

Walter Brugger

DAS ÜBERPRÜFUNGSVERFAHREN NACH DER VERSCHMELZUNG

Das EU-GesRÄG¹⁾ hat ein Überprüfungsverfahren²⁾ eingeführt, mit dem Aktionäre einer AG (und Gesellschafter einer GmbH³⁾ nach einer Verschmelzung das Umtauschverhältnis der Aktien überprüfen lassen können. Dafür sind die Anfechtungsmöglichkeiten gegen den HV-Beschluß eingeschränkt worden.⁴⁾ Nach einer Verschmelzung ist in Zukunft mit großer Häufigkeit zu erwarten, daß ein gerichtliches Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses eingeleitet werden wird. In der Folge soll auf die Überprüfung nach der Verschmelzung von Aktiengesellschaften eingegangen werden; bei der GmbH gelten diese Grundsätze sinngemäß.

Stichworte: Aktienausgabe – bare Zuzahlung – EU-GesRÄG – Überprüfungsverfahren – Verschmelzung

1. Anträge

Das Überprüfungsverfahren wird nur über Antrag eingeleitet. Antragsberechtigt⁵⁾ sind Aktionäre jeder der beteiligten Gesellschaften,⁶⁾

1. die vom Zeitpunkt der Beschlußfassung in der Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft bis zur Antragstellung Aktionäre waren (also die Aktien nicht in der Zwischenzeit übertragen wurden; man könnte von einer „Nicht-Übertragungs-Obliegenheit“ zu Lasten des überprüfungswilligen Aktionärs sprechen)⁷⁾ und

2. nicht auf ein solches Verfahren schriftlich oder zur Niederschrift in der HV verzichtet haben und

3. entweder selbst oder gemeinsam mit anderen Antragstellern Aktien von mindestens 1% des Grundkapitals (oder Nominale mindestens S 1.000.000,-) haben („Quorum“) – oder alle Aktionäre gemeinsam sind, die nicht verzichtet (oben 2) oder inzwischen übertragen (oben 1) haben.

Antragsgegner ist die übernehmende Gesellschaft (im folgenden Beispiel Aufnahme AG genannt).

Nach Eintragung der Fusion im Firmenbuch veranlaßt das Firmenbuchgericht die Veröffentlichung dieser Eintragung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung und im Zentralblatt für die Eintragungen in das Firmenbuch.⁸⁾ Mit Ablauf des Tages, mit welchem das letzte dieser Blätter erschienen ist, gilt die Bekanntmachung als vorgenommen. Mit diesem Tag beginnt die Monatsfrist für die Stellung des Antrages auf Überprüfung. Er ist beim für die übernehmende Gesellschaft örtlich zuständigen „mit Handelssachen betrauten Gerichtshof erster Instanz“⁹⁾ (Firmenbuchgericht) einzubringen. Das Gericht veröffentlicht die Einbringung eines solchen Antrages ebenfalls.

Nach diesem Antrag („Primärantrag“) können alle anderen Aktionäre, selbst wenn sie nicht 1% des Grundkapitals innehaben, ebenfalls Anträge stellen, und zwar innerhalb der Frist eines weiteren Monats nach Veröffentlichung, daß ein Primärantrag eingebracht worden ist. Die Voraussetzungen¹⁰⁾ für einen solchen „Anschlußantrag“ (Folgeantrag, Sekundärantrag) sind die selben wie in den obigen Punkten 1 und 2 (nicht aber 3, also kein Quorum erforderlich). Nach Ablauf dieser Frist sind weitere Anträge unzulässig.¹¹⁾ Bei Zurückziehung der Primäranträge ist das Verfahren fortzusetzen, wenn Sekundäranträge anhängig sind¹²⁾ oder der gemeinsame Vertreter 1 (dazu weiter unten) das Verfahren fortführen will.¹³⁾

Zur Antragstellung ist sogar jener Aktionär (Hauptaktionär) berechtigt, der die Fusion initiiert haben mag. In nicht wenigen Fällen wird ein solcher

1) BGBl 1996/304.

2) §§ 225 c – 225 m AktG.

3) § 96 Abs 2 GmbHG verweist auf die sinngemäße Anwendung der §§ 220 bis 233 AktG.

