁵¹ *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB³, § 12 IPRG Rz 13. In einzelnen Belangen kann die Anknüpfung fraglich bzw „mehrschichtig“ sein; vgl etwa den Überblick bei *Ratka* in *Straube*, GmbHG, §§ 107–114 Rz 127 ff; vgl im Einzelnen auch *Kalss/Adensamer*, Ausländische Gesellschaften in Österreich, in *Hirte/Bücke*, Grenzüberschreitende Gesellschaften² (2006) 660 (688 ff).

⁵² *Kalss/Adensamer* in *Hirte/Bücke*, Grenzüberschreitende Gesellschaften², § 20 Rz 30; generell auch OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, Pkt 2.3.

niederlassungen ausländischer Rechtsträger die Anforderungen des österreichischen Organisationsrechts, dh des österreichischen „Rechtsformäquivalents“ des ausländischen Rechtsträgers, im Firmenbuchverfahren anzuwenden; dies hätte etwa dann evidente Nachteile für den Antragsteller, wenn das Heimatrecht des ausländischen Rechtsträgers zu bestimmten Sachverhalten Organbeschlüsse in weniger strenger Ausgestaltung als in Österreich vorsieht. Auch hier liegt es an den Parteien, ein entsprechendes Vorbringen zum ausländischen Recht zu erstaten.⁵³

Als weiterer Beispielsfall könnte sich nach dem EU-VerschG das Erfordernis einer Beurteilung ausländischen Rechts ergeben. Zwar ist davon auszugehen, dass sowohl bei Import-⁵⁴ als auch Exportverschmelzungen⁵⁵ das Firmenbuchgericht bloß die Ordnungsmäßigkeit der der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten der „eigenen“, dh österreichischen, Gesellschaft zu prüfen hat.⁵⁶

Überschneidungen mit dem ausländischen Recht – mit entsprechender Beurteilungs- bzw Prüfpflicht des Firmenbuchs – kommen aber auch hier in Betracht: So können sich aus den speziellen Erläuterungspflichten bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen im Geschäftsführungs-/Vorstandsbericht gem § 6 EU-VerschG entsprechende Überschneidungen zum ausländischen Recht ergeben, die für die Würdigung des jeweiligen Sachverhalts aus österreichischer Sicht entsprechend relevant sein können. So sind etwa bei Exportverschmelzungen gem § 6 Abs 2 und § 7 Abs 4 EU-VerschG Angaben über das gebundene Kapital der am Verschmelzungsvorgang beteiligten Gesellschaften zu machen. Für die Prüfung des Firmenbuchgerichts, ob ein „kapitalentsperrender“ Effekt vorliegt und damit die „besonderen“ Schutzmechanismen des EU-VerschG (vgl § 8 Abs 2 Z 3, § 13 Abs 1 leg cit) eingreifen, muss sich das Firmenbuchgericht etwa mit der Frage auseinandersetzen, welche Rücklagen nach dem Statut der an der Verschmelzung beteiligten ausländischen Gesellschaft mit der österreichischen gebundenen Kapitalrücklage gleichwertig sind.⁵⁷ Auch bei der Darstellung

der Auswirkungen der Verschmelzung auf die Gläubiger und die Arbeitnehmer (vgl § 6 Abs 1 EU-VerschG) kann es zu entsprechenden Ausführungen zum ausländischen Recht kommen, die beim Firmenbuchgericht in die Würdigung der Zulässigkeit des Verschmelzungsvorgangs (zumindest bei der Beurteilung der Frage, ob der Geschäftsführungsbericht den Inhaltserfordernissen des § 6 Abs 1 EU-VerschG entspricht) einzufließen haben.

Festzuhalten ist daher, dass die vom OGH aufgeworfene Problematik rund um die Ermittlung des ausländischen Rechts gerade im Firmenbuchverfahren keine theoretische ist und sich hier zahlreiche „Verquickungen“ zu ausländischen Rechtsfragen ergeben können.

