



B e s c h l u s s

Firmenbuchsache: **E* V*** GmbH**
Sitz in K***

Der Antrag auf Eintragung der beabsichtigten Verschmelzung der E* V*** GmbH als übertragende Gesellschaft mit der F*** Holding GmbH mit dem Sitz in A***, HRB ***** Amtsgericht T***, als übernehmende Gesellschaft samt Ausstellung einer Rechtmäßigkeitsbescheinigung gemäß § 14 Abs 3 EU-VerschG wird **a b g e w i e s e n .**

Begründung

Mit der am 29.08.2008 überreichten Anmeldung begehren die Geschäftsführer der übertragenden Gesellschaft die Eintragung der beabsichtigten Exportverschmelzung gemäß § 14 EU-VerschG. Aus den mit der Anmeldung vorgelegten Urkunden ergeben sich folgende wesentlichen Feststellungen:

1. Vorbereitungshandlungen

Die für die Verschmelzung erforderlichen Vorbereitungshandlungen wurden vorgenommen, konkret

- Erstellung des Verschmelzungsplans durch die Geschäftsführer beider Gesellschaften mit notarieller Urkunde des Notars F*** S***, Berlin, vom 24.06.2008;
- die am 27.06.2008 erfolgte Einreichung des Verschmelzungsplans beim Firmenbuchgericht (64 Fr ***/08 d);
- die Veröffentlichung im Amtsblatt der Wiener Zeitung am 01.07.2008 mit folgendem Wortlaut:

„Gemäß Verschmelzungsplan, beurkundet am 24.06.2008, soll die E* V*** GmbH mit Sitz in K***, eingetragen im Firmenbuch des Landesgerichts Innsbruck zu Firmenbuchnummer (FN) ***** f und der postalischen Anschrift M***gasse 12, A-**** K*** als übertragende Gesellschaft verschmolzen werden auf die F*** Holding GmbH in A***, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts T*** zur HRB ***** und mit der postalischen Anschrift B***str. 3 D-***** A***.

Der Verschmelzungsplan - Urkunde ... des Notars F*** S*** ... vom 24.06.2008 - wurde hinterlegt für E* V*** GmbH beim Landesgericht Innsbruck - Handelsregister - Maximilianstraße 15, A-6120 Innsbruck und die F*** Holding GmbH beim Amtsgericht T*** - Handelsregister - im Rahmen der elektronischen Registeranmeldung, jeweils unter dem 25.06.2008.

Die Gläubiger der E* V*** GmbH werden aufgefordert, sich binnen zwei Monaten nach dem Tag, an dem der Verschmelzungsplan im Amtsblatt der Wiener Zeitung bekannt gemacht ist, schriftlich zu diesem Zweck zu melden, um für bis dahin entstandene Forderungen Sicherheitsleistung zu verlangen. Den Gläubigern steht dieses Recht jedoch nur zu, wenn sie glaubhaft machen, dass durch die Verschmelzung die Erfüllung ihrer Forderungen gefährdet wird.

Einer solchen Glaubhaftmachung bedarf es nicht, wenn die Summe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft, wie sie nach Eintragung der Verschmelzung besteht, niedriger ist als die Summe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft. Das Recht, Sicherheitsleistung zu verlangen, steht solchen Gläubigern nicht zu, die im Falle des Konkurses ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichteten und behördlich überwachten Deckungsmasse haben“

- die direkte Übermittlung der relevanten Unterlagen (Verschmelzungsplan, Jahresabschlüsse und Lageberichte der beteiligten Gesellschaften der letzten drei Jahre) an die Alleingesellschafterin.

2. Schlussbilanz

Die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft samt Anhang ist Teil des Verschmelzungsplans. Im Verschmelzungsplan erfolgt zudem die Erläuterung der Schlussbilanz, im Wesentlichen in der Form einer Kommentierung der Angaben des Anhangs der Schlussbilanz.