4) § 225 b AktG. Ausweislich der RV folgt der Gesetzgeber damit dem deutschen Vorbild zum Schutz vor „räuberischen Aktionären“, das Koppensteiner in FS-Semler, 496, zur Nachahmung empfohlen hat.

5) § 225 c Abs 3 AktG.

6) § 225 c Abs 1 AktG.

7) Sinn ist wohl, daß ein Aktionär sein Antragsrecht nicht mit der Aktie verkaufen soll.

8) § 10 HGB.

9) Vgl § 120 Abs 1 Z 3 JN.

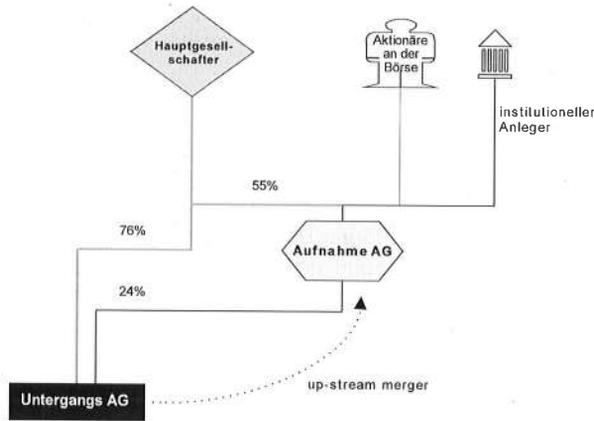
10) § 225 e Abs 2 Satz 3 AktG.

11) § 225 e Abs 2 AktG.

12) Arg „eigene Anträge“ in § 225 e Abs 2 AktG; vgl RV zu § 225 e Abs 2 AktG.

13) § 225 f Abs 6 AktG.

Hauptaktionär bei beiden an der Fusion beteiligten Gesellschaften die Mehrheit haben. Beispielsweise gehen wir von folgender Situation vor einer Verschmelzung zur Aufnahme aus:



Das Ziel (des Hauptgesellschafters) bei Stellung eines solchen Überprüfungsantrages ist eine höhere Bewertung (hier: der Untergangs AG). Der Antragsteller eines solchen Überprüfungsverfahrens will ja das Umtauschverhältnis zu seinen Gunsten dadurch verbessern, daß im Verfahren „seine“ Gesellschaft im Verhältnis zur anderen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft höher bewertet wird, als bei der Ermittlung des Umtauschverhältnisses im Verschmelzungsvertrag. In der Regel wird aber ein Hauptgesellschaftler keinen Überprüfungsantrag stellen, weil er sich schon rechtzeitig vor der Verschmelzung Gewißheit über die Unternehmensbewertungen und die Richtigkeit des Umtauschverhältnisses verschaffen konnte.

Eher werden die Minderheitsaktionäre (der Aufnahme AG oder der Untergangs AG; im Beispielfall kommen nur solche der Aufnahme AG in Frage) einen Antrag stellen.

Das Gericht hat nach den Bestimmungen des Außerstreitgesetzes iVm den Sonderbestimmungen des AktG vorzugehen.¹⁴⁾

2. Gemeinsamer Vertreter

Die Aktionäre, die weder einen Primäranspruch noch einen Sekundäranspruch gegen die Festlegung des Umtauschverhältnisses gestellt haben, daher – in unserem Beispiel – auch der Hauptgesellschaftler, werden im Verfahren von zwei gerichtlich bestellten „gemeinsamen Vertretern“ vertreten (ein „gemeinsamer Vertreter 1“ an der Seite der Antragsteller für die übrigen Aktionäre der Aufnahme AG und ein „gemeinsamer Vertreter 2“ für die Aktionäre der Untergangs AG an der Seite des Antragsgegners = Aufnahme AG). Diese sind weisungsfrei und haben die Interessen der Aktionäre zu vertreten;¹⁵⁾ demgemäß wird der „gemeinsame Vertreter 1“ materiell für und der „gemeinsame Vertreter 2“ materiell gegen den Überprüfungsantrag eintreten. Bestellt werden dürfen nur

Rechtsanwälte, Notare sowie Wirtschaftsprüfer und Steuerberater.¹⁶⁾

Zu den so vertretenen Aktionären gehören beispielsweise jene, die kein ausreichendes Quorum für einen Primäranspruch zustande brachten, und solche, die ihre Aktien nach der Beschlußfassung in der Hauptversammlung übertragen haben und daher keinen Antrag stellen dürfen. Die so vertretenen Aktionäre können alle gemeinsam (schriftlich oder zum HV-Protokoll) auf die Bestellung ihres gemeinsamen Vertreters verzichten¹⁷⁾, ohne dadurch ihre Ansprüche und Teilnahmemöglichkeit¹⁸⁾ im Verfahren zu verlieren (sie verlieren aber ihr Rekursrecht!).