2.2. Umfang der Mitwirkungspflicht und Verfahrensablauf⁵⁸

Grundsätzlich gilt im Firmenbuchverfahren der Untersuchungsgrundsatz, dh, das Gericht hat von Amts wegen dafür zu sorgen, dass alle entscheidungswesentlichen Tatsachen aufgeklärt werden.⁵⁹ Das Gericht hat auch von Amts wegen auf den Fortgang des Verfahrens, und dabei auf eine möglichst kurze Verfahrensdauer, hinzuwirken (Pflicht zur Verfahrensleitung).⁶⁰ Dabei sind aber die Parteien zur entsprechenden Mitwirkung verpflichtet: Gem § 15 Abs 1 FBG iVm § 13 Abs 1 letzter Satz AußStrG trifft die Parteien eine Verfahrensförderpflicht; die Parteien haben das Gericht zu unterstützen, indem sie sowohl die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung des Verfahrensgegenstandes als auch eine kurze Verfahrensdauer ermöglichen, weshalb die Parteien zB auch verpflichtet sind, so früh wie möglich maßgebliches Vorbringen zu erstaten.⁶¹ Gem § 15 Abs 1 FBG iVm § 16 Abs 2 AußStrG haben die Parteien vollständig und wahrheitsgemäß alle ihnen bekannten, für die Entscheidung des Gerichts maßgebenden Tatsachen und Beweise vorzubringen bzw anzubieten und alle darauf gerichteten Fragen des Gerichts zu beantworten.

Die oben genannten, eine Mitwirkungsverpflichtung statuierenden Bestimmungen beziehen sich auf eine zielgerichtete, rasche und korrekte Sachverhaltsermittlung. Der OGH erweitert in seiner Entscheidung vom 15.4.2010 diese Mitwirkungspflicht von der bloßen Sachverhaltsebene auf eine rechtliche Ebene, soweit es um die Ermittlung fremden Rechts geht, um die Anwendung von § 4 Abs 2 IPRG (hilfsweise Anwendung fremden Rechts)⁶² zu vermeiden. Dies ist uE folgerichtig, nennt doch § 4 Abs 1 IPRG die Mitwirkung der Beteiligten als zulässiges Hilfsmittel zur Erfüllung der amtsweiligen Ermittlungspflicht fremden Rechts.⁶³

UE ist dieser in der OGH-Entscheidung statuierte Grundsatz einer verstärkten Mitwirkungspflicht der Parteien jedoch wie folgt zu konkretisieren und einzuschränken: Eine Mitwirkung der Parteien zur Ermittlung des fremden Rechts besteht uE grundsätzlich nur, wenn diese rechtskundig oder

⁵³ Generell ist dazu aus Praxisperspektive anzumerken, dass das Zweigniederlassungen betreffende Verfahren vor den Firmenbuchgerichten mit vielen Formalismen überfrachtet ist. Gerade wo es um die laufende Registerpflege geht (zB Firmenänderung oder Geschäftsführerwechsel beim ausländischen Rechtsträger, welche auch im österreichischen Register entsprechend „nachzuziehen“ sind), ist dies wenig praktikabel. Grundsätzlich ist für entsprechende „Korrekturintragungen“ im Firmenbuch nämlich nicht der Nachweis der entsprechenden Eintragung in das ausländische Heimatregister ausreichend, sondern es sind grundsätzlich (qua § 254 Abs 5 bis 7 AktG, § 107 Abs 5 bis 7 GmbHG, jeweils iVm § 12 Abs 4 UGB) alle Bezug habenden Unterlagen (etwa Generalversammlungsprotokolle) auch in Österreich vorzulegen (vgl generell *Umfahrer, GmbH*⁶ [2008] Rz 1127; zu Gesellschaftsvertragsänderungen kritisch *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³, §§ 107, 112–114 Rz 22), was einen entsprechenden Aufwand (etwa auch Übersetzungsaufwand, Notarskosten für weitere beglaubigte Abschriften) bedeutet. *De lege ferenda* wäre es uE wünschenswert, hier Vereinfachungen zuzulassen.

⁵⁴ Obwohl die ausländischen Verschmelzungsunterlagen bei Importverschmelzung beim österreichischen Firmenbuch vorzulegen sind (vgl dazu *Kaufmann in St. Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen*, § 25 Rz 4), ist keine entsprechende Prüfung des „ausländischen“ Verschmelzungsteils vorzunehmen, da diesbezüglich ohnedies eine Rechtmäßigkeitsbescheinigung der ausländischen zuständigen Behörde vorzulegen ist; vgl *Kaufmann in St. Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen*, § 25 Rz 4.