3. Buchmäßige Überschuldung

Die übertragende Gesellschaft ist buchmäßig überschuldet und weist ein negatives Eigenkapital von gerundet € 543.000 aus. Das Stammkapital von ATS 500.000 ist zur Hälfte eingezahlt, das negative Eigenkapital resultiert aus Verlustvorträgen und dem Jahresverlust des Geschäftsjahres 2007. Das wesentliche Anlagevermögen der Gesellschaft besteht aus einer mit dem Betrag von gerundet € 1,628.000,- aktivierten Marke.

Passivseitig weist die übertragende Gesellschaft (u.a.) Verbindlichkeiten in Höhe von gerundet € 2,071.000,- gegenüber ihrer Mutter (der übernehmenden Gesellschaft) aus.

Die Geschäftsführung nimmt im Anhang zur Frage der insolvenzrechtlichen Überschuldung Stellung und führt aus, dass die einzige wesentliche Verbindlichkeit, nämlich jene gegenüber der Muttergesellschaft, bereits beim – auf diese Weise finanzierten - Kauf der (aktivierten) Marke bis zur Leistung erster Lizenzzahlungen (für diese Marke) gestundet worden sei. Im Weiteren seien die Pläne zur Verwertung der Marke geändert worden, diese Verwertung solle nunmehr über die Muttergesellschaft erfolgen; deshalb werde auch die (grenzüberschreitende) Verschmelzung vorgenommen werden.

Außerdem sei von stillen Reserven im immateriellen Anlagevermögen, insbesondere bei der genannten Marke, von rund € 550.500,- auszugehen, weshalb eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts nicht vorliege.

Über das Vorhandensein der angesprochenen stillen Reserven wurde in Entsprechung eines diesbezüglichen Verbesserungsauftrages eine gutachterliche Stellungnahme der a*** Rechtsanwälte, Dr. Markus B***, München beigebracht, aus der sich ein Mindestwert der Marke „M*** P****“ von € 2,150.000 ableiten lässt.

4. Beschlussfassungen

Die Beschlussfassung über die grenzüberschreitende Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft erfolgte am 25.08.2008, der entsprechende Gesellschafterbeschluss wurde vorgelegt.

Eine Beschlussfassung bei der übertragenden Gesellschaft unterblieb gemäß § 9 Abs 2 EU-VerschG.

5. Arbeitnehmer

Es liegt auch der Nachweis vor, dass den Arbeitnehmern der übernehmenden Gesellschaft der gemeinsame Verschmelzungsbericht der Geschäftsführungen beider Gesellschaften ausgehändigt wurde, und zwar durch Vorlage der von den namentlich genannten Arbeitnehmern entsprechend signierten Empfangsbestätigungen.

Die übertragende Gesellschaft beschäftigt keine Arbeitnehmer.

6. Erklärungen gemäß § 6 Abs 2 EU-VerschG

Der Verschmelzungsbericht enthält keine Angaben über die Höhe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der beteiligten Gesellschaften.

In Entsprechung eines diesbezüglichen Zwischenerledigungsauftrages des Firmenbuchgerichtes ergänzten die Geschäftsführer der beiden beteiligten Gesellschaften den gemeinsamen Verschmelzungsbericht mit Erklärung vom 10.10./15.10.2008 wie folgt:

„... wird hiermit wie folgt ergänzt, um den Anforderungen des § 6 Abs 2 EU-VerschG zu entsprechen:

Die übertragende Gesellschaft ... weist ein Nennkapital (Stammkapital) von ATS 500.000,00 = EUR 36.336,42 aus, wovon ATS 250.000,00 = EUR 18.168,21 nicht eingezahlt sind. Es bestehen keine gebundenen Rücklagen.

Die übernehmende Gesellschaft ... wies am 13.06.2008 ein Nennkapital (Stammkapital) von EUR 13,407.000,00 aus und weist zum jetzigen Zeitpunkt ein Nennkapital (Stammkapital) von EUR 13,417.000,00 aus. Es bestehen keine gebundenen Rücklagen.

