

Kapitalentsperrung über die Grenze – Gestaltungschancen und Fallstricke

HEINRICH FOGLAR-DEINHARDSTEIN / NORA ABURUMIEH

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit den zur Kapitalentsperrung bestehenden Vorgaben des EU-VerschG. Dabei wird der Frage nachgegangen, wie der österreichische Regelungskomplex in den internationalen Kontext einer grenzüberschreitenden Verschmelzung „eingepasst“ werden kann.

I. Einleitung

In der Beratungspraxis besteht ein Bedarf an der Durchführung von grenzüberschreitenden Verschmelzungen.

De lege lata ist ein auf den ersten Blick klares Regelungsgefüge sowohl für den Fall von Importverschmelzungen (Verschmelzung aus dem Ausland auf eine österreichische Gesellschaft) als auch von Exportverschmelzungen (Verschmelzung aus Österreich auf eine ausländische Gesellschaft) gegeben. *Sedes materiae* ist dabei – aus dem Blickwinkel der an der Umstrukturierung beteiligten österreichischen Gesellschaft – das EU-VerschG, kombiniert mit den relevanten Bestimmungen des AktG und GmbHG.¹

Auf den zweiten Blick ergeben sich in der Beratungspraxis häufig Fragestellungen, die durch den vorgegebenen Gesetzeswortlaut alleine nicht bewältigbar sind. Dies ist freilich kein Spezifikum der grenzüberschreitenden Verschmelzung. Jedoch kann sich diese Situation gerade in Fällen grenzüberschreitender Umstrukturierungen als besonders herausfordernd darstellen, da neben dem „eigenen“ österreichischen Recht immer auch – in gewissen Grenzen – das Recht der ausländischen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft(en) mit zu berücksichtigen ist.

Im Folgenden soll insb der Frage nachgegangen werden, wie der österreichische Regelungskomplex rund um eine (mehr oder weniger verpönte) Kapitalentsperrung in den internationalen Kontext einer grenzüberschreitenden Verschmelzung „eingepasst“ werden kann, insb vor dem Hintergrund einer „Mehrfachverschmelzung“, dh, wenn mehrere Gesellschaften in einem Umstrukturierungsschritt auf eine andere Gesellschaft als aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft übertragen werden.² Sonstige Fragen des Gläubigerschutzes im Zuge von (internationalen) Verschmelzungen bleiben in diesem Beitrag ausgeklammert.

II. Allgemeines zum „kapitalherabsetzenden“ Effekt

Das EU-VerschG greift die höchstgerichtliche Rspr zum kapitalherabsetzenden Effekt bei Verschmelzungen³ auf und

sieht bei der Exportverschmelzung verschiedene Regelungen zum Ausgleich einer allfälligen Kapitalentsperrung vor.

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt sind dabei nach dem Wortlaut des Gesetzes – und in dieser Deutlichkeit jedenfalls über die erwähnte OGH-Rspr hinausgehend⁴ – das Nennkapital und die gebundenen Rücklagen der am Verschmelzungsvorgang beteiligten Gesellschaften. Dabei kommt es allgemein nicht auf die konkrete Gläubigergefährdung, sondern (bloß) auf die Höhe des gebundenen Kapitals der übernehmenden Gesellschaft an (siehe dazu auch noch unten Pkt III.1.).⁵

Sofern die Summe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft, wie sie nach der Eintragung der Verschmelzung besteht (siehe dazu noch unten Pkt III.1.), niedriger ist als die Summe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft, greifen bei der Exportverschmelzung (und nur bei dieser!) verschiedene Sonderbestimmungen zum Schutz der Gläubiger ein (vgl § 6 Abs 2, § 7 Abs 4, § 8 Abs 2 Z 3 aE sowie § 13 Abs 1 EU-VerschG). Demnach sind bekannte Gesellschafter direkt von der Verschmelzung zu verständigen; auch können Gläubiger vereinfacht, nämlich ohne Gefährdungsnachweis, den vorgelagerten Gläubigerschutz gem EU-VerschG in Anspruch nehmen, also von der Gesellschaft Sicherstellung für ihre nicht fälligen Forderungen verlangen. Das geringere gebundene Vermögen der übernehmenden Gesellschaft löst demnach – losgelöst von den konkreten Umständen des Einzelfalls – eine nicht widerlegbare Vermutung der Gläubigergefährdung aus.⁶ Ausgangspunkt für die Überprüfung dieser Rechtsfolgen sind der Be-

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

¹ Vgl den Verweis auf das innerstaatliche Verschmelzungsrecht in § 3 Abs 2 EU-VerschG.

² Vgl zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer „Mehrfachverschmelzung“ *Inwinkl*, Das österreichische Recht grenzüberschreitender Verschmelzungen, ZfRV 2008, 69 (73).

³ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b; vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 82 Rz 17g; *Hügel*, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen in Steuerrecht (2009) § 1 Rz 51, jeweils mwN.