⁵⁵ Vgl dazu *Kaufmann in St. Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen*, § 14 Rz 35.

⁵⁶ Vgl dazu Art 10 Abs 2 und Art 11 Abs 1 der Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl L 310 vom 25.11.2005, S 1.

⁵⁷ Vgl dazu *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh, Kapitalentsperrung über die Grenze – Gestaltungschancen und Fallstricke*, GesRZ 2009, 342 (344) mwN; *Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht*, 580 ff.

⁵⁸ Die Autoren danken RAA Mag. *Philip Marsch* für seine Unterstützung bei diesem Abschnitt.

⁵⁹ Vgl § 15 Abs 1 FBG iVm § 16 Abs 1 AußStrG.

⁶⁰ Vgl § 15 Abs 1 FBG iVm § 13 Abs 1 AußStrG.

⁶¹ *Rechberger in Rechberger, AußStrG* (2006) § 13 Rz 2.

⁶² § 4 Abs 2 IPRG lautet wie folgt: „Kann das fremde Recht trotz eingehendem Bemühen innerhalb angemessener Frist nicht ermittelt werden, so ist das österreichische Recht anzuwenden.“

⁶³ § 4 Abs 1 IPRG lautet wie folgt: „Das fremde Recht ist von Amts wegen zu ermitteln. Zulässige Hilfsmittel hierfür sind auch die Mitwirkung der Beteiligten, Auskünfte des Bundesministeriums für Justiz und Sachverständigengutachten.“

rechtsfreundlich vertreten sind; dies wird zu § 4 Abs 1 IPRG grundsätzlich vertreten.⁶⁴ UE ist diese Einschränkung auch im Firmenbuchverfahren zu beachten. Der OGH geht bei der Begründung der verstärkten Mitwirkungspflicht davon aus, dass bei internationalen Verschmelzungen die Antragsteller regelmäßig leichter Zugang zum Heimatrecht ausländischer Gesellschaften hätten, sodass die Vorlage entsprechender Unterlagen dem Antragsteller idR keine besonderen Schwierigkeiten bereite.⁶⁵ Dies mag bei dem vom OGH angesprochenen Fall „internationaler Verschmelzungen“ richtig sein, zumal bei Umstrukturierungen regelmäßig Rechtsrat eingeholt wird und die Parteien dann zumeist auch im Firmenbuchverfahren entsprechend vertreten sind; diesfalls liegt es am einschreitenden Rechtsberater, ein entsprechendes Vorbringen zu erstatten. Bei anderen „einfacheren“ Firmenbuchanmeldungen ist nicht immer ein Rechtsbeistand involviert. Insofern hat uE das Firmenbuchgericht bei der Beurteilung des Umfangs der Mitwirkungspflicht durchaus zu berücksichtigen, ob der Antragsteller rechtskundig bzw rechtsfreundlich vertreten ist oder nicht.

Insb dort, wo der Antragsteller rechtsunkundig bzw nicht rechtsfreundlich vertreten ist, sollte uE der Firmenbuchrichter auch die übrigen, gem § 4 Abs 1 IPRG möglichen Erkundigungsmittel heranziehen, bevor eine Anwendung österreichischen Rechts erfolgt, sofern dies auch die zeitlichen Gegebenheiten (vgl § 4 Abs 2 IPRG und die zitierte OGH-Entscheidung) zulassen. Hier kommen insb Behördenanfragen (Anfragen an das BMJ, aber auch an andere Behörden, etwa in- oder ausländische Vertretungsbehörden)⁶⁶ und Sachverständigengutachten in Frage. UE sind hier die vom OGH zitierten Entscheidungen zum Grundbuchsrecht bzw der angegebene Rechtssatz nicht vollständig auf das Firmenbuchverfahren übertragbar, zumal in diesen Fällen völkerrechtliche Spezialfragen der Staatennachfolge und damit einhergehende Vertretungsprobleme behandelt wurden.⁶⁷ Verhältnismäßig leichter müssten sich Lösungen zu Rechtsfragen zum ausländischen Gesellschaftsrecht auffinden lassen.