Die gefertigte Geschäftsführung ... erklärt jeweils, dass die Höhe des Nennkapitals sowie der gebundenen Rücklage der F*** Holding GmbH und der E* V*** GmbH

den Arbeitnehmern der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften länger als einen Monat vor dem Tag der Gesellschaftsversammlung, die über die Zustimmung zur Verschmelzung beschließen sollte, bekannt waren, da ihnen die entsprechenden Unterlagen bereits davor zur Verfügung gestellt wurden.“

7. Sicherstellung der Gläubiger gemäß § 13 EU-VerschG

Es fehlte jegliche Erklärung zur Sicherstellung von Gläubigern; in Entsprechung eines diesbezüglichen Zwischenerledigungsauftrages des Firmenbuchgerichtes legte die Geschäftsführung der übertragenden Gesellschaft folgende ergänzende Erklärung vom 10.10./15.10.2008 vor:

„Die Geschäftsführung der E* V*** GmbH mit dem Sitz in K*** erklärt hiermit gem. § 14 (1) Ziff. 9 EU-VerschG, dass sich innerhalb der Frist des § 13 (1) EU-VerschG keine Gläubiger der übertragenden Gesellschaft gemeldet haben, weshalb es zu keiner Befriedigung oder Sicherstellung von Gläubigern kommt.“

8. Erklärung gemäß § 14 Abs 2 EU-VerschG

Die Geschäftsführer haben im Antrag die Erklärung abgegeben, dass alle Gesellschafter durch notariell beurkundete Erklärungen auf eine Klage auf Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit des Verschmelzungsberichtes verzichtet haben und kein Gesellschafter von seinem Recht auf Barabfindung Gebrauch gemacht hat.

9. Unbedenklichkeitsbescheinigung

Die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes Innsbruck (Gebühren und Verkehrssteuern) hinsichtlich der beabsichtigten Exportverschmelzung wurde in Entsprechung des Verbesserungsauftrages vorgelegt.

Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 14 Abs 1 EU-VerschG hat die Geschäftsführung der übertragenden Gesellschaft eine beabsichtigte Verschmelzung auf eine Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat beim zuständigen Sitzgericht der übertragenden Gesellschaft in vertretungsbefugter Anzahl anzumelden.

Mit dieser Anmeldung sind – soweit im konkreten Fall relevant - folgende Unterlagen vorzulegen:

- der Verschmelzungsplan (Z 1)
- der Verschmelzungsbeschluss der übertragenden Gesellschaft (Z 2)
- der Verschmelzungsbericht für die übertragende Gesellschaft (Z 4)
- die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft (Z 6)
- der Nachweis der Veröffentlichung des Verschmelzungsplans in den Bekanntmachungsblättern (Z 7).

Außerdem ist die Vorlage einer Erklärung der Geschäftsführung gemäß § 14 Abs 2 Z 1 erforderlich, dass eine Klage auf Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit des Verschmelzungsbeschlusses innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung nicht erhoben oder zurückgezogen worden ist oder dass alle Gesellschafter durch notariell beurkundete Erklärung auf eine solche Klage verzichtet haben.

Nach Vorlage dieser Unterlagen hat das Firmenbuchgericht zu prüfen, ob die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten ordnungsgemäß erfolgt sind; sollte dies zutreffen, ist die beabsichtigte Verschmelzung im Firmenbuch einzutragen und darüber eine Bescheinigung auszustellen (§ 14 Abs 3). Gegenstand dieser Eintragung ist gemäß § 14 Abs 4 der geplante Sitz der hervorgehenden (übernehmenden) Gesellschaft, deren Register und Registernummer sowie die Tatsache, dass eine Bescheinigung über die Ordnungsmäßigkeit ausgestellt wurde.

In einem nachfolgenden Schritt ist schließlich die Geschäftsführung der übertragenden Gesellschaft verpflichtet, nach Wirksamwerden der Verschmelzung der hervorgehenden Gesellschaft unter Anschluss der entsprechenden Registermitteilung des zuständigen (ausländischen) Registergerichtes die

Anmeldung der Löschung der übertragenden Gesellschaft beim Firmenbuchgericht vorzunehmen.