⁴ Vgl dazu *Eckert*, Kapitalentsperrung bei Verschmelzungen (Teil I), GeS 2006, 383 (386 f). Die dahingehenden Bestimmungen des EU-VerschG sind iZm der im Zuge des GesRÄG 2007 geplanten Einführung eines – die Kapitalentsperrung behandelnden – § 224a AktG zu sehen; der Entwurf dieser Bestimmung bezog ebenfalls das Nennkapital und die gebundenen Rücklagen mit ein (vgl dazu *Kalss/Eckert*, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, GesRZ 2007, 222 [225 ff]). Umgesetzt wurden jedoch vorerst bloß die hier dargestellten Regelungen des EU-VerschG. Siehe dazu auch den AB 218 BlgNR 23. GP, 2; vgl auch *Ch. Nowotny*, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen über die Grenze, in FS Brogyányi (2008) 345 (356) und *Kaufmann*, Wesentliche Aspekte des Offenlegungsverfahrens nach EU-VerschG, GeS 2009, 175 (179 FN 38), die die Wertung des EU-VerschG – dh Einbeziehung auch der gebundenen Rücklagen zur Beurteilung des kapitalentsperrenden Effekts – auch für das innerstaatliche Verschmelzungsrecht für maßgeblich erachten.

⁵ Vgl *Kalss/Eckert*, Gläubigergefahren bei Umgründungen von Kapitalgesellschaften: Überlegungen zur Zielrichtung und Wirkungsweise gläubigerschützender Vorschriften, GesRZ 2008, 81 (84).

⁶ *Ch. Nowotny*, Gläubigerschutz, 351.

richt der Geschäftsführung bzw der Bericht des Verschmelzungsprüfers, worin Angaben über das gebundene Kapital der am Verschmelzungsvorgang beteiligten Gesellschaften (siehe dazu noch unten Pkt III.2.) aufzunehmen sind. Die Angaben in den Berichten sollen Gläubigern (die diese Unterlagen gem § 8 Abs 3 EU-VerschG bei der Gesellschaft anfordern können) und dem Firmenbuchgericht die dahingehende Prüfung erleichtern.

Anders als bei nationalen Verschmelzungen⁷ ist aber eine grenzüberschreitende Exportverschmelzung aus der Perspektive des österreichischen Rechts auch dann *grundsätzlich zulässig*, wenn ein kapitalherabsetzender Effekt verwirklicht wird;⁸ der vorgelagerte Gläubigerschutz des EU-VerschG ist nämlich für sich schon als ausreichende Ausgleichsmaßnahme iSd OGH-Judikatur zu sehen.⁹ Grenzüberschreitende Verschmelzungen können daher im Einzelfall einen weiteren Gestaltungsspielraum als nationale Verschmelzungsvorgänge bieten; ein Vorteil kann – in Anbetracht der oft divergierenden Registerpraxis – auch im an sich durch den Wortlaut des EU-VerschG vorgegebenen, grundsätzlich klaren Regelungsrahmen erblickt werden.

III. Konkrete Beurteilung des kapitalherabsetzenden Effekts bei der Exportverschmelzung

1. Feststellung der Vergleichsgrößen

1.1. Maßgeblicher Zeitpunkt

Für die Beurteilung des kapitalherabsetzenden Effekts ist der Zustand vor der Verschmelzung mit dem Status nach Wirksamwerden der Verschmelzung zu vergleichen.¹⁰ Zu unterscheiden sind dabei 1.) der Zeitpunkt, zu dem die Beurteilung des kapitalentsperrenden Effekts vorzunehmen ist, und 2.) die Zeitpunkte bzw Zeiträume, auf die die Beurteilung abzustellen hat.

Jedenfalls haben die Geschäftsführung und der Verschmelzungsprüfer in ihren Berichten Angaben über das gebundene Kapital zu machen (§ 6 Abs 2, § 7 Abs 4 EU-VerschG), dh, zu diesem Zeitpunkt ist eine dahingehende „Bestandaufnahme“ erforderlich. Dies bedeutet aber umgekehrt nicht, dass Ausgangspunkt des Vergleichs „automatisch“ das Zahlenwerk zum Datum des jeweiligen Berichts ist, zumal es sich bei den geforderten Angaben – zumindest hinsichtlich der Rücklagen – um „klassisch“ stichtagsbezogene (dh aus einer zu einem bestimmten Stichtag erstellten Bilanz abzuleitende) Informationen handelt.

Anknüpfungspunkt für das maßgebliche Zahlenwerk bei der *übertragenden* Gesellschaft ist daher grundsätzlich der letzte Jahresabschluss.¹¹ UE ist davon abweichend jedoch auf

„aktuelle“ Zahlen abzustellen, wenn zwischenzeitlich tatsächlich Kapitalmaßnahmen durchgeführt wurden,¹² weil diese der Geschäftsführung bekannt sind bzw bekannt sein müssen und daher auch in den Bericht gem § 6 Abs 2 EU-VerschG Eingang finden sollen, um dessen Richtigkeit zu gewährleisten.

Bei der *übernehmenden* Gesellschaft ist uE auf den Zustand nach Durchführung, dh nach bzw mit Wirksamwerden, der Verschmelzung abzustellen. Grundlage der Beurteilung ist dabei grundsätzlich die jeweilige nach dem für die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft maßgeblichen Recht erstellte Bilanz. Änderungen, die durch bzw bis zum Wirksamwerden der Verschmelzung tatsächlich eintreten (werden), sind dabei uE grundsätzlich zu beachten.¹³ Derartige Veränderungen sind im Bericht der Geschäftsführung vorzuzeichnen, und es ist im Regelfall davon auszugehen, dass der Geschäftsführung bei vorausschauender Betrachtung bereits in der Vorbereitungsphase derartige Änderungen bekannt sein werden. Dabei ergeben sich folgende zusätzliche Fragestellungen:

Einerseits bedingt und erfordert dies *in praxi* ein Zusammenwirken der Geschäftsführungsorgane der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften bei Exportverschmelzung. Zwar handelt es sich gem § 6 EU-VerschG nach dem Grundkonzept des Gesetzes um einen Bericht (bloß) der übertragenden Gesellschaft; ausgehend von § 6 Abs 2 EU-VerschG, der neben der österreichischen übertragenden Gesellschaft auch die Angaben hinsichtlich der übernehmenden Gesellschaft (siehe dazu noch unten Pkt III.2.) mit einbezieht, ist jedoch zumindest hinsichtlich der von dieser Bestimmung geforderten Angaben von einem „materiell gemeinsamen“ Bericht der Geschäftsführungsorgane auszugehen; nicht zuletzt aus Haftungsgesichtspunkten heraus ist daher die Mitwirkung bei der Erstellung des Berichts (und allenfalls auch die Mitunterfertigung) der Mitglieder der Geschäftsführung der übernehmenden Gesellschaft – zumindest hinsichtlich der gem § 6 Abs 2 EU-VerschG geforderten Passagen im Bericht – erwägenswert.¹⁴

Andererseits ist das Schicksal im Zeitpunkt der Erstellung der Verschmelzungsdokumentation (dh im Zeitpunkt der Erstellung der Berichte gem § 6 Abs 2 und § 7 Abs 4 EU-VerschG) unerwarteter Kapitalmaßnahmen unklar. Die oben vertretene Rechtsansicht (dh Einbeziehung auch künftiger Kapitalmaßnahmen bis zum Wirksamwerden der Verschmelzung) könnte nämlich *de facto* zu einer Sperre von Kapitalmaßnahmen vor allem auch bei der übernehmenden Gesellschaft für einen Zeitraum von zumindest zwei Monaten führen.¹⁵ Soweit es sich um im Zuge der Verschmelzung oh-

⁷ Bei nationalen Verschmelzungen sind jedenfalls Maßnahmen zur Neutralisierung des kapitalentsperrenden Effekts erforderlich, sonst ist die Verschmelzung mit Nichtigkeit bedroht; vgl zusammenfassend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 82 Rz 17g mwN.

⁸ Vgl *St. Frotz in Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2008) § 3 Rz 21; *Kaufmann*, ebenda, § 13 Rz 15; *Fida/Grossmayer*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften nach dem EU-VerschG, SWK 2008, W 75 (W 80); *Aburumieh/Foglar-Deinhardstein/Zelikovics*, Verschmelzung nach dem EU-VerschG (Checkliste), ecolex 2009, 45 (45 FN 8).

⁹ *Kaufmann in Frotz/Kaufmann*, Verschmelzungen, § 13 Rz 15 mwN.

¹⁰ *Ch. Nowotny*, Gläubigerschutz, 351.

¹¹ Vgl *Ch. Nowotny*, Gläubigerschutz, 353.

¹² Siehe die zur Heranziehung der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft vorgebrachten Pro- und Kontra-Argumente bei *Ch. Nowotny*, Gläubigerschutz, 353.

¹³ Vgl *Ch. Nowotny*, Gläubigerschutz, 353.

¹⁴ Ein gemeinsamer Geschäftsführungsbericht ist aus österreichischer Sicht zulässig; vgl *Wenger in Frotz/Kaufmann*, Verschmelzungen, § 6 Rz 6 ff; *Hable/Gassner*, EU-VerschG (2007) § 6, 99; *Aburumieh/Foglar-Deinhardstein/Zelikovics*, ecolex 2009, 46. Sollte aus dem Blickwinkel des auf den ausländischen Verschmelzungspartners anwendbaren Rechts die Erstellung eines gemeinsamen Berichts unzulässig sein, schadet dies uE für die gegenständliche Fragestellung grundsätzlich nicht, da es sich bei den Angaben des § 6 Abs 2 EU-VerschG um ein österreichisch-rechtliches Erfordernis handelt.

¹⁵ *Qua* § 13 EU-VerschG; rein praktisch wird dieser Zeitraum noch länger ausfallen.

nedies „mitgeplante“ Maßnahmen handelt (zB Kapital-„Ein-schüsse“ oder Kapitalerhöhungen bei der übernehmenden Gesellschaft nach dem für diese maßgeblichen Recht zur Vermeidung eines kapitalentsperrenden Effekts iSd österreichischen Rechts), erscheint dies unproblematisch. Hier ist es umgekehrt gerade erwünscht, diese Maßnahmen in die Darstellung mit einzubeziehen. Ansonsten wäre der Umstand eines kapitalentsperrenden Effekts im Zuge der Vorbereitung eines Exportverschmelzungsvorgangs überhaupt nicht oder jedenfalls nicht in einem sinnvollen Zeitrahmen sanierbar. Ein solches Ergebnis kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, zumal er selbst in § 13 Abs 1 EU-VerschG den Zustand bei der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft nach „Eintragung der Verschmelzung“¹⁶ anspricht; uE sind iSd auch die entsprechenden Anordnungen in § 6 Abs 2, § 7 Abs 4 und § 8 Abs 2 Z 3 EU-VerschG zu verstehen. Ob die jeweiligen Kapitalmaßnahmen allenfalls in der Eröffnungsbilanz der übernehmenden Gesellschaft – so eine solche überhaupt erstellt wird – oder aber erst im nächsten Jahresabschluss darzustellen sind,¹⁷ ist dabei eine Frage des jeweiligen ausländischen Rechts und aus österreichischer Sicht nicht maßgeblich.

