

50. Jahrgang / August 2021 / Nr. 4

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Susanne Kalss

Treuepflichten in Familienunternehmen

Friedrich Rüffler

Verzinsung der Barabfindung gemäß § 6 GesAusG

Hans-Georg Koppensteiner

Satzungsbegleitende Nebenvereinbarungen in der GmbH

Zurab Simonishvili/Fabian Löffler

„Unvollendete“ Sachverhalte bei einer Verschmelzung

Florian Ebner

Das deutsche Gesetz über elektronische Wertpapiere

Aus der aktuellen Rechtsprechung

OGH-Entscheidungen zum Gesellschafts- und
Privatstiftungsrecht

Unternehmensrecht aktuell

Wichtige Gesetzesvorhaben im Überblick
Deutsche und europäische Finanzmarktaufsicht
Bericht zum 9. Wiener Unternehmensrechtstag

tende zwingende Recht wirkt sich auch im Syndikat aus. So sind die Stimmverbote des § 39 Abs 4 und 5 GmbHG auch auf Beschlüsse im Konsortium anwendbar, wenn nicht bewiesen wird, dass der Befangene die Stimmabgaben der Übrigen nicht beeinflusst hat.

Aus dem Vorrang der Satzung ergibt sich, dass die Nebenvereinbarung auf sie nicht zurückwirken kann. Das gilt für die Auslegung der Satzung einschließlich der nur aus ihr zu erschließenden Treuepflichten. Bindungswidrige Stimmabgaben sind in der GmbH wirksam. Ein Beschluss der GmbH-Gesellschafter ist nicht deshalb anfechtbar, weil er mit einer omnilateralen Stimmbindung kollidiert. Konsortialbeschlüsse kön-

nen, wenn sie mangelfrei zustande gekommen sind, gerichtlich durchgesetzt werden. Mit dem Vorrang der Satzung ist das deshalb vereinbar, weil der infolgedessen zustande gekommene Beschluss nach GmbH-rechtlichen Maßstäben kontrollierbar ist.

Der Konsortialvertrag bindet anders als die Satzung nur die daran Beteiligten, wirkt sich auf die Rechtsstellung außenstehender und zukünftiger Gesellschafter sowie die Gläubiger also nicht aus. Das legitimiert eine Reihe von Abreden, die die Satzung nicht vorsehen kann oder über die dort nichts bestimmt ist. Mit solchen Vereinbarungen sind keine korporativen Konsequenzen verbunden.

„Unvollendete“ gesellschaftsrechtliche Sachverhalte bei einer Verschmelzung

ZURAB SIMONISHVILI / FABIAN LÖFFLER*

Bei einer Verschmelzung gehen mit dem Erlöschen der übertragenden Gesellschaft auch ihre Organe mit deren Zuständigkeiten unter und enden die Ämter aller Organmitglieder. Es gibt aber nicht selten „unvollendete“ gesellschaftsrechtliche Sachverhalte, die bei der übertragenden Gesellschaft entstanden sind, dort aber wegen der Verschmelzung nicht mehr abschließend behandelt werden konnten. In diesem Beitrag wird darauf eingegangen, ob es eine „Organnachfolge“ bei der Verschmelzung von Gesellschaften gibt und – wenn ja – welche Organe der übernehmenden Gesellschaft die Befugnis zur Behandlung solcher „unvollendeten“ gesellschaftsrechtlichen Sachverhalte haben.

I. Einleitung

Eine Gesellschaft, die auf eine andere Gesellschaft verschmolzen wird, wird durch diesen Vorgang aufgelöst und ohne Abwicklung beendet.¹ Alle im Außenverhältnis begründeten Rechte und Pflichten der übertragenden Gesellschaft gehen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft über und werden von dieser als eigene Rechte und Pflichten fortgeführt.² Wie verhält es sich aber mit den im Innenverhältnis begründeten und auf die gesellschaftsinterne Organisation bezogenen Befugnissen und Pflichten der Organe und Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft?