Aus den getroffenen Feststellungen ist zwanglos ableitbar, welche dieser erforderlichen Schritte ordnungsgemäß gesetzt wurden, sodass hier in der rechtlichen Beurteilung nur mehr auf die strittigen und offen gebliebenen Punkte eingegangen wird.

ad 1. und 4.

Die Beschlussfassung über die Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft erfolgte am 25.08.2008, die Einreichung des Verschmelzungsplans beim Firmenbuchgericht am 27.06.2008 und die Bekanntmachung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung über die erfolgte Einreichung am 01.07.2008.

Gemäß § 8 EU-VerschG gilt auch für die GmbH - im Gegensatz zum nationalen Verschmelzungsrecht -, dass die Geschäftsführer den Verschmelzungsplan mindestens einen Monat vor der Generalversammlung über den Verschmelzungsbeschluss bei dem für die GmbH zuständigen Gericht einzureichen und darüberhinaus zu veröffentlichen haben.

Über diese Einreichung hat die Gesellschaft einen Hinweis in den Bekanntmachungsblättern zu veröffentlichen. Als Mindestinhalt hat diese Veröffentlichung (i) Rechtsform, Firma und Sitz, (ii) Register und Registernummer, (iii) Hinweis auf die Modalitäten für die Ausübung der Gläubigerrechte, (iv) Hinweis auf die Modalitäten für die Ausübung der Rechte von Minderheitsgesellschaftern, (v) Angabe der Anschrift, unter der vollständige Auskünfte über die Modalitäten kostenlos eingeholt werden können (*Wenger in Frotz/Kaufmann, Praxiskommentar, § 8 EU-VerschG Rn 7*). Die Einreichung des Verschmelzungsplans und die Veröffentlichung darüber sind bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung gemäß § 8 Abs 4 EU-VerschG zwingend, eine Verzichtsmöglichkeit wie nach § 232 Abs 2 AktG besteht nicht. Dies wird damit begründet, dass die Regeln auch dem Schutz und der Information der Gläubiger dienen (*Wenger aaO, § 8 EU-VerschG Rn 10*).

Es ist somit davon auszugehen, dass auch bei der Exportverschmelzung zwischen dem Tag der Bekanntmachung der Einreichung des Verschmelzungsplans in den

Bekanntmachungsblättern und der Beschlussfassung über den Verschmelzungsplan zumindest ein Monat liegen muss; nicht erforderlich ist demgegenüber die Wahrung der Zwei-Monatsfrist des § 13 Abs 1, zumal die allenfalls zur Sicherheitsleistung verpflichtete Gesellschaft auch nach Fassung des Verschmelzungsbeschlusses noch greifbar ist, die Gläubiger ihre Ansprüche also noch geltend machen können, womit diese Frist erst bei Ausstellung der Rechtmäßigkeitsbescheinigung des § 14 Abs 3 EU-VerschG relevant wird.

Vor dem Hintergrund, dass die zwingende Veröffentlichungspflicht dem Schutz und der Information der Gläubiger dient, stellt die unvollständige Veröffentlichung ein nicht mehr sanierbares Eintragungshindernis dar. In dieser Veröffentlichung sind zwar die postalischen Anschriften beider beteiligter Gesellschaften angeführt, es fehlt aber der ausdrückliche Hinweis darauf, dass unter dieser Anschrift (diesen Anschriften) vollständige Auskünfte über die Modalitäten für die Ausübung der Rechte der Gläubiger kostenlos eingeholt werden können. Außerdem fehlen die Hinweise auf die Modalitäten des nachgeschalteten Gläubigerschutzes gemäß § 226 AktG.

Damit kann das österreichische Firmenbuchgericht nicht bestätigen, dass die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten ordnungsgemäß durchgeführt wurden (§ 14 Abs 3 EU-VerschG).

ad 3.