Unproblematisch sind uE darüber hinausgehend Fälle, in denen zwischen der Vorbereitungsphase der Verschmelzung und deren Wirksamwerden das gebundene Kapital bei der übernehmenden Gesellschaft erhöht wird. Kommt es jedoch bis zur wirksamen Durchführung der Verschmelzung zu einer (ungeplanten) Herabsetzung des gebundenen Kapitals bei der übernehmenden Gesellschaft, könnte dies aus österreichischer Sicht grundsätzlich zum Scheitern des Verschmelzungsvorgangs führen.¹⁸ Vor dem Hintergrund, dass auch bei sonstigen Umstrukturierungsmaßnahmen der maßgebliche Zeitpunkt für eingetretene Veränderungen bzw Verschlechterungen der Vermögenslage jener des Zeitpunkts der Anmeldung beim Firmenbuch ist,¹⁹ könnte fraglich sein, ob derartige

Umstände von der Geschäftsführung, dh diesfalls der österreichischen (!) übertragenden Gesellschaft, im Rahmen der Anmeldung der beabsichtigten grenzüberschreitenden Verschmelzung gem § 14 EU-VerschG – soweit sich diese vor diesem Zeitpunkt verwirklicht haben – proaktiv offenzulegen sind.

1.2. Maßgebliche Vergleichsgrößen

Zur Beurteilung des kapitalherabsetzenden Effekts gem EU-VerschG ist jedenfalls immer auf die Summe von Nennkapital und gebundenen Rücklagen abzustellen. Daher schadet uE etwa ein Nennkapital der übernehmenden Gesellschaft, das allenfalls niedriger ist als das der übertragenden Gesellschaft, nicht, solange der „Fehlbetrag“ durch die gebundenen Rücklagen aufgewogen wird.

Ob allfällige Rücklagen einer ausländischen Gesellschaft als „gebunden“ iSd EU-VerschG zu qualifizieren sind, ist in einem zweistufigen Prüfungsverfahren festzustellen:²⁰ Zunächst ist die Regelung der ausländischen Rechtsordnung zu gebundenen Rücklagen zu untersuchen. Dann ist zu prüfen, ob die Qualität der ausländischen gebundenen Rücklagen jener der österreichischen gebundenen Rücklagen (§ 229 UGB; § 23 GmbHG²¹)²² gleichwertig ist. Die Beurteilung der Gleichwertigkeit kann im Einzelnen erhebliche Schwierigkeiten bereiten.²³

Jedenfalls ist gebundenes Kapital bei der übernehmenden Gesellschaft in zumindest gleicher Höhe wie bei der übertragenden zur Vermeidung des kapitalherabsetzenden Effekts gem EU-VerschG ausreichend (ein Delta von „+/- null“ ist ausreichend).²⁴

2. Mehrere übertragende Gesellschaften

Wenn es *mehrere* übertragende Gesellschaften, davon jedoch nur *eine österreichische* übertragende Gesellschaft, gibt, sind uE bei der Beurteilung eines kapitalherabsetzenden Effekts *bloß* die österreichische übertragende Gesellschaft sowie die übernehmende Gesellschaft zu berücksichtigen. Die Kapitalien der ausländischen übertragenden Gesellschaften spielen weder in Summe noch im jeweiligen Einzelbetrag für den Kapitalentsperrungstest eine Rolle.

Selbst wenn es *mehrere österreichische* übertragende Gesellschaften gibt, ist uE für die Beurteilung der Kapitalent-

¹⁶ UE ist diese Bestimmung iSd „korrigierend“ zu lesen, als es wohl auf den Zeitpunkt des „Wirksamwerdens“ der Verschmelzung ankommt. Zwar wird nach vielen ausländischen Rechtsordnungen der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung mit jenem der Eintragung der Verschmelzung zusammenfallen, doch sind auch Fälle denkbar, wo die Wirksamkeit der Verschmelzung von der Registereintragung unabhängig ist (vgl etwa die niederländische Rechtslage).

¹⁷ Vgl dazu zu rein nationalen Sachverhalten, dh innerstaatlichen Verschmelzungen, Ch. Nowotny, Kapitalerhaltung bei Verschmelzungen und Spaltungen, RWZ 2000, 97 (98).

¹⁸ Dieses Ergebnis kann aus praktischen Erwägungen heraus unerwünscht sein; zumindest erwägenswert erschiene, jedenfalls bei besonderer Rechtfertigung und Ergriffung besonderer Schutzmaßnahmen für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft von diesem Ergebnis abzuweichen. Grundsätzlich müssten wohl die Vorgaben des § 8 Abs 2 Z 3 letzter Satz und auch des § 13 Abs 1 vorletzter Satz EU-VerschG eingehalten worden sein; fraglich ist, inwieweit die Angaben im Bericht gem § 6 Abs 2 (§ 7 Abs 4) EU-VerschG durch sonstige Maßnahmen „substituierbar“ und damit verzichtbar erscheinen, da Gläubiger allenfalls aufgrund der ursprünglichen Darstellung im Bericht auf die Stellung eines Sicherstellungsbegehrens überhaupt verzichtet haben; dies hängt wohl auch von sonstigen, zusätzlichen Sicherungsmaßnahmen zugunsten der Gläubiger ab. Unter Umständen wäre auch eine neuerliche kurzfristige Verständigung der Gläubiger gem § 8 Abs 2 Z 3 letzter Satz EU-VerschG zu überlegen; fraglich ist dabei, inwieweit eine solche Verständigung die Frist des § 13 EU-VerschG – unter Umständen nochmalig (?) – auslöst. Allgemein zu Änderungen nach Aufstellung und Offenlegung eines (innerstaatlichen) Verschmelzungsplans Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung (1997) § 221a AktG Rz 16.

