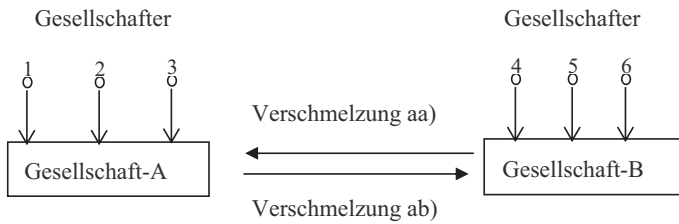
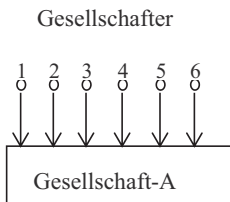


Verschmelzung durch Aufnahme Konzentrationsverschmelzung mit Anteilsgewährung durch die übernehmende Gesellschaft

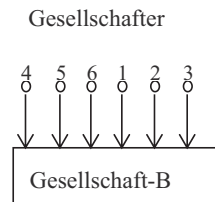
a) Vor Verschmelzung



aa) Nach Verschmelzung B auf A



ab) Verschmelzung A auf B



Verschmelzung durch Aufnahme Konzentrationsverschmelzung mit Anteilsgewährung durch die übernehmende Gesellschaft

a) Vor Verschmelzung

Die im Inland ansässigen Gesellschaften A und B sollen verschmolzen werden. Da die Gesellschaften weder unmittelbar noch mittelbar durch Beteiligungen verbunden sind (Rz 11 UmgrStR), liegt eine Konzentrationsverschmelzung vor (§ 219 Z 1 AktG, § 96 Abs 1 Z 1 GmbHG).

aa) Nach Verschmelzung B auf A

Zivilrecht:

Gesellschaftsrecht:

Zum gesellschaftsrechtlichen Ablauf einer Inlandsverschmelzung s Checkliste. Zu den Grundsätzen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen s Beispiel I/34-1 und I/36-1.

Die Verschmelzung erfolgt standardmäßig im Wege einer **Kapitalerhöhung** bei der übernehmenden Gesellschaft, um die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft mit neuen Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft abzufinden. Hinsichtlich der Alternativen zur Gewährung neuer Anteile s Beispiel I/1-1-2.

Ausstehende Einlagen bei der übertragenden Gesellschaft sind – sofern sie nicht in der Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft als ausstehend behandelt werden können – einzuzahlen.

Die Verschmelzung zur Aufnahme auf eine erst n a c h dem Verschmelzungstichtag errichtete und entstandene Körperschaft ist zivilrechtlich kein Hindernis. Zivilrechtlich wird die aufnehmende Körperschaft im Zeitpunkt des Verschmelzungsvertrages von den Gründern oder sonstigen Vertretern vertreten, die im Namen der Körperschaft tätig werden.

Die Verschmelzung ist auch im **Liquidationsstadium** einer Gesellschaft möglich.

Ein **Gesellschafterwechsel** bei der übertragenden oder der übernehmenden Körperschaft n a c h dem Verschmelzungstichtag ist für die Umgründung kein Hindernis. An der Verschmelzung nehmen jene Gesellschafter teil, die die Verschmelzungsbeschlüsse fassen.

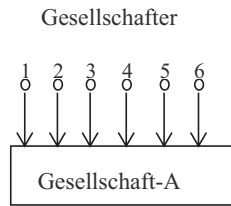
Gesellschaftsrechtlich geht die Gesellschaft-B am Tag der Eintragung des Verschmelzungsbeschlusses in das Firmenbuch ohne Liquidation unter. Gleichzeitig geht ihr Vermögen auf die Gesellschaft-A über (§ 225a Abs 3 AktG, § 96 Abs 2 GmbHG). Es liegt Gesamtrechtsnachfolge vor.