Mit dem Erlöschen der Gesellschaft gehen auch ihre Organe mit deren Zuständigkeiten unter und enden die Ämter aller Organmitglieder.³ Es gibt aber bei einer Verschmelzung nicht selten „unvollendete“ gesellschaftsrechtliche Sachverhalte, die bei der übertragenden Gesellschaft entstanden sind, dort aber wegen der Verschmelzung nicht mehr abschließend

behandelt werden konnten. Man denke nur an die folgenden Fälle:

- Die Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft sind bei dieser für ihre zurückliegende Tätigkeit noch nicht entlastet worden.
- Die Anstellungsverträge mit den Mitgliedern des Geschäftsführungsorgans sollen nach der Verschmelzung beendet oder geändert werden.
- Die übertragende Gesellschaft hatte bisher nicht geltend gemachte Ersatzansprüche gegen Organmitglieder, die durch die Verschmelzung auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen sind.
- Der festgestellte Jahresabschluss der übertragenden Gesellschaft erweist sich als fehlerhaft und soll nach der Verschmelzung geändert oder neu auf- und festgestellt werden.
- Die Gesellschafterversammlung der übertragenden Gesellschaft hat fehlerhafte Beschlüsse gefasst, gegen die Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen anhängig sind oder erst nach der Verschmelzung erhoben werden.

In diesen und ähnlichen Fällen stellt sich die Frage, ob es eine „Organnachfolge“ bei der Verschmelzung von Gesellschaften gibt und – wenn ja – welche Organe der übernehmenden Gesellschaft in diesen Fällen bzw mit welchen Rechtswirkungen entscheiden können. Nachfolgend werden diese Fragen behandelt.

* Dr. Zurab Simonishvili ist Rechtsanwalt in einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Wien. Fabian Löffler, LL.M. ist Legal Counsel für Gesellschaftsrecht bei einer Bank und Beteiligungsholding in Wien.

¹ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010) § 225a AktG Rz 26; dies in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 225a Rz 8; Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ (2019) § 225a Rz 11 und 37.

² Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 225a AktG Rz 26; dies in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 225a Rz 8; Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶, § 225a Rz 11.

³ Vgl OGH 16.7.2002, 4 Ob 163/02b; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 225a AktG Rz 29; dies in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 225a Rz 9; Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶, § 225a Rz 28.

II. Entlastung der Organmitglieder

1. Entlastung durch die übernehmende Gesellschaft

Die Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft können nicht mehr von der General- bzw Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft für das abgelaufene Geschäftsjahr entlastet werden, wenn die Verschmelzung nach Ablauf des Geschäftsjahres, aber vor der für die Entlastung zuständigen ordentlichen General- bzw Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft wirksam wird. Wird die Verschmelzung erst nach der ordentlichen General- bzw Hauptversammlung wirksam, erfolgt jedenfalls keine Entlastung mehr für den Zeitraum vom Beginn des neuen Geschäftsjahres bis zum Wirksamwerden der Verschmelzung. In der Praxis stellt sich deshalb oft die Frage, ob die übernehmende Gesellschaft die noch ausstehende Entlastung der Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft beschließen kann.

Die Antwort auf diese Frage ist in der Literatur nicht eindeutig: Ein Teil der Lehre bejaht die Möglichkeit der Entlastung der Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft durch die übernehmende Gesellschaft.⁴ Nach einem anderen Teil der Lehre ist hingegen eine Entlastung nach dem Erlöschen der übertragenden Gesellschaft und der Beendigung der Stellung der Organmitglieder nicht mehr möglich.⁵ Maßgebender Grund dafür sei, dass die relevanten Maßnahmen der Organmitglieder ausschließlich an den Interessen der übertragenden Gesellschaft ausgerichtet waren und ein Organ der übernehmenden Gesellschaft darüber „logischerweise“ nicht befinden könne.⁶ Dieses Argument überzeugt jedoch nicht:

Betrifft die Entlastung durch die General- bzw Hauptversammlung nur den Zeitraum, der in den Jahresabschluss der übernehmenden Gesellschaft einbezogen wird, handelt es sich der Sache nach auch um eine eigene Angelegenheit der übernehmenden Gesellschaft.⁷ Ferner hat niemand anderes als der übernehmende Rechtsträger darüber zu befinden, ob aus der Tätigkeit der Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft Ersatzansprüche entstanden sind, die mit der Verschmelzung übergegangen sind und ob diese nunmehr geltend gemacht werden sollen. Dann muss die übernehmende Gesellschaft auch in der Lage sein, sich im Wege der Entlastung ein Urteil über die Tätigkeit der Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft zu bilden. Dies unabhängig davon, ob die Entlastung nur eine Billigung der Tätigkeit der Organmitglieder enthält, wie es grundsätzlich bei der Entlastung der Organmitglieder einer AG der Fall ist, oder die Entlastung einen Verzicht auf Ersatzansprüche aus bekannten bzw erkennbaren Tatsachen bewirkt, wie es etwa bei einer GmbH der Fall ist.⁸ Aus diesen Gründen ist uE die Möglichkeit der Entlastung der Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft durch die übernehmende Gesellschaft zu bejahen.⁹

⁴ Für die Möglichkeit der Entlastung etwa Hoffmann-Becking, „Organnachfolge“ bei der Verschmelzung? in FS Ulmer (2003) 243 (247 ff und 260 f); Martens, Kontinuität und Diskontinuität im Verschmelzungsrecht der Aktiengesellschaft, AG 1986, 57 (58 f); Marsch-Barner in Kallmeyer, UmwG⁷ (2020) § 20 Rz 17; vgl auch Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225a AktG Rz 29 und § 14 SpaltG Rz 70.