Nach Bestellung der beiden gemeinsamen Vertreter werden diese ebenso wie die anderen Parteienvertreter (und insbesondere der Vertreter der übernehmenden Gesellschaft als Antragsgegnerin) idR vorbereitende Schriftsätze einbringen. Das Gesetz sieht nicht vor, daß das Gericht eine mündliche Verhandlung anzuberaumen hätte; in der Regel wird eine Verhandlung aber zweckmäßig sein.¹⁹⁾

3. Gremium

Das Gericht kann ein Gutachten des „Gremiums“ zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses von Amts wegen einholen; auf Antrag einer Partei ist ein solches Gutachten verpflichtend einzuholen.²⁰⁾

Das Gremium besteht aus einem pensionierten Richter als Vorsitzenden, zwei Beisitzern über Vorschlag des Präsidiums der Kammer der Wirtschaftstreuhänder (sie müssen eine Berufsbefugnis als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater haben oder auf diese Befugnisse vor höchstens 10 Jahren verzichtet haben); im Fall der Beteiligung von börsennotierten Gesellschaften kommen dazu noch ein Beisitzer über Vorschlag der Bundesarbeitskammer und ein Beisitzer über Vorschlag der Wirtschaftskammer Österreich (die Mitglieder des Gremiums dürfen allerdings das 75. Lebensjahr noch nicht vollendet haben).²¹⁾

Das (nur teilweise auf dem Gebiet der Unternehmensbewertung sachkundige) Gremium hat durch Beschluß mit absoluter Mehrheit ein (wohl immer nur schriftliches) Gutachten über das Umtauschverhältnis (und damit wohl auch über die diesem Umtauschverhältnis zugrundeliegenden Unternehmensbewertungen) zu erstatten und kann zu diesem Zweck auch externe Sachverständige beauftragen, Befunde aufzunehmen und (Hilfs-)Gutachten zu erstatten.

Das Gremium ist befugt, von allen beteiligten Gesellschaften *Auskünfte* zu verlangen.²²⁾ Die Unterlagen der beiden an der Verschmelzung beteiligten

14) § 225 e AktG.

15) Details s § 225 f AktG.

16) § 225 f Abs 2 AktG.

17) § 225 f Abs 4 AktG.

18) Bei einem Verzicht während des Überprüfungsverfahrens werden sie keinen Antrag mehr stellen können, weil idR die Antragsfrist (§ 225 e Abs 2 AktG) schon abgelaufen sein wird. Diesfalls entfällt aber auch das Rekursrecht gegen die meritorsche Entscheidung (vgl § 225 e Abs 4 AktG).

19) § 2 Abs 2 Z 7 AußStrG.

20) § 225 g Abs 1 AktG.

21) § 225 m Abs 2 AktG.