Aus der vom OGH vertretenen Ansicht folgt, dass die Antragsteller aktiv entsprechende Ausführungen zum ausländischen Recht zu treffen haben, soweit dies für die Beurteilung des zur Anmeldung gebrachten Sachverhalts erforderlich erscheint. Diese Ausführungen unterliegen der freien Prüfung durch das Gericht, es ist daran nicht gebunden, sondern kann grundsätzlich – den Leitlinien des § 4 Abs 1 IPRG folgend und im Rahmen des zeitlich Möglichen – noch weitere Erhebungen anstreben.⁶⁸ UE sollte aber auch hier – wie im sonstigen Firmenbuchverfahren⁶⁹ – gelten, dass ohne konkrete Anhaltspunkte einer Unrichtigkeit des entsprechenden Vorbringens zum ausländischen Recht, insb bei einfachen Sachverhalten, bzw bei Vorliegen eines schlüssigen, keine Zweifel hervorrufenden Vorbringens zum ausländischen Recht (insb von

rechtskundigen Personen bzw rechtsfreundlichen Parteienvertretern) das Firmenbuchgericht grundsätzlich nicht zu weiteren Ermittlungen verpflichtet ist und sich damit auf das Vorbringen der Parteien grundsätzlich „verlassen“ kann (ohne zB noch ein Gutachten einzuholen). Es sollte daher auch die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts nicht überspannt werden; wie auch bei sonstigen Eintragungsbegehren sollte uE auch zum ausländischen Recht eine vertiefte Ermittlungspflicht erst greifen, wenn sich konkrete Anhaltspunkte oder ein begründeter Verdacht eines falschen Vorbringens zum ausländischen Recht ergeben oder das Vorbringen zum ausländischen Recht unschlüssig oder nicht ausreichend ist.⁷⁰

Hält das Firmenbuchgericht die Ausführungen der Antragsteller zum ausländischen Recht inhaltlich für verbesserungs- oder ergänzungswürdig (unter Beachtung der oben genannten Grenzen), so sollten uE – jedenfalls die rechtskundigen oder rechtsfreundlich vertretenen – Parteien über § 17 FBG (firmenbuchrechtliches Verbesserungsverfahren bei Anmeldungen zur Eintragung)⁷¹ nochmals miteingebunden werden, um eine vorschnelle Anwendung österreichischen Rechts auf einen an sich nach fremdem Recht zu beurteilenden Sachverhalt zu vermeiden. UE ist ein Verbesserungsverfahren (§ 17 FBG) auch dann einzuleiten, wenn im Antrag ursprünglich keinerlei Ausführungen zum fremden Recht enthalten waren, diese für die Entscheidung des Antrags nach Ansicht des Firmenbuchgerichts aber erforderlich wären.⁷² Dies trifft uE in derartigen Fällen grundsätzlich auch bei rechtskundigen bzw rechtsfreundlich vertretenen Parteien zu, sodass auch hier ausnahmsweise⁷³ eine entsprechende Anleitungspflicht eingreifen kann, zumal nicht immer klar ist, ob tatsächlich ausländisches Recht anzuwenden ist und hier komplexe rechtliche Fragestellungen auftreten können.⁷⁴ Bei nicht vertretenen/rechtsunkundigen Parteien könnte es demgegenüber uE sinnvoll sein, wenn das Firmenbuchgericht – vor einer sofortigen Anwendung österreichischen Rechts und wenn der Richter

⁶⁴ Vgl *Verschraegen in Rummel*, ABGB³, § 4 IPRG Rz 2.

⁶⁵ Vgl OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, Pkt 9.2.

⁶⁶ Vgl dazu *Verschraegen in Rummel*, ABGB³, § 4 IPRG Rz 2.

⁶⁷ Vgl OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, Pkt 9.1.; zitiert werden dort OGH 30.6.1992, 5 Ob 106/92; 9.11.2004, 5 Ob 238/04t; RIS-Justiz RS0060532 (wo neben den genannten Entscheidungen noch auf OGH 9.11.2004, 5 Ob 152/04w verwiesen wird). In keiner der Entscheidungen kam es – naheliegenderweise – zur Anwendung österreichischen Rechts gem den Grundsätzen des § 4 Abs 2 IPRG.