¹⁹ Vgl zur nationalen Verschmelzung OLG Wien 18.2.2004, 28 R 391/03f, GesRZ 2004, 204 (207); zur entsprechenden amtswegigen Prüfpflicht des

Firmenbuchgerichts G. Nowotny, Die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts in Umgründungs- und Sacheinlagefällen, NZ 2006, 257 (263).

²⁰ Kohlhauser, Gläubigerschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung europarechtskonform? RdW 2008, 441 (442 f); Wenger in Frotz/Kaufmann, Verschmelzungen, § 6 Rz 25.

²¹ Der Verweis in § 23 GmbHG muss korrigierend auf – den § 130 AktG af nach Inkrafttreten des AktRÄG 2009 ersetzenden – § 229 UGB umgedeutet werden; vgl § 262 Abs 15 letzter Satz AktG.

²² Vgl allgemein zu den gebundenen Rücklagen E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG (2003) § 130 Rz 1 ff.

²³ Vgl Wenger in Frotz/Kaufmann, Verschmelzungen, § 6 Rz 25; Ch. Nowotny, Gläubigerschutz, 353.

²⁴ Weiters wäre eine korrigierende Auslegung der maßgeblichen Bestimmungen des EU-VerschG dahin gehend zu erwägen, gebundenes, aber nicht mehr gedecktes, und (vereinfacht) herabzusetzendes Kapital der übertragenden Gesellschaft vom Begriffsverständnis des gebundenen Kapitals auszunehmen; vgl dazu generell zur Kapitalentsperrung Kalss/Schauer, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts (2006) 626; Eckert, Kapitalentsperrung bei Verschmelzungen (Teil II), GeS 2006, 436 (437).

sperrung nur eine übertragende Gesellschaft – nämlich die österreichische mit dem betragsmäßig höchsten gebundenen Kapital –, aber nicht der Gesamtbetrag des gebundenen Kapitals der übertragenden österreichischen Gesellschaften maßgeblich.

Das Gesetz selbst schweigt zu diesen Fragen. § 8 Abs 2 Z 3 und § 13 EU-VerschG sprechen jeweils von *der* übertragenden Gesellschaft. § 6 Abs 2 und § 7 Abs 4 EU-VerschG stellen demgegenüber auf *die* beteiligten Gesellschaften ab. Damit sind uE aber wiederum nur die (eine)²⁵ österreichische übertragende und die (eine) übernehmende Gesellschaft gemeint. Der Gesetzgeber hatte bei der Abfassung des EU-VerschG (wohl nur) den klassischen Fall vor Augen, dass es nur eine übertragende Gesellschaft gibt. Die Frage mehrerer übertragender Gesellschaften wurde bei der Formulierung der Vorschriften zur Kapitalentsperrung bei der Exportverschmelzung uE außer Acht gelassen.

Für die oben dargestellte Sichtweise sprechen aber folgende Argumente:

2.1. Der Schutz der Gläubiger der an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten ausländischen Gesellschaften ist nicht Sache des österreichischen Rechts, sondern des auf die jeweilige Gesellschaft (bis zum Eintritt der Rechtswirkungen der Verschmelzung) anwendbaren Personalstatuts.²⁶ Diesem Grundsatz entsprechen die Regelungen des EU-VerschG: 1.) Wegen der kollisionsrechtlichen Beschränkungen für das österreichische Recht, für den Schutz der Gläubiger Sorge zu tragen, sieht das EU-VerschG ein der Verschmelzung vorgelagertes Gläubigerschutzregime für die Gläubiger der österreichischen Gesellschaft vor.²⁷ 2.) Nur bei der Exportverschmelzung stellt das EU-VerschG auf die Kapitalentsperrung ab, während diese bei der Importverschmelzung außer Betracht bleibt. Bei der Hereinverschmelzung wären nämlich nur die Gläubiger des ausländischen Rechtsträgers von einer allfälligen Kapitalentsperrung betroffen, deren Schutz allein dem bis zum Eintritt der Rechtswirkungen der Verschmelzung anwendbaren ausländischen Personalstatut obliegt.²⁸ Die einschlägigen österreichischen Regelungen können daher auch für *ausländische* übertragende Gesellschaften, die ihr Vermögen auf eine *ausländische* übernehmende Gesellschaft übertragen, keine Anwendung finden, selbst wenn dies im Rahmen einer Verschmelzung geschieht, die aus österreichischer Sicht – durch Teilnahme zumindest einer österreichischen übertragenden Gesellschaft – eine Exportverschmelzung ist. Dies wäre uE auch mit den europarechtlichen Grundfreiheiten nur schwer in Einklang zu bringen.²⁹

2.2. Selbst im Fall mehrerer *österreichischer* übertragender Gesellschaften, auf die das EU-VerschG selbstverständlich anwendbar wäre, wäre für die Beurteilung der Kapitalentsperrung nur eine übertragende Gesellschaft – nämlich die österreichische übertragende mit dem betragsmäßig höchsten ge-

bundenen Kapital –, aber nicht der Gesamtbetrag des gebundenen Kapitals der österreichischen übertragenden Gesellschaften maßgeblich.