⁵ Die Entlastungsmöglichkeit verneinend OLG München 15.11.2000, 7 U 3916/00, AG 2001, 197; Szepl in Artmann/Karollus, AktG⁶, § 225a Rz 28; Grunewald in Lutter, UmwG⁶ (2019) § 20 Rz 30.

⁶ Vgl OLG München 15.11.2000, 7 U 3916/00; Grunewald in Lutter, UmwG⁶, § 20 Rz 30.

⁷ Martens, AG 1986, 58 f; Marsch-Barner in Kallmeyer, UmwG⁷, § 20 Rz 17.

⁸ Hoffmann-Becking, „Organnachfolge“, 248 f.

2. Zuständigkeit

Es bleibt die Frage, welches Organ der übernehmenden Gesellschaft für die Entlastung der Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft zuständig ist. Die Zuständigkeit zur Entlastung von Organmitgliedern liegt nach § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG bzw § 104 Abs 2 Z 3 AktG ausschließlich bei der General- bzw Hauptversammlung. Diese Zuständigkeitszuweisung ist zwingend.¹⁰ Zwar haben diese Bestimmungen die Entlastung eigener Organmitglieder zum Regelungsgegenstand, uE soll aber auch für die Entlastung der Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft Gleiches gelten. Zuständig ist dafür die General- bzw Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft. Zu diesem Ergebnis kommt man unabhängig davon, ob man § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG bzw § 104 Abs 2 Z 3 AktG analog heranzieht oder die für die übertragende Gesellschaft geltenden Kompetenzregelungen auf die übertragende Gesellschaft anwendet.¹¹

3. Entlastungswirkungen

Offen bleibt nunmehr die Frage nach Verzichtswirkungen einer Entlastung der Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft durch die General- bzw Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft. Bei der Verschmelzung einer GmbH auf eine andere GmbH wird die Entlastung der Organmitglieder der übertragenden GmbH durch die Generalversammlung der übernehmenden GmbH haftungsbefreiende Wirkung hinsichtlich jener Ansprüche haben, die aus den bekannten oder erkennbaren Tatsachen resultieren.¹² Wird aber eine AG auf eine AG verschmolzen, wird die Entlastung der Organmitglieder der übertragenden AG grundsätzlich keine Verzichtswirkungen haben.¹³

Schwieriger ist diese Frage bei einer rechtsformübergreifenden Verschmelzung (wie etwa bei der Verschmelzung einer AG auf eine GmbH) zu beurteilen. Soweit ersichtlich, findet man dazu in der Literatur lediglich eine Stellungnahme, wonach etwaige Verzichtswirkungen der Entlastung auf Ersatzansprüche, die auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, nach den Vorschriften zu beurteilen sind, die auf die übertragende Gesellschaft anwendbar waren. War zB die übertragende Gesellschaft eine AG und die übernehmende Gesellschaft eine GmbH, gelten demnach die aktienrechtlichen Grundsätze.¹⁴ Dafür spricht die Überlegung, dass die Verschmelzung grundsätzlich weder zur Besserung noch zur Verschlechterung der Rechtspositionen der ausgeschiedenen Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft führen soll. Wäre zB die Entlastung bei einer übertragenden AG etwa eine Woche vor der Verschmelzung beschlossen worden, hätte

⁹ Hoffmann-Becking, „Organnachfolge“, 248 f; Martens, AG 1986, 58 f; Marsch-Barner in Kallmeyer, UmwG⁷, § 20 Rz 17; vgl auch Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225a AktG Rz 29 und § 14 SpaltG Rz 70.

¹⁰ Vgl Simonishvili, Entlastungsbeschlüsse im Aktien- und GmbH-Recht (2016) 95; S. Bydliński/Potyka in Artmann/Karollus, AktG⁶, § 104 Rz 29; E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG², § 104 Rz 15; Koppensteiner/Riiffler, GmbHG³ (2007) § 35 Rz 2; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 35 Rz 35; Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² (2018) § 35 Rz 78.