⁶⁸ Vgl dazu *Verschraegen in Rummel*, ABGB³, § 4 IPRG Rz 1, 2.

⁶⁹ So allgemein zum Firmenbuchverfahren *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB I², § 15 FBG Rz 39, 41; *Feil*, FBG, § 15 Rz 8.

⁷⁰ Vgl allgemein zum Firmenbuchverfahren *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB I², § 15 FBG Rz 41; *Feil*, FBG, § 15 Rz 7. Freilich geht es gegenständlich um Rechts- und nicht um Tatsachenvorbringen.

⁷¹ Anders als im (vom OGH zum Vergleich herangezogenen) Grundbuchsrecht können gem § 17 FBG formelle und materielle Mängel verbessert werden, sofern sie behebbare sind. Dies ist ein wesentlicher Unterschied des firmenbuchgerichtlichen Verfahrens zum Grundbuchsverfahren; vgl *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG (2005) § 17 Rz 1. Vgl demgegenüber §§ 95 und 82a GBG (vgl auch §§ 88 und 89 GBG), wonach grundsätzlich in der Sache ohne Zwischenerledigung zu entscheiden ist und bloß Formgebrechen eingeschränkt sanierbar sind. Das Verbot der Zwischenerledigung im Grundbuchsverfahren ist ein Garant für die Einhaltung des Rangprinzips (vgl *Feil/Marent/Preis*, Grundbuchsrecht² [2010] § 95 Rz 1). Dies unterscheidet das Grundbuchsverfahren grundlegend vom Firmenbuchverfahren.

⁷² Dies kann insb dort relevant werden, wo der Bezug zum bzw die Anwendung ausländischen Rechts nicht von vornherein auf der Hand liegt. Insofern sind uE auch die vom OGH ins Treffen geführten Entscheidungen zum Grundbuchsrecht (vgl OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, Pkt 9.1.) nicht vollständig auf das Firmenbuchverfahren übertragbar, weil dort unstrittig von Beginn an klar war, dass es um die Beurteilung fremden Rechts ging.

⁷³ Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass anwaltlich vertretene Parteien nicht anzuleiten sind. Gem § 14 AußStrG wären grundsätzlich (vgl zu Ausnahmen § 28 ZPO und § 6 Abs 3 AußStrG) aber auch rechtskundige (aber unvertretene) Parteien entsprechend anzuleiten; vgl dazu *Rechberger in Rechberger*, AußStrG, § 14 Rz 4; im Firmenbuchverfahren kann aber auch diese Anleitungspflicht gegenüber wirtschaftlich erfahrenen und geschäftskundigen Teilnehmern am Wirtschaftsleben eingeschränkt sein; vgl *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB I², § 15 FBG Rz 125; *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG, § 15 Rz 136 f.

⁷⁴ So hätte sich im Ausgangsfall der OGH-Entscheidung vom 15.4.2010 der Rechtsanwender bei der Falllösung auch mit der Feststellung begnügen können, dass österreichisches Recht nicht anzuwenden sei und dass das ausländische Recht hier nicht vom Firmenbuch zu prüfen sei (vgl *Winner/Obradović*, GesRZ 2010, 280), sodass keine dahingehenden Ausführungen zum ausländischen Recht erstattet würden. Weiteres könnten zB die Vorstellungen des Antragstellers und des Firmenbuchrichters über die Frage eines ausreichenden „Österreichbezugs“ (siehe oben Pkt I.3.) auseinandergelassen werden.

