

Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

per E-Mail: team.z@bmj.gv.at

ZI. 13/1 11/12

GZ Z10.001/0004-I 3/2010

BG, mit dem das Aktiengesetz, das Spaltungsgesetz, das EU-Verschmelzungsgesetz, das GmbH-Gesetz, das SE-Gesetz und das Firmenbuchgesetz zur Vereinfachung von Verschmelzungen und Spaltungen geändert werden (Umgründungs-Vereinfachungsgesetz - UmVerG)

Referent: Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

INHALTSVERZEICHNIS

I.	ALLGEMEINES.....	2
1.	Grundlage und Zweck des UmVergG	2
2.	Wesentliche Neuerungen im Verschmelzungs- und Spaltungsrecht	3
II.	ZU ARTIKEL 1 (ÄNDERUNG IM AKTIENGESETZ)	4
1.	Zu Z 1 (§ 13):	4
2.	Zu Z 2 (§ 27):	4
3.	Zu Z 3 (§ 87):	5
4.	Zu Z 4 (§ 105):	6
5.	Zu Z 5 (§ 107):	6
6.	Zu Z 6 (§ 108):	6
7.	Zu Z 7 und 8 (§§ 109, 110, 114 und 118):	7
8.	Zu Z 9 (§ 119):	7
9.	Zu Z 10 (§ 126):	7
10.	Zu Z 11 (§ 127):	8
11.	Zu Z 12 (§ 128):	8
12.	Zu Z 13 (§ 221a):	8
13.	Zu Z 14 (§ 223):	8
14.	Zu Z 15 (§ 232):	9

15. Zu Z 16 (§ 233):	11
16. Zu Z 17 (§ 262):	11
III. Zu Art. 2 (ÄNDERUNGEN IM SPALTUNGSGESETZ):.....	11
1. Zu Z 1 (§ 3):	11
2. Zu Z 2 (§ 4):.....	12
3. Zu Z 3 (§ 6):.....	12
4. Zu Z 4 (§ 7):.....	12
5. Zu Z 5 (§ 15):.....	13
6. Zu Z 6 (§ 16a):.....	14
7. Zu Z 7 (§ 17):.....	15
8. Zu Z 8 (§ 19):.....	15
IV. Zu Art. 3 (ÄNDERUNGEN IM EU-VERSCHMEZLUNGSGESETZ):	15
1. Zu Z 1 (§ 8):	15
2. Zu Z 2 (§ 17):.....	15
V. ZU ART. 4 (ÄNDERUNGEN IM GMBH-GESETZ):	15
1. Zu Z 1 (§ 100):	15
2. Zu Z 2 (§ 127):.....	16
VI. ZU ART. 5 (SEG):	16
1. Zu Z 1 (§ 19):	16
2. Zu Z 2 (§ 67):.....	16
VII. ZU ART. 6 (ÄNDERUNGEN IM FIRMENBUCHGESETZ):	16
1. Zu Z 1 (§ 3):	16
2. Zu Z 2 (§ 5):.....	16
3. Zu Z 3 (§ 11):.....	16
4. Zu Z 4 (§ 43):.....	16
5. Zu Art. 7 (Umsetzungshinweis):.....	17

I. ALLGEMEINES

Mit dem vorliegenden Entwurf des Umgründungs-Vereinfachungsgesetzes (UmVerG) wird folgende Richtlinie umgesetzt:

- **Richtlinie 2009/109/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Änderung der Richtlinien 77/91/EWG, 78/855/EWG und 82/891/EWG des Rates sowie der Richtlinie 2005/56/EG hinsichtlich der Berichts- und Dokumentationspflichten bei Verschmelzungen und Spaltungen.

1. Grundlage und Zweck des UmVerG

Die Richtlinie 2009/109/EG vom 16. September 2009 (ABI L 259 vom 2.10.2009, S 14) hat zu Änderungen der Richtlinien 77/91/EWG, 78/855/EWG, 82/891/EWG und 2005/56/EG hinsichtlich der Berichts- und Dokumentationspflichten bei Verschmelzungen und Spaltungen von Gesellschaften geführt. Soweit diese Änderungen zwingende Vorschriften betreffen, müssen diese gemäß Artikel 6 Absatz 1 der Änderungsrichtlinie bis zum 30. Juni 2011 in österreichisches Recht umgesetzt werden.

Das erklärte Ziel der Richtlinie 2009/109/EG ist es, die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen in der Gemeinschaft durch eine Verringerung von Verwaltungslasten zu verbessern. Diese Entlastung kommt – obwohl die Verschmelzungs- und die

Spaltungs-Richtlinie an sich nur im Hinblick auf Aktiengesellschaften umzusetzen sind – in weiten Teilen auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung zugute, weil die verschmelzungsrechtlichen Regelungen im AktG und die Bestimmungen des SpaltG weitestgehend auch für beide Kapitalgesellschaftsformen zur Anwendung gelangen.

Einige der in der Richtlinie 2009/109/EG vorgegebenen Erleichterungen für Unternehmen sollen aber nur dann zum Tragen kommen, wenn das Unternehmen das ihm zustehende Wahlrecht in einer bestimmten Weise ausübt.

Die in den erläuternden Bemerkungen gemachten Angaben zu den betragsmäßigen Auswirkungen (Einsparungen), die im Rahmen des Projekts „Verwaltungskosten senken für Unternehmen“ (BRIT-Datenbank) erhoben wurden, scheinen grundsätzlich nachvollziehbar, wenngleich die erwartete Kostenersparnis nur ansatzweise geschätzt werden kann. Das durch das UmVerG angestrebte Ziel der Verringerung von Verwaltungskosten für Unternehmen ist jedenfalls zu begrüßen. Die Vorgaben der Richtlinie 2009/109/EG sind in diesem Gesetzesentwurf auch legistisch gut umgesetzt worden.