Die Regelungen des EU-VerschG zur Kapitalentsperrung greifen den von der Judikatur entwickelten Grundsatz auf, wonach die Verschmelzung einer übertragenden Gesellschaft mit höherem gebundenen Kapital auf eine übernehmende Gesellschaft mit niedrigerem gebundenen Kapital aus Gründen des Gläubigerschutzes problematisch sein kann. Dieser Grundsatz wurde vom OGH am konkreten Sachverhalt der Verschmelzung einer österreichischen übertragenden auf eine österreichische übernehmende Gesellschaft entwickelt.³⁰ Dahinter steht der Gedanke, dass kein Gläubiger der übertragenden Gesellschaft sich nach Durchführung der Verschmelzung – und dem Wegfall der übertragenden Gesellschaft – mit einer Gesellschaft als Schuldner konfrontiert sehen soll, deren gebundenes Kapital im absoluten Betrag niedriger ist als das gebundene Kapital der übertragenden Gesellschaft unmittelbar vor der Verschmelzung. Daraus folgt aber nicht,³¹ dass der Gläubigerschutz gebieten würde, dass die übernehmende Gesellschaft ein gebundenes Kapital in Höhe der Summe der gebundenen Kapitalien von übertragender Gesellschaft und übernehmender Gesellschaft hat. Im Verschmelzungsrecht gilt – anders als im Spaltungsrecht – nach hA³² kein Summengrundsatz.³³ Ein solcher Summengrundsatz bei der Verschmelzung würde nämlich im Ergebnis überschießenderweise dazu führen, dass (vorerst) nicht nur der absolute Betrag des gebundenen Kapitals, sondern darüber hinaus die Eigenkapitalquote der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft fortgeführt werden müssten: Das Verhältnis des Gesamtbetrags des gebundenen Kapitals zum Gesamtbetrag der Verbindlichkeiten müsste vor und nach Durchführung der Verschmelzung gleich sein.

Wie Eckert demgegenüber überzeugend gezeigt hat, führt – allgemein gesprochen – der österreichische gesellschaftsrechtliche Kapitalschutz aber lediglich dazu, dass der absolute Betrag des gebundenen Kapitals zu erhalten ist, während eine Gesellschaft jederzeit frei ist, Verbindlichkeiten aufzunehmen – sogar die Dividendenausschüttungen dürfen (und müssen allenfalls) über Verbindlichkeiten finanziert werden.³⁴ Das für die *einzelne* Kapitalgesellschaft geltende Schutzniveau ist aber auch der Maßstab, der für die Prüfung der Verschmelzung *mehrerer* Kapitalgesellschaften anzulegen ist. Daraus folgt, dass zwar im Zuge der Verschmelzung die jeweils höchste³⁵ Kapitalziffer zu erhalten ist, die Gläubiger aber allenfalls in Kauf zu nehmen haben, dass die Verschuldung durch die Verschmelzung zunimmt; geschützt wird der Eigenkapitalbetrag, nicht die Eigenkapitalquote.³⁶

²⁵ Bzw die eine maßgebliche; siehe dazu unten.

²⁶ St. Frotz in Frotz/Kaufmann, Verschmelzungen, § 1 Rz 21; Aburumieh/Foglar-Deinhardstein/Zelikovics, ecolx 2009, 48; Hable/Gassner, EU-VerschG, § 13, 153; vgl Kalls/Eckert, Kapitalschutz und Verschmelzungen über die Grenze, in Frey, Corporate Crossing (2007) 57 (90); Eckert, GeS 2006, 441. Siehe ErlRV 171 BlgNR 23. GP, 14 (zu § 8 Abs 2).

²⁸ Eckert, GeS 2006, 441; Kalls/Eckert, Kapitalschutz, 90; M. Doralt, Cross-Border Mergers – A Glimpse into the Future, ECFR 1/2007, 17 (FN 97).

²⁹ Vgl allgemein auch M. Doralt, ECFR 1/2007, 39.

³⁰ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

³¹ Eckert, GeS 2006, 383 ff; Kalls/Schauer, Reform, 628; vgl auch Koppenteiner, Gläubigerschutz bei der Verschmelzung von AG, in FS Westermann (2008) 1157 (1161 f); Kalls/Eckert, GesRZ 2008, 85.

³² AA offenbar teilweise die Firmenbuchpraxis; vgl Kalls/Eckert, GesRZ 2007, 225; Schindler/Brix in Straube, GmbHG (2008) § 96 Rz 93.

³³ Deshalb ist nach der Judikatur die Verschmelzung einer niedriger kapitalisierten auf eine höher kapitalisierte Gesellschaft nicht *per se* problematisch; vgl OLG Wien 30.5.2007, 28 R 16/07i, GesRZ 2007, 425, insb 426 (Piringer/Hochedlinger).

³⁴ Eckert, GeS 2006, 385.

³⁵ Kalls/Schauer, Reform, 628.

³⁶ Vgl Kalls/Eckert, GesRZ 2008, 85 mwN; Eckert, GeS 2006, 385.