nicht ohnedies selbständig (dh ohne Einbeziehung des Antragstellers) eigene Schritte zur Ermittlung des fremden Rechts unternimmt – gemeinsam mit dem Antragsteller eine Strategie zur Ermittlung des fremden Rechts festlegt; dazu könnte uE der Antragsteller entsprechend geladen werden.⁷⁵ Jedenfalls wäre es aber unzulässig, auf österreichisches Recht zurückzugreifen ohne jeglichen Versuch, das fremde Recht inhaltlich zu ermitteln.⁷⁶ Überhaupt sollte uE die Anwendung österreichischen Rechts gem § 4 Abs 2 IPRG im Firmenbuchverfahren „sparsam“ eingesetzt werden. Gerade bei grenzübergreifenden Sachverhalten kann die Anwendung des österreichischen Rechts zu unbilligen Ergebnissen führen.⁷⁷ Im Anwendungsbereich des EU-VerschG wäre der Rückgriff auf § 4 Abs 2 IPRG uE aber im Speziellen zu überdenken, da dies zu richtlinienwidrigen Ergebnissen führen würde.⁷⁸ Gerade im Bereich der europarechtlich geprägten gesellschaftsrechtlichen Vorgänge (EU-Verschmelzung, SE-Gründungen, SE-Sitzverlegungen) stößt uE eine weitreichende Anwendung des § 4 Abs 2 IPRG auf Bedenken.

III. Maßnahmen zum Ausgleich einer Kapitalentsperrung iSd OGH-Entscheidung 6 Ob 4/99b

Die gegenständliche OGH-Entscheidung vom 15.4.2010 schlägt auch eine Brücke zur „prominenten“ OGH-Entscheidung vom 11.11.1999,⁷⁹ in welcher die (*Downstream-*) Verschmelzung einer höher kapitalisierten auf eine niedriger kapitalisierten Gesellschaft wegen der dadurch entstehenden „Kapitalentsperrung“ mangels durchgeführter Ausgleichsmaßnahmen untersagt wurde. Damals sprach der OGH aus, dass dann, wenn keine Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft zur Vermeidung einer Freisetzung gebundenen Kapitals durchgeführt werde, andere Ausgleichsmaßnahmen für die Erwirkung der Zulässigkeit der Verschmelzung durchzuführen seien. Zu denken wäre demnach entweder an die Bildung einer gebundenen Rücklage bei der übernehmenden Gesellschaft oder an einen „nachprüfbaren Nachweis, dass ohnehin schon alle Gläubiger der übertragenden Gesellschaft befriedigt oder sichergestellt wurden oder dass sie solches trotz Anforderung in angemessener Frist nicht verlangt haben.“⁸⁰

Gegenständlich gaben die Geschäftsführer die Erklärung ab, dass keine offenen Verbindlichkeiten mehr beständen;⁸¹

zusätzlich bestätigte ein Wirtschaftsprüfer, dass alle in der Schlussbilanz ausgewiesenen Verbindlichkeiten bis zum 30.9.2008 (dem Tag nach Einlangen des ursprünglichen Firmenbuchantrags) zur Gänze berichtet worden seien. Da es auch sonst keine Anhaltspunkte für eine Gefährdung sonstiger – allenfalls auch nach dem Bilanzstichtag hinzugekommener – Gläubiger gab, erachtete dies der OGH iSd oben zitierten OGH-Judikatur als ausreichenden Nachweis, sodass die an sich kapitalentsperrende Verschmelzung für zulässig erachtet wurde.⁸²

Die vom OGH getätigten Aussagen könnten uE auch im Bereich des EU-VerschG von Bedeutung sein: Wie bereits oben erläutert, sieht das EU-VerschG bei Exportverschmelzungen mit kapitalherabsetzendem Effekt ein besonderes Regelungsgefüge mit besonderen Schutzmechanismen vor: Neben besonderen Informationspflichten (direkte Gläubigerverständigung; vgl § 8 Abs 2 Z 3 EU-VerschG) wird vom Gesetz unwiderleglich vermutet, dass bei einer kapitalentsperrenden Exportverschmelzung eine Gläubigergefährdung eintritt (vgl § 13 Abs 1 EU-VerschG).⁸³