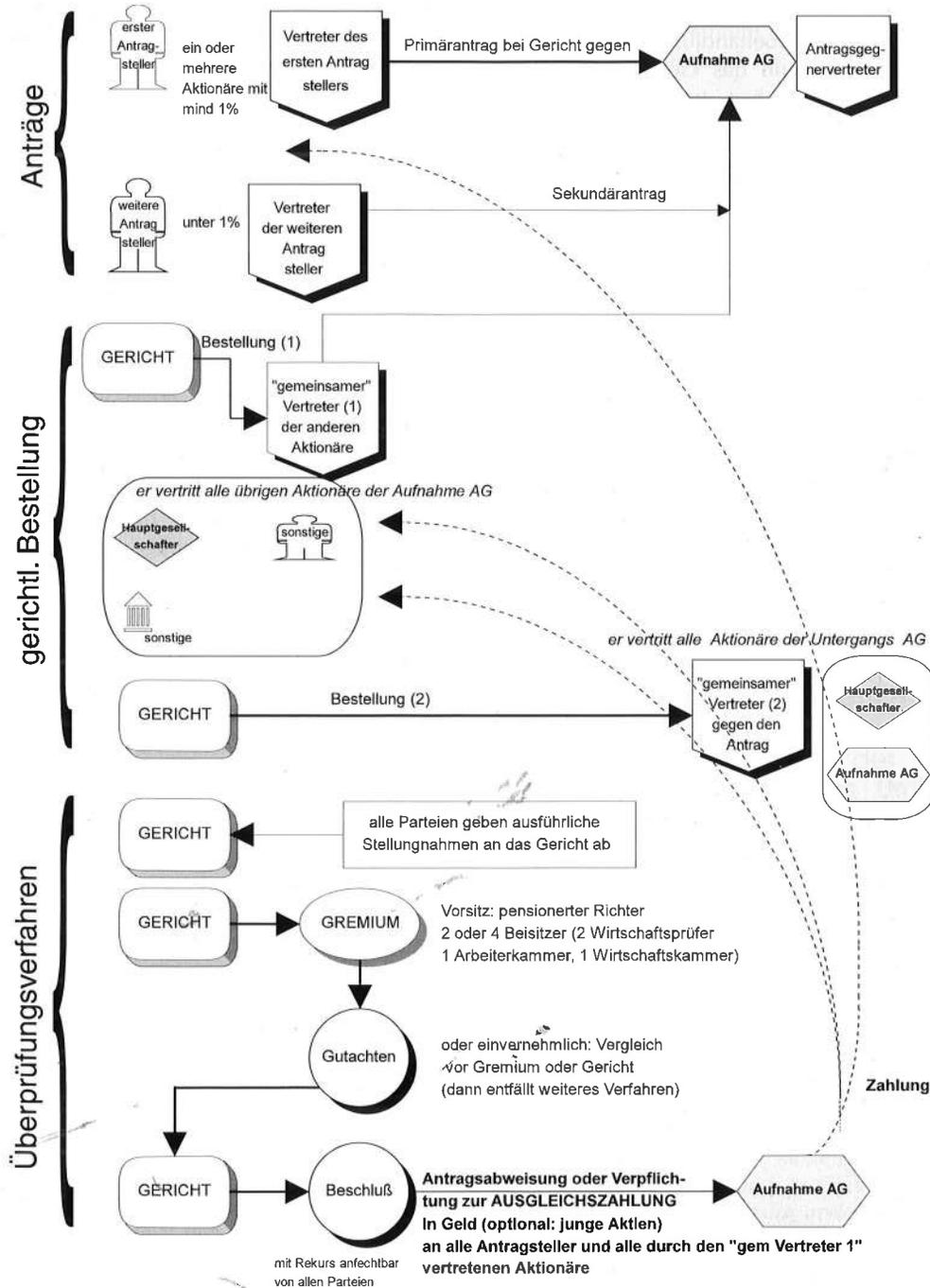
22) § 225 g Abs 7 AktG.

Gesellschaften zur Ermittlung des Umtauschverhältnisses, insbesondere die Unternehmensbewertungsgutachten, die in der Regel zur Vorbereitung der Verschmelzung eingeholt werden, werden ihm daher zur Einsicht vorgelegt. Das Gremium ist zur Verschwiegenheit verpflichtet²³); das gleiche gilt auch für das Gericht.²⁴) Im übrigen könnte die Vorlage solcher Unternehmensbewertungen verweigert werden.²⁵)

4. Verfahrensablauf

Wenn nicht schon vor dem Gremium²⁶) oder bei Gericht eine Streitschlichtung (Vergleichsabschluß) gelingt, hat das Gericht über den Antrag zu entscheiden.

Der wohl übliche Verfahrensablauf ist aus der folgenden graphischen Darstellung (2. Abbildung) ersichtlich:



23) § 225 m Abs 5 AktG.

24) § 58 RDG.