¹¹ Zu Verzichtswirkungen siehe Pkt II.3.

¹² Vgl Simonishvili, Entlastungsbeschlüsse, 45 ff; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 35 Rz 39 f.

¹³ Nach hA hat die Entlastung bei einer AG nur dann Verzichtswirkungen, wenn alle Aktionäre die Entlastung beschließen; vgl OGH 3.7.1975, 2 Ob 356/74; 8.5.2008, 6 Ob 28/08y; S. Bydliński/Potyka in Artmann/Karollus, AktG⁶, § 104 Rz 31.

¹⁴ Vgl Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225a AktG Rz 29 und § 14 SpaltG Rz 70.

diese grundsätzlich keine Verzichtswirkungen gehabt. Somit stellt sich die Frage, wieso eine Entlastung bei der übernehmenden GmbH etwa eine Woche nach der Verschmelzung Verzichtsfolgen für die ausgeschiedenen Organmitglieder der übertragenden AG haben soll. Oder umgekehrt: Wieso soll eine kurz nach der Verschmelzung beschlossene Entlastung bei der übernehmenden AG für die ausgeschiedenen Organmitglieder der übertragenden GmbH keine Verzichtsfolgen haben, wenn die übertragende GmbH diese Organmitglieder kurz vor der Verschmelzung mit Verzichtsfolgen entlasten hätte können.

Gegen diese Überlegungen kann aber folgendes Argument eingebracht werden: Wie schon erwähnt, hat die Entlastung im Aktienrecht grundsätzlich keine Präklusion der Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Organmitglieder zur Folge. Begründet wird diese Ansicht teilweise mit dem Minderheitenschutz bzw mit dem Schutz der (künftigen) Aktionäre als Zwecke des Verzichtsverbots des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, teilweise aber auch mit mangelnder Kompetenz der Hauptversammlung zum Verzicht der Ersatzansprüche gegenüber den Organmitgliedern.¹⁵ Zwar gelten die eben erwähnten Verzichtsverbote für Ersatzansprüche einer AG gegenüber eigenen Organmitgliedern. Man könnte aber einwenden, dass die Schutzzwecke des Verzichtsverbots des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG bzw die Problematik der mangelnden Kompetenz der Hauptversammlung zur Erteilung der Entlastung mit Verzichtsfolgen auch im Falle der Entlastung der ausgeschiedenen Organmitglieder der übertragenden GmbH durch die Hauptversammlung der übernehmenden AG eingreifen, sodass diese Bestimmungen analog anzuwenden seien. Auch im umgekehrten Fall, und zwar bei einer Entlastung der ausgeschiedenen Organmitglieder der übertragenden AG durch die Generalversammlung der übernehmenden GmbH, könnte man argumentieren, dass die dem aktienrechtlichen Verzichtsverbot zugrunde liegenden Überlegungen nicht mehr relevant seien.

III. Aufhebung oder Abänderung der Vorstands- und Geschäftsführerverträge

1. Übergang der Vorstands- und Geschäftsführerverträge

Mit der Rechtswirksamkeit der Verschmelzung erlöschen Organmandate in der übertragenden Gesellschaft. Dies gilt nicht nur für Mitglieder des Geschäftsführungsorgans und gewählte Aufsichtsratsmitglieder, sondern auch für Arbeitnehmervertreter oder entsandte Kapitalvertreter im Aufsichtsrat der übertragenden Gesellschaft.¹⁶ Auch das mit der organ-schaftlichen Stellung von Aufsichtsratsmitgliedern verbundene Auftragsverhältnis endet mit der Rechtswirksamkeit der Verschmelzung.¹⁷ Dem Aufsichtsratsmitglied steht keine Vergütung mehr für die Zeit nach Eintragung der Verschmelzung zu, da Aufsichtsratsmitglieder nicht hauptberuflich tätig sind.¹⁸ Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder bzw Geschäfts-

führer gelten hingegen fort und gehen auf die übernehmende Gesellschaft über.¹⁹ Daher hat das Mitglied des Geschäftsführungsorgans einen Entgeltanspruch. Es muss sich aber anrechnen lassen, was es sich infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart, anderweitig erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.²⁰