UE können hier die Aussagen aus den oben zitierten OGH-Entscheidungen nutzbar gemacht werden: Hat die übertragende österreichische Gesellschaft keine Gläubiger oder wurden diese bereits nachweislich vor Einleitung des Verschmelzungsprozesses befriedigt, so könnte uE jedenfalls von den bei Kapitalentsperrung zusätzlich eingreifenden Maßnahmen abgesehen werden. Die Regelungen des EU-VerschG zur Kapitalentsperrung bezwecken ja gerade die Wahrung der Interessen der Gläubiger, die der Gesetzgeber im Fall der Kapitalentsperrung als gefährdet betrachtet,⁸⁴ und gehen daher ins Leere, wenn es gar keine anspruchsberechtigten Gläubiger gibt. Weiters wäre zu überlegen, diesfalls überhaupt von einer Anwendung von § 13 EU-VerschG (*Ex-ante*-Sicherstellungsanspruch mit zweimonatiger Gläubigerschutzfrist)⁸⁵ abzusehen, sodass uE vom (aufgrund des Nichtvorliegens von Gläubigern wohl sinnentfremdeten) „Abwarten“ der Zweimonatsfrist abgesehen werden könnte.⁸⁶ Oftmals werden Verschmelzungen von „gläubigerlosen“ Gesellschaften durchgeführt, zB wenn die zu verschmelzende Gesellschaft nicht oder nicht mehr operativ tätig ist (dies ist in der Praxis häufig zu beobachten). In diesen Fällen könnte die oben vertretene Ansicht zu einer wesentlichen Vereinfachung des Verschmelzungsvorgangs und vor allem zu einer nicht unerheblichen zeitlichen Ersparnis führen, wenn man bedenkt, dass derartige Umstrukturierungen sehr oft unter er-

⁷⁵ Zur Zulässigkeit von mündlichen Verhandlungen im Firmenbuchverfahren vgl *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG, § 15 Rz 143; zur möglichen Vorladung des Eintragungswerbers *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG, § 17 Rz 1 und § 18 Rz 17. Demgegenüber ist im (vom OGH zum Vergleich herangezogenen) Grundbuchverfahren grundsätzlich keine Einvernahme der Parteien vor Sachentscheidung vorgesehen (vgl § 95 GBG, der auch – eingeschränkt – Ausnahmen vorsieht; vgl auch *Feil/Marent/Preis*, Grundbuchrecht², § 95 Rz 4).

⁷⁶ *Verschraegen in Rummel*, ABGB³, § 4 IPRG Rz 4; OGH 19.9.1989, 5 Ob 604/89, JBl 1990, 183 (zu einem familienrechtlichen Sachverhalt).

⁷⁷ Man denke etwa an die strengen österreichischen Kapitalerhaltungsgrundsätze; im Ausgangsfall hätte die Anwendung österreichischen Rechts zum Scheitern der Verschmelzung geführt. Hier wird auch die Verantwortung der Antragsteller, aber insb auch deren Berater, iZm dem Erfordernis von Ausführungen zum ausländischen Recht im Firmenbuchverfahren evident.

⁷⁸ Grundsätzlich hat jede am grenzübergreifenden Verschmelzungsvorgang beteiligte Gesellschaft ausschließlich ihr eigenes Personalstatut zur Anwendung zu bringen; vgl *Adensamer/Eckert*, GeS 2007, 96 f.

⁷⁹ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

⁸⁰ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 52. Anders als beim allgemeinen Verbot der Einlagenrückgewähr wird hier nicht die (bei der Verschmelzung ohnedies untergehende) Gesellschaft als solche, sondern das Interesse der Gläubiger geschützt; vgl *Karollus*, Einlagenrückgewähr, 19 FN 29.

⁸¹ Vgl auch OLG Wien 18.2.2004, 28 R 391/03f, mit Hinweis auf OGH 20.1.2000, 6 Ob 288/99t, wonach Angaben der Partei selbst (im Weg einer eidesstättigen Erklärung) durchaus als Beweismittel im Firmenbuchverfahren zur Wahrnehmung der materiellen Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts in Betracht kommen.

⁸² Vgl OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, Pkt 10.; offen lassend jedoch Pkt 5.3. aE der zitierten Entscheidung.

⁸³ *Ch. Nowotny*, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen über die Grenze, in FS Brognyányi (2008) 345 (351); *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh*, GesRZ 2009, 342.

⁸⁴ *Kalss*, Die Kapitalerhaltung im handelsrechtlichen Umgründungsrecht, in *Bertl* ua, Sonderbilanzen bei Umgründungen (2008) 91 (102); vgl auch *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 55.