Gesamtrechtsnachfolge bedeutet den Eintritt in alle Rechtspositionen der übertragenden Gesellschaft. Die Gläubiger- und Schuldnerpositionen bleiben unverändert bestehen. Höchstpersönliche Rechtspositionen sind einer Prüfung zu unterziehen, da zwischen Judikatur und Lehre nach wie vor erhebliche Auffassungsunterschiede bestehen. Dies betrifft zB Vorkaufs-, Widerverkaufs- und Rückverkaufsrechte. Versicherungsverträge gehen über (es besteht Anzeigepflicht nach § 71 VVG; eine beiderseitige Kündigungsmöglichkeit ist nach § 69 VVG gegeben). Hinsichtlich Beteiligungen an Personen- und Kapitalgesellschaften sind die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages bzw der Satzung maßgebend.

Die **gesellschaftsrechtlichen Funktionen** bei der übertragenden Gesellschaft gehen nicht auf die übernehmende Gesellschaft über, dh der Vorstand, Geschäftsführer und die Prokuristen sowie der Aufsichtsrat werden nicht automatisch zu Organen der übernehmenden Gesellschaft.

Die **Kosten** der Verschmelzung werden von der übernehmenden Gesellschaft getragen.

Die **Größenmerkmale** für Kapitalgesellschaften sind nach der Verschmelzung erst dann erreicht, wenn sie nachhaltig erfüllt werden, dh sie müssen nicht nur im Verschmelzungsjahr, sondern zumindest auch noch im Folgejahr erreicht sein (OGH 27.5.2004, 6 Ob 64/04m). Das heißt, dass für den ersten auf die Verschmelzung folgenden Jahresabschluss die allgemeinen



Regeln des § 221 Abs 4 Z 1 UGB bezüglich der Änderung der Größenklassen gelten. Für den zweiten Jahresabschluss nach der Verschmelzung sind die Verhältnisse des ersten Jahresabschlusses nach der Verschmelzung maßgebend, ohne Rücksicht auf einen zweijährigen Beobachtungszeitraum. Eine AG gilt stets als große Gesellschaft.

Unternehmensbewertung:

Wesentlich für das Gelingen einer sachgerechten Verschmelzung in Verbindung mit der Notwendigkeit der Festlegung eines **Umtauschverhältnisses** ist die Ermittlung der Verkehrswerte der zu verschmelzenden Gesellschaften. Zu den Grundsätzen s das Fachgutachten zur Unternehmensbewertung des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, KFS BW1, beschlossen am 27.2.2006 mit Wirkung ab 1.5.2006 idGF.

Anteilshaber:

Die Anteilshaber der beiden zu verschmelzenden Gesellschaften stimmen über die Verschmelzung jeweils ab, wobei zumindest eine Dreiviertelmehrheit erforderlich ist. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft werden mit der Eintragung des Verschmelzungsbeschlusses in das Firmenbuch im Regelfall Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft. Das Beteiligungsausmaß hängt von der Bewertung der beiden Gesellschaften und dem sich daraus ergebenden Umtauschverhältnis ab.

Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft-B bekommen idR als Ersatz für die durch die Löschung untergehenden Anteile von der übernehmenden Gesellschaft-A Anteile an dieser im Wege einer entsprechenden Kapitalerhöhung. Das Ausmaß der Anteilsgewährung richtet sich nach dem Umtauschverhältnis (§ 220 Abs 2 Z 3, § 223 AktG, § 96 Abs 2 GmbHG). Das sich aus dem Vergleich der Verkehrswerte (Bilanzkurse) der beiden Gesellschaften ergebende Umtauschverhältnis soll sicherstellen, dass die alten und neuen Gesellschafter am vereinigten Vermögen der jeweils übernehmenden Gesellschaft im gleichen verhältnismäßigen Ausmaß beteiligt sind, in dem sie vor der Verschmelzung an den getrennten Gesellschaften beteiligt waren. Zur Ermittlung des Umtauschverhältnisses s zB Beispiel I/9-1. Das prozentuelle Beteiligungsausmaß der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft-A muss sich daher durch den Zutritt der neuen Gesellschafter vermindern (Verwässerung der Altgesellschafter). Das Umtauschverhältnis kann angefochten und gerichtlich überprüft werden (§§ 225c ff AktG).

Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft-B können die neuen Anteile bei Zugehörigkeit zu einem Betriebsvermögen unternehmensrechtlich mit den Anschaffungskosten der untergehenden Anteile an der Gesellschaft-B oder im Hinblick auf den tauschartigen Vorgang mit dem beizulegenden Wert der untergehenden Anteile an der Gesellschaft-B ansetzen.

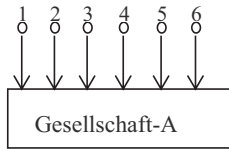
Zu den Fällen der Alternativen zur Gewährung neuer Anteile s Beispiel I/1-1-2.

Im Falle einer **rechtsformübergreifenden Verschmelzung** (AG [SE] auf GmbH, GmbH auf AG [SE]) haben die Anteilshaber der übertragenden Gesellschaft ein Widerspruchsrecht, nach dem sie an der Verschmelzung nicht teilnehmen und einen gesetzlichen Abfindungsanspruch erwerben. Die Abfindung kann von der übernehmenden Gesellschaft oder einem Dritten angeboten werden (§ 234b AktG).

Liegen fiduziarische Treuhandverhältnisse vor, ist der Treuhänder als entscheidungsberechtigter Gesellschafter anzusehen (OGH 18.2.2010, 6 Ob 1/10f). Liegen vinkulierte Anteile vor, erstreckt sich die Gesamtrechtsnachfolge auf diese, dh die Verschmelzung führt nicht zu einer Anteilsabtretung, das ein Zustimmungs- oder Aufgriffsrecht begründet (OGH 29.11.2007, 1 Ob 130/07k). Siehe die Beispiele I/18, I/26-2 und I/26-3.

Ab wann die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft am Gewinn der übernehmenden Gesellschaft teilhaben, ist Sache der Vereinbarung.

Gesellschafter



Bilanzrecht und buchmäßige Übernahme:

Die übertragende Gesellschaft-B hat nach AktG oder GmbHG eine **Schlussbilanz** auf den frei festzulegenden Verschmelzungstichtag zu erstellen, für die die Regeln über den Jahresabschluss bezüglich Ansatz, Bewertung und Prüfung gelten. Zusätzlich ist ein die Schlussbilanz erläuternder Anhang zu erstellen. Ein Lagebericht ist nicht erforderlich. Fällt der Verschmelzungstichtag auf den Regelbilanzstichtag, erfüllt die Bilanz im Rahmen der Erstellung des Jahresabschlusses die Erfordernisse der Schlussbilanz. Weicht der Verschmelzungstichtag vom Regelbilanzstichtag ab, entfällt das Erfordernis der Veröffentlichung, nicht jedoch das einer gesetzlich erforderlichen Prüfung.

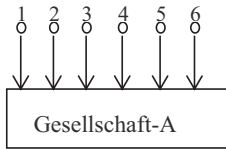
Aus § 221a AktG ergibt sich die Pflicht zur Erstellung einer **Zwischenbilanz**, wenn zwischen dem Stichtag des letzten Jahresabschlusses und dem Tag des Abschlusses des Verschmelzungsvertrages bzw der Aufstellung des Entwurfes eine Frist von mehr als sechs Monaten verstrichen ist. Die Zwischenbilanz darf nicht älter als drei Monate sein.