2. Zuständigkeit

Welches Organ der übernehmenden Gesellschaft entscheidet nach der Verschmelzung über eine Aufhebung des Anstellungsvertrages gegen Gewährung einer Abfindung oder wer entscheidet über eine Änderung des Vertrages? Die Vertretung der übernehmenden Gesellschaft gegenüber dem ehemaligen Vorstandsmitglied der übertragenden Gesellschaft obliegt, sofern dieser keine Vorstandsfunktion in der übernehmenden Gesellschaft innehat, dem Vorstand der übernehmenden Gesellschaft.²¹ § 97 Abs 1 AktG gilt nicht, weil das Vorstandsmitglied der übertragenden Gesellschaft kein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied der eigenen (übernehmenden) Gesellschaft ist und zum Teil in der Lehre die Vertretung gegenüber ehemaligen Vorstandsmitgliedern auch durch den Vorstand anerkannt wird.²² Zweck des § 97 Abs 1 AktG ist es, die Gefährdung der Gesellschaftsinteressen durch möglicherweise auftretende Interessenkonflikte zu vermeiden, wenn die Gesellschaft bei Geschäften mit einem Vorstandsmitglied von Mitgliedern dieses Organs vertreten wird.²³ Im Falle der Vertretung der übernehmenden Gesellschaft durch ihren Vorstand gegenüber dem ehemaligen Vorstandsmitglied der übertragenden Gesellschaft ist uE ein solches Interessenkonflikt nicht ersichtlich, sodass eine analoge Anwendung des § 97 Abs 1 AktG ausscheidet.

Ähnlich ist die Lage im GmbH-Recht betreffend die Kompetenz zur Vertretung der übernehmenden Gesellschaft gegenüber den ehemaligen Mitgliedern des Geschäftsführungsorgans der übertragenden Gesellschaft: Im GmbH-Recht obliegt nach hA die Vertretung der GmbH gegenüber ihrem ehemaligen Geschäftsführer bezüglich der Beendigung des Anstellungsverhältnisses den aktuellen Geschäftsführern.²⁴ Umso mehr muss das für die Vertretung der übernehmenden GmbH gegenüber den ausgeschiedenen Organmitgliedern des Geschäftsführungsorgans der übertragenden Gesellschaft gelten. Diese sind keine Mitglieder des Geschäftsführungsorgans der übernehmenden Gesellschaft. Zuständig für die Vertretung der übernehmenden GmbH gegenüber den Mitgliedern der übertragenden Gesellschaft sind somit grund-

¹⁵ Meinungsübersicht bei *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse, 67 ff.

¹⁶ Vgl OGH 16.7.2002, 4 Ob 163/02b; *Szep in Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 225a Rz 28; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225a AktG Rz 29; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Praxisleitfaden Verschmelzung (2015) Kap VI.B Rz 17.

¹⁷ *Szep in Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 225a Rz 28; *Schindler/Brix in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 96 Rz 88; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, Kap VI.B Rz 17.

¹⁸ *Szep in Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 225a Rz 28; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, Kap VI.B Rz 17; *Grunewald in Lutter*, UmwG⁶, § 20 Rz 28.

¹⁹ Vgl OGH 16.7.2002, 4 Ob 163/02b; *Szep in Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 225a Rz 28; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225a AktG Rz 30; *Schindler/Brix in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 96 Rz 88; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, Kap VI.B Rz 17.

²⁰ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225a AktG Rz 30; *Szep in Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 225a Rz 28; *Schindler/Brix in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 96 Rz 88; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, Kap VI.B Rz 17.

²¹ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225a AktG Rz 30.

²² *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 97 Rz 6; vgl noch OGH 3.7.1975, 2 Ob 356/74; 29.3.2001, 8 ObA 44/01f; 25.10.2002, 1 Ob 191/02y.

²³ *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 97 Rz 1; *dies in MünchKomm AktG⁴*, § 112 Rz 38; *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 97 Rz 4.

²⁴ Vgl OGH 15.7.2011, 8 ObA 49/11f; 24.9.2015, 9 ObA 89/15a; *Ratka/Stöger/Straube/Völkl in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 15 Rz 72; *Rohregger/Kudrna in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 15 Rz 57.

sätzlich die Geschäftsführer, sofern die ausgeschiedenen Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft keine Geschäftsführungsfunktionen in der übernehmenden GmbH innehaben.²⁵

IV. Geltendmachung von Ersatzansprüchen

1. Übergang von Ersatzansprüchen

Schadenersatzansprüche, die aus dem Organverhältnis zur übertragenden Gesellschaft resultieren, gehen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft über.²⁶ Nur die Ansprüche aus §§ 227 ff AktG sind von der Gesamtrechtsnachfolge nicht erfasst.²⁷ Die besonderen Vorschriften der §§ 227 ff AktG betreffen nur jene Ansprüche, die sich aus der Verschmelzung selbst ergeben.

