

Lic. iur. Michael Pérez

Grenzüberschreitende Verschmelzungen

Die Verschmelzung (Fusion) von Kapitalgesellschaften ist sowohl in Österreich als auch in der Schweiz im Innenverhältnis rechtlich zulässig. Kompliziert wird es jedoch dann, wenn ein Schweizer Unternehmen mit einem österreichischen Unternehmen grenzüberschreitend fusionieren möchte. Der nachstehende Artikel versucht der Frage nachzugehen, ob eine derartige Verschmelzung rechtlich überhaupt zulässig ist.

Gemeinsame rechtliche Grundlage?

Eingangs ist festzuhalten, dass es eine gemeinsame rechtliche Grundlage für grenzüberschreitende Verschmelzungen zwischen schweizerischen und österreichischen Gesellschaften derzeit nicht gibt. Das in Österreich geltende **EU-Verschmelzungsgesetz**, welches in Umsetzung einer europäischen Richtlinie erlassen wurde, beschränkt sich allein auf Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten bzw. Vertragsstaaten des EWR, womit dieses Gesetz in Bezug auf **schweizerische Gesellschaften nicht zur Anwendung** gelangt.

Des Weiteren ist hervorzuheben, dass – nach derzeitigem Stand – das zwischen der Europäischen Union und der Schweiz abgeschlossene **Freizügigkeitsabkommen** (kurz „FZA“) **nicht auf juristische Personen anwendbar** ist. Dies hat der Europäische Gerichtshof im Rahmen von zwei Vorabentscheidungsverfahren aus Deutschland und Österreich klaggestellt. Folglich kann auch das FZA nicht als gemeinsame rechtliche Grundlage für eine grenzüberschreitende Verschmelzung dienen.

Sonstige Regelungen?

Ungeachtet dessen kann die grenzüberschreitende Verschmelzung zwischen österreichischen und schweizerischen Gesellschaften dennoch



Lic. iur. Michael Pérez

für zulässig erachtet werden, was sich insbesondere wie folgt begründen lässt:

Aus schweizerischer Sicht sind grenzüberschreitende Verschmelzungen (und zwar unabhängig von der Herkunft der Gesellschaft) zulässig. Dies ergibt sich ausdrücklich aus dem internationalen Privatrechtsgesetz, in welchem die grenzüberschreitende Fusion (Verschmelzung) ausdrücklich geregelt und für zulässig erklärt wird.

Im Gegensatz dazu enthält das österreichische Pendant zwar keine gleichlautende Regelung; unter Berücksichtigung einer vereinzelt hervorgetretenen Firmenbuchpraxis sowie unter Beachtung der derzeit herrschenden Lehre ist aber dennoch davon auszugehen, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen mit Gesellschaften außerhalb der EU und des EWR zulässig sind.

Was die **Praxis der Firmenbuchgerichte** anbelangt, so wurden in der Vergangenheit bereits Verschmelzungen unter Beteiligungen deutscher, italienischer, litauischer

(welche noch vor der Geltung des EU-Verschmelzungsgesetzes durchgeführt worden sind) und sogar schweizerischer Gesellschaften in den österreichischen Firmenbuchgerichten eingetragen.

Die **österreichische Lehrmeinung** nahm bis Mitte der neunziger Jahre mehrheitlich noch eine abwehrende Haltung in Bezug auf die Zulässigkeit von grenzüberschreitenden Verschmelzungen ein. Die jüngere und heute wohl herrschende Lehre erachtet die Verschmelzung mit Gesellschaften aus Drittstaaten jedoch für zulässig.

Soweit ersichtlich hat sich der **Oberste Gerichtshof** bis dato noch nicht mit der Frage beschäftigen müssen, ob eine grenzüberschreitende Verschmelzung zwischen einer österreichischen und einer schweizerischen Gesellschaft zulässig ist.

Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende Verschmelzung

Grundlegende Voraussetzung für eine grenzüberschreitende Verschmelzung ist es, dass diese nach

1 Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union, BGBl. I Nr. 72/2007

2 Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABI. Nr. L 310 vom 25.11.2005

der jeweils maßgebenden Rechtsordnung der beteiligten Gesellschaften für zulässig erachtet wird. Diese Voraussetzung scheint im Verhältnis zwischen der Schweiz und Österreich aufgrund der obigen Ausführungen erfüllt zu sein.