25) In diesen Gutachten sind die detaillierte Unternehmensplanung des Vorstandes und dessen Markteinschätzung gegenüber Mitbewerbern ersichtlich, was wohl zweifellos zu den „intimsten“ Geschäftsgeheimnissen gehört und nicht ohne ganz erhebliche Nachteile für das Unternehmen offengelegt werden kann. Nach herrschender Ansicht sind im Außerstreitverfahren die zivilprozessualen Grundsätze

des Beweisverfahrens sinngemäß anzuwenden (vgl Klicka/Oberhammer, Außerstreitverfahren Rn 48). Die Gutachten werden daher nicht zum Akt gelegt (vgl § 305 Z 4, § 321 Abs 1 Z 5 ZPO), wenn sie aus diesen Gründen nicht Bestandteil des Gerichtsaktes mit (zumindest partieller) Parteiöffentlichkeit werden sollen.

26) Das Gremium hat den gesetzlichen Auftrag, auf eine gütliche Beilegung des Streites durch Herbeiführung eines Vergleiches hinzuwirken, § 225 h Abs 1 AktG.

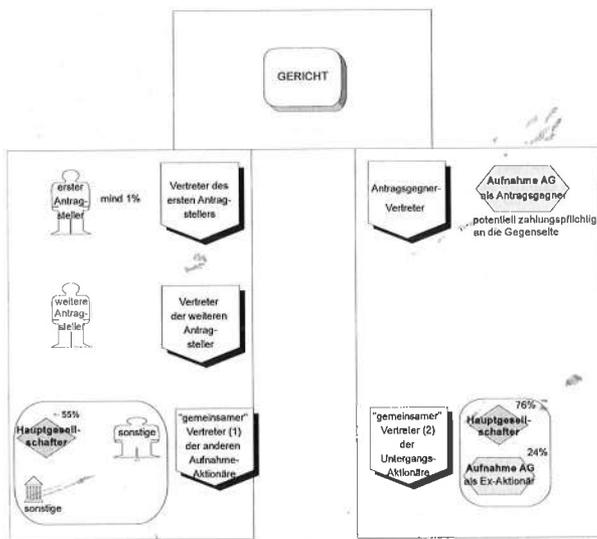
5. Erweiterte Rechtskraftwirkung

Wenn über Antrag der Aktionäre der Aufnahme AG das Überprüfungsverfahren das Umtauschverhältnis zu ihren Gunsten durch Vergleich oder Gerichtsbeschluss verbessert, erhalten *alle* Aktionäre der Aufnahme AG, ob sie nun einen Antrag gestellt oder sich am Verfahren beteiligt haben oder nicht, durch die gesetzlich angeordnete *Erga-omnes-Wirkung* (Rechtskrafterweiterung)²⁷⁾ eine Ausgleichszahlung (außer sie haben hierauf verzichtet). Dadurch wird der (verzichtbare) Gleichbehandlungsgrundsatz verwirklicht. Umgekehrt kann das Gericht aber keine Ausgleichszahlung zusprechen, wenn die Aktionäre einer Gesellschaft (im Beispiel: Untergangs AG) gar keinen Primär Antrag stellten, sondern nur durch den „gemeinsamen Vertreter 2“ am Verfahren mitbeteiligt sind.

Auch wenn sich die Parteien wegen der enormen ökonomischen Bedeutung eines solchen Überprüfungsverfahrens meist von berufsmäßigen Parteienvertretern vertreten lassen werden, ist doch darauf hinzuweisen, daß keine Anwaltspflicht (oder sonstige Vertretungspflicht) besteht.

6. Ökonomische Interessen

Die unterschiedlichen ökonomischen Interessen der Parteien (siehe auch die 1. Abbildung über die Ausgangssituation) werden aus der Sitzordnung bei Gericht (folgende 3. Abbildung) ersichtlich:



Der Hauptgesellschafter hat in unserem Beispielfall – wie ersichtlich – seine Interessen auf beiden Seiten.

Gäbe es – in Variation zu unserem Beispiel – bei der Untergangs AG Minderheitsaktionäre, die einen eigenen Primär Antrag auf Überprüfung stellen, könnte das Gericht in jede Richtung entscheiden. Auch solche Aktionäre haben ihre Interessen „auf beiden Seiten“ (Erfolg des eigenen Antrags und Abwehr des gegenläufigen Antrags).