2. Zuständigkeit

Die Vertretung der übernehmenden AG in Schadenersatzprozessen gegenüber dem ausgeschiedenen Organmitglied der übertragenden Gesellschaft obliegt dem Vorstand, sofern das ausgeschiedene Organmitglied der übertragenden Gesellschaft keine Vorstandsfunktion in der übernehmenden AG innehat.²⁸ Die Prozessvertretungsbefugnis des Aufsichtsrats gem § 97 Abs 1 AktG greift hier nicht ein, weil die ehemaligen Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft nicht (ausgeschiedene) Organmitglieder der eigenen (übernehmenden) AG sind. Auch der Schutzzweck dieser Bestimmung spricht nicht für deren (analogen) Anwendbarkeit.²⁹ Fraglich ist noch, ob die Bestimmung des § 134 AktG, die die Beschlussfassung der Hauptversammlung zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen ua gegenüber eigenen Organmitgliedern zum Regelungsgegenstand hat, auch betreffend Ersatzansprüche gegenüber den ausgeschiedenen Organmitgliedern der übertragenden Gesellschaft analog angewendet werden kann. Bejahendenfalls würde ein solcher Beschluss die Verpflichtung des Vorstands zur Geltendmachung dieser Ansprüche begründen.

Auch bei der übernehmenden GmbH obliegt die Vertretung dieser in Schadenersatzprozessen gegenüber dem ausgeschiedenen Organmitglied der übertragenden Gesellschaft grundsätzlich dem Geschäftsführungsorgan.³⁰ Fraglich ist aber, ob diese Prozessvertretung eine Beschlussfassung der Generalversammlung gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG voraussetzt. Diese Bestimmung hat die Beschlussfassung der Generalversammlung zur Geltendmachung der Ersatzansprüche der Gesellschaft ua gegenüber eigenen Organmitgliedern zum Regelungsgegenstand, wobei auch die ausgeschiedenen Organmitglieder erfasst sind.³¹ § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG ist zwingend.³² Die hA misst dem Erfordernis dieses Gesellschafterbeschlusses Außenwirkung zu, sodass der fehlende Beschluss

zur Abweisung der Klage führt.³³ Wie erwähnt, ist diese Bestimmung auf die Ersatzansprüche der ausgeschiedenen Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft direkt nicht anwendbar, weil diese nicht eigene (ausgeschiedene) Organmitglieder der übernehmenden GmbH sind. Denkbar wäre aber hier eine analoge Anwendung dieser Bestimmung und somit des Erfordernisses der Beschlussfassung der Generalversammlung der übernehmenden GmbH.

V. Änderung und Neufeststellung des Jahresabschlusses

1. Möglichkeit bzw Pflicht zur Änderung und Neufeststellung des Jahresabschlusses

In der Praxis werden Verschmelzungsverträge oft so gestaltet, dass der Verschmelzungstichtag mit dem Stichtag des letzten Jahresabschlusses der übertragenden Gesellschaft zusammenfällt und daher die Schlussbilanz ident mit dem letzten Jahresabschluss der übertragenden Gesellschaft ist. Denkbar ist, dass sich nach Eintragung der Verschmelzung in das Firmenbuch herausstellt, dass die Bilanz fehlerhaft und ihre Feststellung nichtig war. Nichtigkeit des Jahresabschlusses kann etwa bei Überbewertung oder Ansatz nicht vorhandener Aktivposten oder bei Unterbewertung oder Weglassen von Passivposten vorliegen.³⁴ Kann bzw muss im Falle der Nichtigkeit des Jahresabschlusses der übertragenden Gesellschaft dieser durch die übernehmende Gesellschaft erneut auf- und festgestellt werden und – wenn ja – welche Organe sind dafür zuständig?