Diese Grundsätze müssen konsequenterweise auch gelten, wenn mehr als eine (österreichische) übertragende Gesellschaft an der (grenzüberschreitenden) Verschmelzung beteiligt ist. Maßgeblich kann auch hier nur der jeweils höchste absolute Betrag des gebundenen Kapitals der beteiligten (österreichischen) Gesellschaften sein. Die Gläubiger der einen übertragenden Gesellschaft sind aber nicht prinzipiell – dh nicht im Rahmen der starren Regeln der Kapitalerhaltung – davor zu schützen, dass die übernehmende Gesellschaft im Wege der Verschmelzung auch die Verbindlichkeiten der anderen übertragenden Gesellschaften übernimmt.³⁷

Auch eine Aufsummierung der gebundenen Kapitalien mehrerer (österreichischer) übertragender Gesellschaften scheidet daher aus: Wenn schon das Kapital der übernehmenden Gesellschaft nicht zum Kapital *einer* übertragenden Gesellschaft addiert wird, muss sachlich auch die Zusammenzählung der Kapitalien *mehrerer* übertragender Gesellschaften unterbleiben. Aus Sicht des Gläubigers einer von mehreren (österreichischen) übertragenden Gesellschaften und des ihm gebührenden Schutzes (nach österreichischem Recht) gibt es im Hinblick auf die Konsequenzen der Verschmelzung keinen sachlichen Unterschied zwischen den Kapitalien der übrigen übertragenden Gesellschaften und dem Kapital der übernehmenden Gesellschaft, mit anderen Worten: Die Nichtbeachtung der gebundenen Kapitalien der übrigen (österreichischen) übertragenden Gesellschaften führt zu keiner Schlechterstellung im Vergleich zur – wegen der Unanwendbarkeit des Summungsgrundsatzes gebotenen – Nichtberücksichtigung des gebundenen Kapitals der übernehmenden Gesellschaft bei der Ermittlung der „Ausgangsbasis“ (Status vor der Verschmelzung) für den Kapitalentsperrungstest. Denn die zur Kapitalentsperrung entwickelten Schutzinstrumentarien zielen lediglich darauf ab, die *höchste* bei den beteiligten Gesellschaften vorhandene Kapitalziffer zu schützen.

2.3. Dieses Ergebnis wird durch folgende Kontrollüberlegung bestätigt: Grundsätzlich steht es den am Verschmelzungsvorgang beteiligten Gesellschaften frei, im Falle einer „Mehrfachverschmelzung“ (dh Beteiligung mehrerer übertragender Gesellschaften am Verschmelzungsvorgang) diese in einem Durchgang oder in separaten Schritten durchzuführen. Die Durchführung in einzelnen Schritten könnte dabei die praktische Abwicklung der Verschmelzung vereinfachen; so kann die Beachtung bloß zweier Rechtsordnungen anstelle bspw dreier Rechtsordnungen die Erstellung des gemeinsamen und gleichlautenden Verschmelzungsplans nicht unwesentlich vereinfachen. Werden derartige „einzelne“ Verschmelzungen zum selben Stichtag und – allenfalls (sofern dies das Recht der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft zulässt) – zum selben Wirksamkeitsdatum durchgeführt (zB Eintragung aller separaten Verschmelzungen im Register der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft am selben Tag), wären – rein formal betrachtet – aus Sicht der „einzelnen“ österreichischen Gesellschaft bloß das gebundene Kapital dieser (österreichischen übertragenden) Gesellschaft und jenes der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft zu beachten. Eine „Schlechterstellung“ einer Ver-

schmelzung in einem Durchgang gegenüber mehreren kombinierten, separaten Verschmelzungsschritten ist durch den Wortlaut des EU-VerschG nicht gedeckt und wohl auch nicht gerechtfertigt.³⁸

2.4. UE sind daher auch in die Berichte gem § 6 Abs 2 und § 7 Abs 4 EU-VerschG lediglich die Angaben der (einen oder der mehreren) österreichischen Gesellschaft(en) und der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft aufzunehmen, nicht aber dahingehende Angaben sonstiger ausländischer übertragender Gesellschaften. Bei Vorliegen mehrerer österreichischer übertragender Gesellschaften ist dabei für die Beurteilung der Kapitalentsperrung aber – wie gezeigt – nur jene mit dem höchsten gebundenen Kapital maßgeblich.

3. Ausdehnung auf sonstige „gläubigerschädigende“ Sachverhalte?

Wie einleitend ausgeführt, beschäftigt sich dieser Beitrag lediglich mit den zur Kapitalentsperrung bestehenden Vorgaben des EU-VerschG; diese stellen aber nicht die einzigen Gefahren für Gläubiger der am Verschmelzungsvorgang beteiligten Gesellschaften dar.³⁹ An dieser Stelle sei noch folgende zusätzliche Erwägung angestellt: Gläubigergefahren können sich gerade auch bei Fehlen eines kapitalentsperrenden Effekts – eines sehr formalen Kriteriums zur Beurteilung der Gläubigergefährdung – verwirklichen; so ist es denkbar, dass die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft zwar ein gleich hohes oder höheres gebundenes Kapital wie/als die übertragende Gesellschaft hat, trotz „Unbedenklichkeit“ der Kennziffern des gebundenen Kapitals aber sehr hohe Verluste oder sogar ein negatives Eigenkapital vorliegen. Es ist zu hinterfragen, ob in einem solchen Fall, in dem die Gefahr einer möglicherweise beträchtlichen Beeinträchtigung der Gläubiger auf der Hand liegt, die Bestimmungen des EU-VerschG, welche nach dem Gesetzeswortlaut bloß auf eine Kapitalentsperrung zugeschnitten sind, analog auch auf derartige Konstellationen anzuwenden sind. Richtig erscheint die Auffassung, dass Exportverschmelzungsvorgänge jedenfalls (auch) unter dem Blickwinkel der Sittenwidrigkeit zu prüfen sind, selbst wenn kein kapitalentsperrender Effekt verwirklicht wird.⁴⁰ Die Abfederung dahingehender Gefahren (bloß) über den Sicherstellungsanspruch gem § 13 EU-VerschG reicht hier im Einzelfall unter Umständen nicht aus. In diesen Fällen ist die analoge Anwendung der bei kapitalentsperrendem Effekt vorgesehenen Maßnahmen (Hinweispflicht im Verschmelzungsbericht, Verständigungspflicht bekannter Gläubiger und vereinfachte Sicherstellung der Gläubiger) zumindest zu erwägen.⁴¹ Die analoge Ausdehnung der dahingehenden Bestimmungen des EU-VerschG kommt aber nur im Einzelfall in Betracht und wird hier maßgeblich von den