7. Meritorische Entscheidung

Das Gericht kann nur dann ein abweichendes Umtauschverhältnis festlegen, wenn das Umtauschverhältnis laut Verschmelzungsvertrag „unangemessen“, also durch keine anerkannte Unternehmensbewertung gedeckt ist.

Die meritorische *Entscheidung des Gerichtes* wird sich idR auf das Gutachten des Gremiums stützen. Es wäre aber auch zulässig, daß das Gericht Gutachten von Sachverständigen statt vom Gremium einholt (oder zusätzlich zu dem des Gremiums, was nur selten sinnvoll sein wird). In der Entscheidung verpflichtet das Gericht die Aufnahme AG zur Leistung von bestimmten *baren Zuzahlungen* pro Aktie an die Aktionäre (zur Erga-omnes-Wirkung und Rechtskrafterweiterung siehe oben). Der zugesprochene Betrag kann über das Begehren der Antragsteller hinausgehen.²⁸⁾ Wenn aber – etwa in unserem Ausgangsbeispiel – kein einziger Aktionär der Untergangs AG einen Überprüfungsantrag stellt, kann das Gericht zu ihren Gunsten auch keine Ausgleichszahlung zur Korrektur des Umtauschverhältnisses festlegen; Ausgleichszahlungen sind dann nur für die Aktionäre der anderen Gesellschaft denkbar, weil dort zumindest ein Primär Antrag gestellt wurde.

Zugesprochene oder aufgrund eines Vergleiches zustehende bare Zuzahlungen sind mit jährlich 2% über dem Diskontsatz der OeNB zu *verzinsen* und zwar ab dem der Eintragung der Verschmelzung folgenden Tag.²⁹⁾

Die Aufnahme AG kann – wenn sie Zuzahlungen gänzlich oder teilweise vermeiden möchte – bei Gericht im erstinstanzlichen Verfahren beantragen, anstelle von baren Zuzahlungen *zusätzliche Aktien* an die Aktionäre ausgeben zu dürfen (eigene Aktien oder junge Aktien; im letzteren Fall: Aktienausschüttung ohne Kapitaleinzahlung).³⁰⁾ Diesfalls ermächtigt das Gericht die Aufnahme AG zur Leistung von Aktien anstelle von Geld.

Übrigens scheint sowohl die Barzahlung³¹⁾ an die Aktionäre als auch die Aktienausschüttung (ohne Kapitaleinzahlung)³²⁾ EU-rechtlich bedenklich zu sein (Verwässerung des Eigenkapitals); es bleibt abzuwarten, ob dieser Aspekt in einem Verfahren releviert werden wird.

Die Ausgabe neuer (junger) Aktien ist aber nur zulässig,³³⁾ wenn eigene Aktien nicht ausreichen oder nicht vorhanden sind und soweit das Nominale der jungen Aktien in

1. freien Rücklagen oder
2. einem Gewinnvortrag Deckung findet oder
3. das erhöhte Grundkapital und die gebundenen Rücklagen durch den Wert des Nettoaktivvermö-

27) § 225 i AktG.

28) § 225 i Abs 1 Schlußsatz AktG.

29) § 225 j Abs 1 AktG.

30) § 225 e Abs 3 Satz 2 AktG.

31) Art 15 der zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie des Rates vom 13. 12. 1976 (Kapitalrichtlinie) Nr 77/91/EWG, ABl EG Nr L 26/1, erlaubt nur gewisse Ausschüttungen, während § 225 e Abs 3 AktG gar keine Grenzen oder Kriterien aufstellt.

32) Art 8 der zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Kapitalrichtlinie) verlangt eine Gegenleistung bei Aktienausschüttung.

33) § 225 j Abs 2 AktG.

gens gedeckt sind (letzteres ist durch einen Wirtschaftsprüfer festzustellen).

Jedenfalls ist für eine solche Kapitalerhöhung ein Hauptversammlungsbeschluß nötig.³⁴⁾ Unklar ist, ab wann diese jungen Aktien gewinnberechtigt sein müssen, weil keine der obgenannten Verzinsungsregel ähnliche gesetzliche Anordnung vorliegt.