Die gutachterliche Stellungnahme über die stillen Reserven der Marke reicht als Nachweis über den positiven Verkehrswert der übertragenden Gesellschaft auch deshalb aus, weil im konkreten Fall auch Synergieeffekte als Rechtfertigung für die Übertragung des negativen Vermögens (nach Buchwerten) auf die Muttergesellschaft ins Treffen geführt werden können; erfolgte doch die Anschaffung des einzigen relevanten Vermögenswertes der übertragenden Gesellschaft (nämlich der Erwerb der bereits genannten Marke) mit Darlehensmitteln der Muttergesellschaft unter gleichzeitigem Abschluss einer Stundungsvereinbarung bezüglich der Rückführung des gewährten Darlehens. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise wird also mit der Verschmelzung ein ohnehin von der Muttergesellschaft finanzierter Erwerb auf sie übertragen, womit nunmehr sie selbst „die Früchte des Markenerwerbs (nämlich die gewinnbringende Verwertung

der Marke) ernten kann“. Es wären also auch die in Lehre und Judikatur anklingenden Möglichkeiten bezüglich der Zulässigkeit der Übertragung negativer Vermögenswerte (bei einer Verschmelzung up-stream) bei einer derartigen Ausgangssituation gegeben.

ad 6.

Der Verschmelzungsbericht gemäß § 6 EU-VerschG dient bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung neben der Information für die Gesellschafter auch der Information der Arbeitnehmer und - bei der Exportverschmelzung - auch der Gläubiger. Dies ergibt sich schon daraus, dass § 6 Abs 1 über den Inhalt von § 220a AktG hinaus Angaben zu den Auswirkungen der Verschmelzung auf Gläubiger und Arbeitnehmer fordert und der Verschmelzungsbericht den Arbeitnehmern und den Gläubigern der österreichischen übertragenden Gesellschaft bei der Exportverschmelzung auf Verlangen offenzulegen ist.

§ 220a AktG verlangt einen „ausführlichen“ Bericht, § 6 EU-VerschG fordert ergänzende Angaben zu den Auswirkungen der Verschmelzung auf Gläubiger und Arbeitnehmer. Diese zusätzlichen Angaben sind in den „ausführlichen“ Bericht nach § 220a AktG aufzunehmen. Damit hätte sich im konkreten Fall der Bericht zwingend zu befassen mit

- den voraussichtlichen Folgen der Verschmelzung in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht
- der Erläuterung zum Verschmelzungsplan
- den Auswirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung auf die Gläubiger und Arbeitnehmer der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften
- der Höhe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der beteiligten Gesellschaften (*Wenger aaO*, § 6 EU-VerschG, Rn 11 ff).

Zu letzterem Punkt fehlte - wie festgestellt - jegliche Angabe im gemeinsamen Verschmelzungsbericht der Geschäftsführer der beiden beteiligten Gesellschaften. Der Verschmelzungsbericht ist Teil der Unterlagen des § 221a Abs 2 AktG, muss also zwingend vor der Beschlussfassung über die Verschmelzung vorliegen. Damit kann die Unvollständigkeit dieses Verschmelzungsberichtes auch nicht mehr durch die von den Geschäftsführern am 10.10./15. 10.2008 vorgenommenen Ergänzungen geheilt werden. Auch insoweit sind also die der Verschmelzung

vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden (§ 14 Abs 3 EU-VerschG), so dass auch aus diesem Grund die Eintragung der beantragten beabsichtigten Verschmelzung samt der Ausstellung einer Rechtmäßigkeitsbescheinigung nicht erfolgen kann.

ad 7.

Aufgrund der ergänzend vorgelegten Erklärung ist § 14 Abs 1 Z 9 Genüge getan, da (nur) der Nachweis der Sicherstellung der Gläubiger (§ 13) und die Erklärung, dass sich andere als die befriedigten oder sichergestellten Gläubiger innerhalb der Frist des § 13 Abs 1 nicht gemeldet haben, zu erbringen ist. Da sich laut Erklärung der Geschäftsführer keine Gläubiger gemeldet haben, wäre dieses ursprüngliche Eintragungshindernis mit der ergänzend vorgelegten Erklärung beseitigt.

Landesgericht Innsbruck
Abt. 9, am 21.12.2008