Die Gesellschaft-A kann das übernommene Vermögen in dem der Eintragung der Verschmelzung in das Firmenbuch folgenden Jahresabschluss mit den **Buchwerten** laut Schlussbilanz der Gesellschaft-B (§ 202 Abs 2 UGB) oder mit dem **beizulegenden Wert** zum Verschmelzungstichtag erfassen (§ 202 Abs 1 UGB). Übersteigt das angesetzte Vermögen die Kapitalerhöhung, ist der Überhang in die Kapitalrücklage einzustellen (§ 229 Abs 2 Z 1 UGB), übersteigt die Kapitalerhöhung das angesetzte Vermögen, geht der Überhang als Buchverlust in das Jahresergebnis ein, er kann allerdings aktiviert und als Umgründungsmehrwert bzw optional (auch) als Firmenwert dargestellt werden (§ 202 Abs 2 Z 2 und 3 UGB). Die auf Grund der Neubewertung des übernommenen Vermögens bzw bei Buchwertfortführung unter Ansatz eines Umgründungsmehrwertes bzw Firmenwertes über den Gesamtausgabebetrag hinaus sich ergebende Kapitalrücklage ist ausschüttungsbeschränkt (§ 235 Z 3 UGB, OGH 11.9.2003, 6 Ob 103/03w). Diese Rücklage kann (nach der Stellungnahme des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der KWT zur Behandlung offener Rücklagen im Jahresabschluss v 18.7.2001, überarbeitet im Juni 2010, KFS/RL 11) insoweit verhindert werden, als

- o die Zuschreibungen durch Abschreibungen kompensiert werden oder
- o der Vermögensgegenstand, dessen Bilanzwert durch eine Zuschreibung erhöht wurde, aus dem Betriebsvermögen ausscheidet oder
- o sich die Ausschüttungssperre wegen der in § 205 Abs 2 UGB vorgeschriebenen Auflösung der Bewertungsreserve vermindert oder
- o der im Wege der Umgründung eingebrachte Vermögensgegenstand abgeschrieben wird oder aus dem Betriebsvermögen ausscheidet oder
- o die Rücklage zur Abdeckung von Verlusten oder zur Bildung einer Rücklage für eigene Anteile verwendet wird.

Das **Rechenwerk** der übertragenden Gesellschaft und damit die laufenden Geschäftsvorfälle ab dem dem Verschmelzungstichtag folgenden Tag werden idR nach Protokollierung im Wege der Saldenübernahme (Sammelbuchungen) in das Rechenwerk der übernehmenden Gesellschaft integriert. Die Vermögensübernahme stellt für die übernehmende Gesellschaft einen laufenden Geschäftsfall dar. Besteht kein Zweifel an der erfolgreichen Durchführung der Verschmelzung und am Übergang des wirtschaftlichen Eigentums, können die Geschäftsvorfälle der übertragenden Gesellschaft bereits im Jahresabschluss vor Protokollierung bei der übernehmenden Gesellschaft erfasst werden. Dies gilt nicht, wenn bei der übertragenden Gesellschaft zwischen Verschmelzungstichtag und Protokollierung ein Bilanzstichtag fällt.

Gesellschafter



Zu Einzelfragen der Rechnungslegung bei Umgründungen s Stellungnahme des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder idF vom 3.12.2012, KFS/RL 25 (www.kwt.or.at, Service).

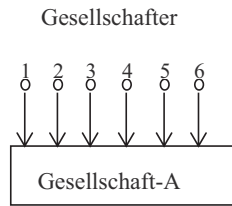
Firmenbuchrecht:

Die Verschmelzung ist bei dem für die übertragende und übernehmende Gesellschaft jeweils zuständigen Sitz-Firmenbuch anzumelden. Die Anmeldung hat – da die Schlussbilanz am Tage der Anmeldung des Verschmelzungsbeschlusses nicht älter als neun Monate sein darf – innerhalb der Neunmonatsfrist zu erfolgen (§ 225 AktG, § 96 Abs 2 GmbHG), wobei die Anmeldung am letzten Tag der Frist beim Firmenbuchgericht bereits eingelangt sein muss. Langt die Anmeldung innerhalb der Frist bei einem unzuständigen Firmenbuch ein, ist § 44 JN anzuwenden, nach dem das nicht zuständige Gericht, sofern ihm die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach den Verhältnissen des einzelnen Falles möglich ist, die Rechtssache an das örtlich oder sachlich zuständige Gericht zu überweisen hat. Der Anmeldung sind ua die Schlussbilanz samt Bezug habenden Anhang und die Verschmelzungsbeschlüsse anzufügen. Eine Verschmelzungsbilanz (§ 2 Abs 5 UmgrStG) ist nicht vorzulegen.

Das Firmenbuchgericht hat im Rahmen seiner amtswegigen Prüfung die Eintragungsvoraussetzungen in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen, dh einerseits die Rechtzeitigkeit der Anmeldung und die Vollständigkeit der Unterlagen, andererseits, ob der begehrten Eintragung gesellschaftsrechtliche Vorschriften entgegenstehen. Die Eintragung wirkt konstitutiv. Durch die Eintragung werden allfällige Formmängel geheilt. Zu beachten ist, dass die Bestimmungen des UmgrStG grundsätzlich nur für das Steuerrecht, nicht aber für die Beurteilung des Vorganges nach dem für das Firmenbuch maßgeblichen Unternehmensrecht Bedeutung hat. Eine Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes in steuerrechtlicher Hinsicht besteht nicht (zB OGH 26.6.2003, 6 Ob70/03t).

Zu beachten ist die durch die Judikatur zum down-stream-merger (OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b) geprägte Rechtslage zum **Gläubigerschutz**, die nach Lehre und Praxis auch für Konzentrationsverschmelzungen gilt:

- Dem dient zunächst das Erfordernis eines **positiven Verkehrswertes**. Ist dieser nicht evident, kann das Firmenbuchgericht die Erstellung eines Gutachtens verlangen. Da im Zuge der Vorbereitungen der Verschmelzung mit der Ermittlung des Umtauschverhältnisses die Bewertung beider Gesellschaften verbunden ist, liegt dieser in aller Regel bereits im Interesse der Gesellschafter vor.
- Zusätzlich darf es verschmelzungsbedingt nicht zu einem **kapitalherabsetzenden bzw kapitalentsperrenden Effekt** kommen.
 - a) Dieser ist nach dem oben zitierten Judikat jedenfalls gegeben, wenn das Nennkapital oder anderes gebundenes Kapital der übernehmenden Gesellschaft kleiner ist als jenes der übertragenden Gesellschaft und auf Grund der Verschmelzung eine ungebundene Kapitalrücklage entsteht, die nach gewinnerhöhender Auflösung ausgeschüttet werden kann. Zur Vermeidung eines solchen Effektes und damit zur Zurückweisung der begehrten Eintragung des Verschmelzungsbeschlusses kann
 - vor der Verschmelzung eine Kapitalherabsetzung bei der übertragenden oder eine Kapitalerhöhung oder eine Kapitalberichtigung bei der übernehmenden Gesellschaft durchgeführt werden,
 - eine statutarische Bindung der aus gebundenem Kapital freiwerdenden Buchgewinnrücklage vorgenommen werden (laut dem oben zitierten Judikat ist eine Eröffnungsbilanz der übernehmenden Gesellschaft aufzustellen, in der die gebundene Rücklage ausgewiesen wird. UE kann sich diese Bilanz nur auf den dem Verschmelzungsstichtag folgenden Tag beziehen, was bei einer Verschmelzung auf einen Zwischenstichtag der



übernehmenden Gesellschaft zu erheblichen Bilanzierungsproblemen führen kann). In der Praxis der Firmenbuchgerichte genügt eine Festlegung der gebundenen Rücklage im Verschmelzungsvertrag und gegebenenfalls eine Erläuterung im Verschmelzungsbericht; jedenfalls muss analog zu den Regelungen des § 178 AktG bzw des § 55 GmbHG die Bindungswirkung und damit der Ausschüttungsverzicht für 6 Monate für AG und für 3 Monate für GmbH ab Bekanntmachung der Eintragung beschlossen werden,

- ein Aufruf an alle Gläubiger erfolgen und gegebenenfalls Befriedigung oder Sicherstellung vereinbart werden,
- der Nachweis erbracht werden, dass keine Gläubiger der übertragenden Gesellschaft vorhanden sind.