³⁷ Freilich kann die Verschmelzung mehrerer Gesellschaften, die zur Zusammenführung von hohen Verbindlichkeiten führt, aus anderen Gründen unzulässig sein.

³⁸ Hier wird natürlich nicht übersehen, dass – unabhängig von der separaten Betrachtung der Kapitalziffern – der allgemeine Gläubigerschutz die Zusammenschau der kombinierten Verschmelzungen gebieten kann.

³⁹ Vgl allgemein zu Gläubigergefahren bei Umgründungen *Kalss/Eckert*, GesRZ 2008, 81 ff; *Kalss*, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften, ZGR 2009, 74.

⁴⁰ Vgl *St. Frotz* in *Frotz/Kaufmann*, Verschmelzungen, § 3 Rz 21.

⁴¹ Ablehnend zur direkten Verständigungspflicht bekannter Gläubiger *St. Frotz* in *Frotz/Kaufmann*, Verschmelzungen, § 3 Rz 21 (Verständigung nur unter den Voraussetzungen des § 8 Abs 2 Z 3 EU-VerschG).

sonstigen Begleitmaßnahmen im Zuge einer solchen – aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls andernfalls als sittenwidrig einzustufenden – Verschmelzung abhängen. Eine pauschale Analogie ist uE abzulehnen, weil der Gesetzgeber bewusst das sehr formale Anknüpfungskriterium der Kapitalentsperrung gewählt hat, das für sich und von der Gesamtbeurteilung der konkreten Umstände des Einzelfalls abgelöst zu beurteilen ist; demgegenüber wird das individuelle Gläubigerschutzkonzept von den konkreten Umständen der Verschmelzung und den konkret in Betracht gezogenen Schutzmaßnahmen abhängen. In diesem Rahmen kann uE aber eine „freiwillige analoge Anwendung“, dh die freiwillige Unterwerfung unter das Regime der Bestimmungen zur Kapitalentsperrung (allenfalls kombiniert mit sonstigen Maßnahmen), dazu dienen, die Zulässigkeit eines ansonsten möglicherweise unzulässigen – weil sittenwidrigen – Verschmelzungsvorgangs zu bewirken.

IV. Zusammenfassung

Die Verschmelzung einer österreichischen Gesellschaft auf eine ausländische aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ist – abweichend vom nationalen Verschmelzungsrecht – im Rahmen des EU-VerschG jedenfalls auch dann zulässig, wenn ein kapitalentsperrender Effekt verwirklicht

wird. Diesfalls greifen jedoch als Ausgleich besondere Schutzmechanismen; insb wird bei einer solchen Verschmelzung unwiderleglich vermutet, dass diese zu einer Gläubigergefährdung führt.

Sind an einem Verschmelzungsvorgang mehrere (österreichische oder österreichische und ausländische) übertragende Gesellschaften beteiligt, ist für die Beurteilung eines allfälligen kapitalentsperrenden Effekts das gebundene Kapital der ausländischen übertragenden Gesellschaften immer unerheblich. Neben dem gebundenen Kapital der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft ist das gebundene Kapital der österreichischen übertragenden Gesellschaft maßgeblich, bei mehreren österreichischen übertragenden Gesellschaften das gebundene Kapital jener österreichischen übertragenden Gesellschaft, das unter den österreichischen übertragenden Gesellschaften am höchsten ausfällt. Im Verschmelzungsrecht gilt nämlich kein Summengrundsatz; vielmehr soll (lediglich) die jeweils höchste Kapitalziffer geschützt werden.

Das Gläubigerschutzsystem des EU-VerschG bei Kapitalentsperrung könnte über diesen Anwendungsfall hinausgehend ausgedehnt werden und als – allenfalls von zusätzlichen Maßnahmen zu begleitender – Maßstab für die Zulässigkeit von sonst potenziell gläubigergefährdenden Verschmelzungsvorgängen dienen.

DER KLASSIKER ZUM GMBH-GESETZ

- Aktueller Stand
- Neuaufnahme des GesAusG
- Straffung des Anmerkungsapparates
- Einarbeitung der jüngsten Rechtsprechung und Judikatur

Bearbeitet von:

Mag. Erich Feil

Richter im Ruhestand, Autor zahlreicher Monografien und Kommentare (u.a. zur Exekutionsordnung, zur Konkursordnung und zum Außerstreitgesetz)



Gellis
2009, 960 Seiten, Ln.
ISBN 978-3-7073-1446-5
EUR 179,-