Die Pflicht zur Rechnungslegung ist keine höchstpersönliche Verpflichtung und kann deshalb im Wege der Verschmelzung auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Daher ist es grundsätzlich möglich, dass die übernehmende Gesellschaft einen fehlerhaften Jahresabschluss der übertragenden Gesellschaft korrigiert und neu feststellt.³⁵ Die übernehmende Gesellschaft hat im Falle eines materiellen Nichtigkeitsgrundes (zB bei krasser Überbewertung oder Ansatz nicht vorhandener Aktivposten oder bei krasser Unterbewertung oder Ansatz nicht vorhandener Passivposten) das Auf- und Feststellungsverfahren von Anfang an neu zu durchlaufen, dies selbstverständlich unter Vermeidung des inhaltlichen Fehlers. Liegt hingegen ein formeller Nichtigkeitsgrund vor, ist dies nur so weit erforderlich, wie die Nichtigkeit zurückreicht. Bspw müssen bei unterbliebener Abschlussprüfung nur diese und die Feststellung wiederholt werden, eine neuerliche Aufstellung des Jahresabschlusses ist hingegen nicht erforderlich.³⁶

2. Zuständigkeit

Fraglich bleibt, welche Organe der übernehmenden Gesellschaft für die Aufstellung und Feststellung des neuen Jahresabschlusses zuständig sind. Es spricht viel dafür, die für den eigenen Jahresabschluss geltenden Zuständigkeitsregeln auch auf eine Änderung und Neuaufstellung des Jahresabschlusses der übertragenden Gesellschaft anzuwenden. Der Grund

²⁵ Vgl Ratka/Stöger/Straube/Völkl in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 15 Rz 72; Rohregger/Kudrna in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG, § 15 Rz 57.

²⁶ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225a AktG Rz 29.

²⁷ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225a AktG Rz 29 und § 227 AktG Rz 10.

²⁸ Vgl auch Hoffmann-Becking, „Organnachfolge“, 263 f.

²⁹ Siehe dazu schon Pkt III.2.

³⁰ Vgl auch Hoffmann-Becking, „Organnachfolge“, 263 f.

³¹ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 35 Rz 35; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 35 Rz 92.

³² Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 35 Rz 85.

³³ Vgl Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 35 Rz 84; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 35 Rz 34; OGH 8.2.1990, 6 Ob 747/89.

³⁴ Näher dazu Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 202 Rz 29 ff; vgl auch Harter in Gruber/Harrer, GmbHG³, § 35 Rz 13 ff.

³⁵ Hoffmann-Becking, „Organnachfolge“, 255.

³⁶ Vgl nur Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶, § 202 Rz 28 ff.

dafür liegt im engen sachlichen Zusammenhang zwischen der Feststellung des Folgeabschlusses der übernehmenden Gesellschaft und der Korrektur des vorangegangenen Abschlusses der übertragenden Gesellschaft. Dies gilt nicht nur für Gesellschaften gleicher Rechtsform mit gleichen Zuständigkeitsregeln, sondern auch rechtsformübergreifend.³⁷

VI. Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen

1. Allgemeines

Nach Wirksamkeit der Verschmelzung kann eine Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage gegen die übernehmende Gesellschaft erhoben werden. Dies gilt nicht nur für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen gegen den Verschmelzungsbeschluss der übertragenden Gesellschaft, sondern auch für jene, die sich gegen sonstige General- bzw Hauptversammlungsbeschlüsse richten.³⁸ Auch bereits laufende Anfechtungs- und Nichtigkeitsprozesse gehen auf die übernehmende Gesellschaft als Prozesspartei über.³⁹

2. Zuständigkeit

Bei einer Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage wird die übernehmende GmbH grundsätzlich durch ihre Geschäftsführer vertreten. Klagen Geschäftsführer selbst (etwa als ehemalige Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft), sind sie von der Vertretung ausgeschlossen (analog § 42 Abs 1 Satz 2 und 3 GmbHG). Für eine übernehmende AG gilt: Die Vertretungsbefugnis liegt hier beim Vorstand und Aufsichtsrat (Doppelvertretung), wenn der Kläger ein ehemaliger Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ist und nunmehr aufgrund der Verschmelzung Aktionär der übernehmenden AG geworden ist (analog § 197 Abs 2 Satz 3 AktG).⁴⁰

VII. Schlussfolgerung

Bei Verschmelzungen gibt es eine Art „Organnachfolge“. Somit werden „unvollendete“ gesellschaftsrechtliche Sachverhalte, die bei der übertragenden Gesellschaft entstanden sind und dort wegen der Verschmelzung nicht abschließend behandelt werden konnten, von den Organen der übernehmenden Gesellschaft behandelt.