UE sollte bei einer Verschmelzung von größerem gebundenem Kapital auf kleineres gebundenes Kapital dann kein gläubigerschutz- und firmenbuchrechtliches Problem bestehen, wenn das freiwerdende Kapital bei der aufnehmenden Gesellschaft einer gesetzlichen Bindung (Nennkapital bzw Kapitalrücklagen) unterliegt.

- b) Unabhängig vom in lit a) beschriebenen Fall kommt es zu einem kapitalherabsetzenden bzw kapitalentsperrenden Effekt, wenn das gebundene Kapital der übertragenden Gesellschaft bei der übernehmenden Gesellschaft nicht der gleichen Bindung (als Nennkapital oder gebundene Rücklage) unterliegt. Auch in diesem Fall kommen zur Vermeidung die obigen Maßnahmen in Betracht.

Arbeitsrecht:

Arbeitsrechtlich ist auf Verschmelzungen das **Arbeitsvertragsrechts-AnpassungsG** (AVRAG), BGBl 1993/459, zuletzt geändert durch BGBl I 2011/152, anzuwenden. Zu beachten ist allerdings, dass die nach dem Gesellschaftsrecht gegebene Gesamtrechtsnachfolge die Rechte der Arbeitnehmer schützt.

Nach § 3 AVRAG tritt bei Betriebsübergang, zu dem auch die Verschmelzung zählt, die übernehmende Gesellschaft als Arbeitgeber automatisch mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Es bleiben die Arbeitsbedingungen aufrecht, es sei denn, aus den Bestimmungen über den Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit, die betrieblichen Pensionszusagen und die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen (§§ 31 und 32 des Arbeitsverfassungsg) ergibt sich anderes. Auf Kollektivvertrag basierende Pensionsansparungen wandeln sich bei Verschmelzung und Kollektivvertragswechsel nicht automatisch in einzelvertragliche Ansprüche (OGH 25.6.2007, 9 ObA 127/06a). Der Erwerber hat dem Arbeitnehmer jede auf Grund des Betriebsüberganges erfolgte Änderung der Arbeitsbedingungen unverzüglich mitzuteilen.

Nach § 109 Arbeitsverfassungsg bzw § 3a AVRAG hat der Arbeitgeber die Belegschaft bzw die Arbeitnehmer über Änderungen zu informieren, insb über Zeitpunkt, Grund, rechtliche bzw wirtschaftliche bzw soziale Folgen des Betriebsübergangs.

Die Verschmelzung von Unternehmen erfüllt nach dem klaren Wortlaut des Art 1 Abs 1 lit a der BetriebsübergangsRL (EWG-RL 77/187/EWG) und dem in diesem Sinne zu interpretierenden § 3 Abs 1 AVRAG die Voraussetzungen für die entsprechenden Schutzbestimmungen (OGH 26.2.2004, 8 Ob A 113/03f).

Grundbuchrecht; Grundverkehrsrecht:

Der verschmelzungsbedingte Vermögensübergang gilt mit der Eintragung im Firmenbuch als vollzogen. Damit tritt bei Liegenschaften außerbücherlich eine Rechtsänderung ein, die durch **Berichtigung** des Grundbuchs nach § 136 GBG bücherlich nachzuvollziehen ist (vgl OGH 11.11.2003, 5 Ob 252/03z). Nachzuweisen ist der Vorgang durch die öffentliche Urkunde des Beschlusses des