⁸⁵ Generell kritisch zu § 13 EU-VerschG (zur Frage der Richtlinienkonformität) *Kaufmann* in *St. Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, § 13 Rz 8; vgl auch *Kohlhauser*, Gläubigerschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung europarechtskonform? RdW 2008, 441.

⁸⁶ Jedenfalls anwendbar bliebe aber die Monatsfrist gem § 8 EU-VerschG iVm § 221a Abs 1 AktG (vgl auch Art 6 Abs 1 der Richtlinie 2005/56/EG); diese ist – wie etwa auch im Spaltungsrecht – unverzichtbar (§ 8 Abs 4 EU-VerschG). Bei entsprechendem Verzicht der Gesellschafter auf eine Veröffentlichung, Auflage bzw Zusendung von Unterlagen wäre zu überlegen, ob im Falle des (evidenten) Nichtbestehens von Gläubigern auch auf die Anwendung dieser Frist, die primär gläubigerschützende Funktion hat, verzichtet werden könnte. Zum zwingenden Gläubigerschutz im Vergleich zum nationalen Verschmelzungsrecht vgl *Kalss*, Kapitalerhaltung im handelsrechtlichen Umgründungsrecht, 101 und 103.

heblichem Zeitdruck durchgeführt werden. Eine entsprechende Klarstellung durch den Gesetzgeber wäre freilich wünschenswert, zumal die praktische Durchführung einer Verschmelzung gegen den Wortlaut des EU-VerschG – die aber durch die dargestellte OGH-Judikatur uE gebilligt ist – auf Hindernisse im Eintragungsverfahren stoßen könnte.

IV. Zusammenfassung

Der OGH scheint es für grundsätzlich möglich zu halten, dass bei ausreichend ausgeprägtem „Österreichbezug“ österreichisches Kapitalerhaltungsrecht auch auf Kapitalgesellschaften ohne Sitz in Österreich anzuwenden ist. Dies kommt uE jedoch nur eingeschränkt, nämlich in Umgehungs- und Missbrauchsfällen, in Frage.

In der Firmenbuchpraxis ergeben sich häufig Überschneidungen zum ausländischen Recht. Zwar trifft die Par-

teien im Firmenbuchverfahren nach Ansicht des OGH bei der Ermittlung ausländischen Rechts eine verstärkte Mitwirkungspflicht, doch darf diese Pflicht uE nicht überspannt werden; auch ist sie uE situationsbezogen (zB bei rechtlich unvertretenen Parteien) einzuschränken. Ein Rückgriff auf österreichisches Recht gem § 4 Abs 2 IPRG ist möglichst sparsam einzusetzen und bloß als *ultima ratio* zu erwägen.

Sind bei einem Verschmelzungsvorgang unzweifelhaft und belegbar keine Gläubiger der übertragenden Gesellschaft vorhanden, sind die Grundsätze über die „Kapitalentsperrung“ (vgl die zitierte OGH-Entscheidung vom 11.11.1999) nicht beachtlich. Selbiger einschränkender Gedanke könnte uE im Anwendungsbereich des EU-VerschG bei jenen Bestimmungen, die auf einer „Kapitalentsperrung“ aufbauen, nutzbar gemacht werden.

Umfassende Darstellung des Zahlungsdienstegesetzes (ZaDiG) und des neuen Verbraucherkreditgesetzes (VKrG)



neu!

Das Buch stellt das **neue Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG)** und das neue **Verbraucherkreditgesetz (VKrG)** im Kontext des Konsumentenrechtes umfassend dar. Dazu wird die reichhaltige Judikatur der letzten Jahre zum Konsumentenrecht im Bereich Banken aufgearbeitet. Ein unerlässlicher Leitfaden für die Praxis im Bankgeschäft und in der Konsumentenberatung.

Dr.in Beate Gelbmann, Rechtsexpertin im Verein für Konsumenteninformation (VKI).

Dr.in Julia Jungwirth, Rechtsexpertin im Verein für Konsumenteninformation (VKI).

Dr. Peter Kolba, Jurist und Leiter der Rechtsabteilung des Vereins für Konsumenteninformation (VKI).

Kolba/Gelbmann/Jungwirth
2010, 296 Seiten, kart.
ISBN 978-3-7073-1761-9
EUR 48,-