Alle *Kosten des Verfahrens* trägt zunächst die übernehmende Gesellschaft. Dazu gehören insbesondere die Vergütung für das Gremium,³⁵⁾ Sachverständigengebühren (zB für die vom Gremium beauftragten Sachverständigen³⁶⁾ oder für gerichtlich beauftragte SV) und die notwendigen Barauslagen sowie die Belohnung der gemeinsamen Vertreter³⁷⁾; das Gericht kann der übernehmenden Gesellschaft auf Verlangen des gemeinsamen Vertreters die Zahlung von Vorssüssen auftragen.

Den antragstellenden Aktionären³⁸⁾ ist nach Billigkeit Kostenersatzpflicht dann aufzuerlegen, wenn sie überhaupt oder ab einem bestimmten Zeitpunkt voraussehen konnten, daß sie einen nicht zweckentsprechenden Verfahrensaufwand verursachen würden.³⁹⁾ Der gemeinsame Vertreter 1 und die von ihm vertretenen Aktionäre gelten wohl nicht als (potentiell ersatzpflichtige) Antragsteller.⁴⁰⁾

Die *Kosten rechtsfreundlicher Vertretung*⁴¹⁾ (diese sind keine Verfahrenskosten iES, sondern gesondert geregelt!) hat jede Seite zunächst selbst zu tragen; hier kann das Gericht der übernehmenden Gesellschaft nach Billigkeit Kostenersatzpflicht auferlegen, wenn beträchtliche Abweichungen zum angemessenen Umtauschverhältnis festgestellt werden. Umgekehrt aber kann die übernehmende Gesellschaft keinen Kostenersatz erlangen, selbst wenn der Antrag zur Gänze abgewiesen wird. Kosten rechtsfreundlicher Vertretung bei der übernehmenden Gesellschaft sind also in keinem Fall ersetzbar (selbst mutwillige Antragsteller müssen daher nur die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der gemeinsamen Vertreter fürchten).

Gegen die meritorische Entscheidung steht jedem Antragsteller und jedem gemeinsamen Vertreter der Rekurs zu, nicht aber einem Nicht-Antragsteller (zB Aktionär, der auf gemeinsamen Vertreter verzichtet).⁴²⁾

Der Vorstand der Aufnahme AG hat nach Verfahrensbeendigung die rechtskräftige Entscheidung (ohne Begründung) bzw den abgeschlossenen Vergleich in den *Bekanntmachungsblättern* aller an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften (im Beispiel: Untergangs AG und Aufnahme AG) bekanntzumachen.⁴³⁾ Das Gremium kann seine „Gutachten von allgemeiner Bedeutung“ im JABl veröffentlichen.

34) Offenbar hat der Justizausschuß dem EU-Recht und der jüngsten EuGH-E, daß eine Kapitalerhöhung ohne Hauptversammlung dem Art 25 der 2. gesellschaftsrechtlichen RL widerspricht, noch rechtzeitig vor dem Gesetzesbeschluß des Nationalrates Beachtung geschenkt (vgl EuGH 12. 3. 1996 Rs C-441/93 WBI 1996, 204 = ecollex 1996, 505). In der RV zum EU-GesRÄG war in § 225 j Abs 2 Ende AktG noch statt der HV ein bloßer Vorstandsbeschluß vorgesehen.

35) § 225 m Abs 6 letzter Satz AktG.

36) § 225 g Abs 6 AktG.

37) § 225 f Abs 5 AktG.

38) Frotz in Aman/Frotz/Mühlehner/Wagner/Zöchling, EU-GesRÄG (1996) 68 schreibt, daß das Gericht auch „einer anderen Verfahrenspartei“ die Ersatzpflicht auferlegen könne. ME widerspricht dies dem Gesetzestext.

39) § 225 l Abs 1 AktG.

40) Obwohl der gemeinsame Vertreter ein Zahlungsbegehren und daher einen Antrag(!) stellt (arg § 225 f Abs 6 Ende AktG.)

41) § 225 l Abs 2 AktG.

42) Vgl RV zu § 225 e Abs 4 AktG.

43) § 225 k Abs 1 AktG.

Das Überprüfungsverfahren ermöglicht eine Nachkontrolle des Umtauschverhältnisses, das vom Außerstreitgericht mit Wirkung für alle Aktionäre dann neu festgelegt werden kann, wenn der Verschmelzung ein unangemessenes Umtauschverhältnis zugrundegelegt worden war.