Des Weiteren müssen die jeweiligen Gesellschaften sowohl in aktiver als auch in passiver Hinsicht verschmelzungsfähig sein. Auch diese Voraussetzung ist nach beiden Rechtsordnungen bzw. aufgrund von gesellschaftsrechtlichen Gesetzesbestimmungen zu bejahen, und zwar auch bei rechtsformübergreifenden Verschmelzungen (dh. bspw. zwischen Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung).

In sachenrechtlicher Hinsicht sind sowohl die österreichischen als auch die schweizerischen Bezug habenden Bestimmungen durchaus kombinierbar: So stimmen insbesondere der Verschmelzungs- und Fusionsbegriff (als zentrales Element) aus österreichischer und schweizerischer Sicht überein.

Dies gilt auch für den Begriff der Gesamtrechtsnachfolge, welche von beiden Rechtsordnungen als zwingendes Wesensmerkmal für eine Verschmelzung angesehen wird.

Aber auch das Erfordernis der Anteilsgewährung sowie das Erlöschen der übertragenden Gesellschaft werden von beiden Rechtsordnungen gleich behandelt.

Insofern ergeben sich aus schweizerischer und österreichischer Sicht, was jedenfalls die Wesensmerkmale der Verschmelzung betrifft, keine Widersprüche.

Fazit

Die grenzüberschreitende Verschmelzung zwischen österreichischen und schweizerischen Gesellschaften ist als rechtlich zulässig zu erachten. Insbesondere die Firmenbuchpraxis sowie die in der herrschenden Lehre vertretenen Meinungen stützen diese Ansicht, auch wenn mangels einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung letztlich doch eine gewisse Rechtsunsicherheit bestehen bleibt.

IHR SCHWEIZER IN WIEN!

**PRETTENHOFER
RAIMANN
PEREZ**

rechtsanwälte | attorneys at law

Die Rechtskulturen der Schweiz und Österreich sind unterschiedlicher als viele glauben – Gut, wenn Sie jemanden auf Ihrer Seite haben, der in beiden Kulturen zu Hause ist.

Lic. iur. Michael Pérez, schweizerischer Staatsangehöriger und Schweizer Rechtsanwalt, ist als unser Partner darauf spezialisiert, Klienten mit bilateralen Verbindungen in die Schweiz und nach Österreich zu betreuen, wobei der Fokus vor allem auf Rechtsfragen rund um Betriebsansiedlungen, gesellschaftsrechtliche Themen sowie grenzüberschreitende Vertriebs- und Handelstätigkeiten gerichtet ist. Seine langjährige Anwaltspraxis in beiden Ländern ermöglicht es ihm, Beratungsleistungen nach dem „One-Stop-Shop“-Prinzip in Bezug auf schweizerische und österreichische Rechtsbelange zu erbringen.

Kanzlei Innere-Stadt

Oppolzergasse 6, Mezzanin links 2A
A-1010 Wien

Kanzlei Wien-Mitte

Landstraßer Hauptstraße 1/16
A-1030 Wien

Telefon +43 1.8900.898 // Fax +43 1.8900.898.24 // office@lawco.at // www.lawco.at

Aus eigener Erfahrung wissen wir, dass grundsätzlich für erfolgreiche Eintragungen im Firmenbuch, vor allem bei grenzüberschreitenden Angelegenheiten (dies insbesondere auch mit Bezug auf die Schweiz) und auch sonst in Fällen, wo die Rechtslage nicht eindeutig ist, es jedenfalls erforderlich ist, mit den zuständigen Firmenbuchrichtern/-richtern eng zu kooperieren, dh. insbesondere persönlich bei diesen vorab und auch begleitend im Rahmen der jeweiligen firmenbuchrechtlichen Belange vorzusprechen.



Lic. iur. Michael Pérez ist Partner bei der Wiener Kanzlei Prettenhofer Raimann Pérez Rechtsanwaltspartnerschaft www.lawco.at, die unter anderem auch auf gesellschaftsrechtliche Belange (insbesondere M&A) spezialisiert ist.

www.lawco.at