So kann die übernehmende Gesellschaft die noch ausstehende Entlastung der Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft beschließen. Zuständig dafür ist die General- bzw Hauptversammlung. Die Entlastung der ausgeschiedenen Organmitglieder der übertragenden GmbH durch die

Generalversammlung der übernehmenden GmbH hat Verzichtfolgen. Die Entlastung der Organmitglieder der übertragenden AG durch die Hauptversammlung der übernehmenden AG hat hingegen grundsätzlich keine Verzichtfolgen. Schwieriger sind die Verzichtswirkungen bei einer rechtsformübergreifenden Verschmelzung zu beurteilen: In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass etwaige Verzichtswirkungen der Entlastung nach den Vorschriften zu beurteilen sind, die auf die übertragende Gesellschaft anwendbar waren. Es gibt gute Gründe, die für dieses Ergebnis sprechen, man findet aber auch Gegenargumente.

Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder bzw Geschäftsführer der übertragenden Gesellschaft gelten fort und gehen auf die übernehmende Gesellschaft über. Hinsichtlich der Beendigung oder Änderung dieser Verträge obliegt die Vertretung der übernehmenden Gesellschaft gegenüber den ehemaligen Mitgliedern des Geschäftsführungsorgans der übertragenden Gesellschaft dem Geschäftsführungsorgan der übernehmenden Gesellschaft, sofern diese Organmitglieder keine Geschäftsführungsfunktion in der übernehmenden Gesellschaft innehaben.

Schadenersatzansprüche, die aus dem Organverhältnis zur übertragenden Gesellschaft resultieren, gehen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft über. Die Vertretung der übernehmenden Gesellschaft in Schadenersatzprozessen gegenüber dem ausgeschiedenen Organmitglied der übertragenden Gesellschaft obliegt grundsätzlich dem Geschäftsführungsorgan. Fraglich ist, ob diese Prozessvertretung durch die Geschäftsführung der übernehmenden GmbH eine Beschlussfassung der Generalversammlung gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG voraussetzt.

Es ist grundsätzlich möglich, dass die übernehmende Gesellschaft einen fehlerhaften Jahresabschluss der übertragenden Gesellschaft korrigiert und neu feststellt. Dabei hat die übernehmende Gesellschaft, die für den eigenen Jahresabschluss geltenden Zuständigkeitsregeln auch auf eine Änderung und Neuaufstellung des Jahresabschlusses der übertragenden Gesellschaft anzuwenden.

Nach Wirksamkeit der Verschmelzung kann eine Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage gegen die übernehmende Gesellschaft erhoben werden. Auch bereits laufende Anfechtungs- und Nichtigkeitsprozesse gehen auf die übernehmende Gesellschaft als Prozesspartei über. Dabei wird die übernehmende GmbH grundsätzlich durch ihre Geschäftsführer vertreten. Bei einer AG liegt die Vertretungsbefugnis beim Vorstand und Aufsichtsrat, wenn der Kläger ein ehemaliger Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ist und nunmehr aufgrund der Verschmelzung Aktionär der übernehmenden AG geworden ist.

³⁷ Vgl auch Hoffmann-Becking, „Organnachfolge“, 265.

³⁸ Kals in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 230 Rz 4; dies, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 230 AktG Rz 8.

³⁹ Kals in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 230 Rz 4.

⁴⁰ So auch Hoffmann-Becking, „Organnachfolge“, 266.



GesRZ –

Gesellschafts- und Unternehmensrecht am Puls der Zeit

Der praktische Fall

Diskussion am Puls der Zeit

Unternehmensrecht aktuell

Fundierte Fachinformation, kritischer Diskurs

Rechtsprechung

Judikatur des OGH, EuGH und OLG aus erster Hand

Aus dem Firmenbuch

Aktuelle Firmenbuchpraxis

Jetzt Halbjahresabo 2021 bestellen!

Bestellformular Ja, ich bestelle

GesRZ-Halbjahresabo 2021
(50. Jahrgang 2021, Heft 4-6)

___ Ex. Print EUR 101,50

___ Ex. Digital light..... EUR 104,-

___ Ex. Digital EUR 112,-

___ Ex. Print & Digital EUR 113,-

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnr.

PLZ/Ort

E-Mail/Telefon

Datum/Unterschrift

Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet. Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abstelllinks in jedem zugesendeten Newsletter widerrufen werden.

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden. AGB: lindeverlag.at/agb | Datenschutzbestimmungen: lindeverlag.at/datenschutz. Preise Zeitschriften inkl. MwSt, zzgl. Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten.

Linde Verlag Ges.m.b.H
Scheydgasse 24, 1210 Wien
Handelsgericht Wien
FB-Nr: 102235X, ATU 14910701
DVR: 000 2356

Jetzt bestellen: www.lindeverlag.at | office@lindeverlag.at | Tel 01 24 630 | Fax 01 24 630-23