2. Wesentliche Neuerungen im Verschmelzungs- und Spaltungsrecht

Die wesentlichen Neuerungen im Verschmelzungs- und Spaltungsrecht lassen sich kurz zusammenfassen wie folgt:

- **Vereinfachungen beim Upstream Merger**
Bei der Verschmelzung zur Aufnahme einer 100%igen Tochtergesellschaft sollen diverse Berichtspflichten entfallen; außerdem soll (auch) bei der übertragenden Gesellschaft keine Hauptversammlung (Generalversammlung) mehr erforderlich sein
- **Vereinfachungen bei der verhältniswahrenden Spaltung**
Auch bei der verhältniswahrenden Spaltung sollen einige Pflichten zu Erstellung von Berichten entfallen.
- **Erweiterte Verzichtsmöglichkeit auf Berichte der Gesellschaftsorgane**
Auf den Bericht des Aufsichtsrats über eine geplante Verschmelzung oder Spaltung soll verzichtet werden können; dem diesbezüglichen Informationsbedürfnis des Aufsichtsrats soll durch eine Mitteilungspflicht des Vorstands (der Geschäftsführer) Rechnung getragen werden.
- **Entfall der Zwischenbilanz in börsennotierten Gesellschaften**
Die Verpflichtung, bei einer Verschmelzung bzw Spaltung eine Zwischenbilanz zu erstellen, soll bei börsennotierten Gesellschaften entfallen, weil diese ohnehin gemäß § 87 BörseG Halbjahresfinanzberichte zu veröffentlichen haben.
- **Elektronische Bekanntmachung des Verschmelzungs- bzw Spaltungsplans**
Statt der bisherigen Verpflichtung, den Verschmelzungsvertrag bzw Spaltungsplan beim Firmenbuch einzureichen und einen Hinweis in der

Wiener Zeitung zu veröffentlichen, soll in Zukunft diese Information über eine Veröffentlichung in der Ediktsdatei bekannt gemacht werden können.

- **Durchsetzbarkeit des Sicherstellungsanspruchs bei der Spaltung**
Die aufgrund einer Spaltung gefährdeten Gläubiger sollen in Hinkunft einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Sicherheitsleistung haben.
Darüber hinaus soll eine verpflichtende Eintragung im Firmenbuch hinsichtlich der Börsennotierung einer Aktiengesellschaft oder SE im Sinne des § 3 AktG in Zukunft verpflichtend sein. Weiters soll auch die Adresse der Internetseite, über die diese Gesellschaften diverse Bekanntmachungen vornehmen müssen, verpflichtend in das Firmenbuch einzutragen sein. Die Eintragung der Adresse der Internetseite soll aber auch sonstigen Rechtsträgern offen stehen; sie müssen dies allerdings tun, um einige gesellschaftsrechtliche Erleichterungen in Anspruch nehmen zu können (zB Zugänglichmachung der Hauptversammlungsunterlagen auf der Gesellschaftswebsite statt Auflage der Unterlagen am Sitz der Gesellschaft).

II. ZU ARTIKEL 1 (ÄNDERUNG IM AKTIENGESETZ)

1. Zu Z 1 (§ 13):

Gemäß § 13 Abs 5 AktG müssen die betreffenden Dokumente auf der Internetseite der Homepage lesbar, speicherbar und ausdruckbar sein. Nach dem zweiten Satz der Bestimmung reicht es bis dato bei nicht börsennotierten Gesellschaften aus, wenn die Unterlagen nicht für jedermann, sondern nur für Aktionäre zugänglich sind.

Damit auch nicht börsennotierte Aktiengesellschaften die gleichen Erleichterungsmöglichkeiten der Richtlinie 2009/109/EG wie börsennotierte Aktiengesellschaften erhalten, ist eine Streichung des bisherigen zweiten Satzes des § 13 Abs 5 erforderlich, weil die Richtlinie 2009/109/EG bei der Veröffentlichung von Verschmelzungs- (Art 6 zweiter Abs) bzw Spaltungsplänen (Art 4 zweiter Abs) – falls diese auf der Internetseite der Gesellschaft veröffentlicht werden – eine Zugänglichkeit „für die Öffentlichkeit“ verlangt.

Ergänzt wird diese Streichung durch die nunmehr allgemeine Vorgabe, dass die auf der Internetseite der Gesellschaft veröffentlichten Informationen „*leicht auffindbar*“ sein müssen. Die gewählte Formulierung lässt grundsätzlich einen Spielraum offen, an welcher Stelle der Homepage (Subseite) die entsprechende Information gefunden werden kann bzw über welchen Link man dorthin gelangt; dem ist jedoch aufgrund der ständigen Fortentwicklung von Homepages und nicht zuletzt aufgrund der Übernahme von fremdsprachigen Schlagworten vor einer starren Begrifflichkeit der Vorzug zu geben.

2. Zu Z 2 (§ 27):

Sowohl nach § 27 Abs (2) AktG aF als auch nach § 27 Abs (2) AktG nF hat der Gründungsprüfer Anspruch auf Ersatz der notwendigen baren Auslagen und auf angemessene Entlohnung für seine Mühwaltung. Insoweit soll der Gesetzestext unverändert bleiben.

Die bisherige Regelung gab dem Gericht vor, dass sich die Bestimmung der Barauslagen und der Entlohnung für Mühewaltung an der Honorarordnung iSd § 17 Abs 2 WTKG zu orientieren hat ("..... *Bedachtnahme auf die Honorarordnung* ..."). Durch den Wegfall der Honorarordnung iSd § 17 Abs 2 WTKG kann diese klarerweise nicht mehr als Orientierung des Gerichtes bei der Bestimmung der Entlohnung herangezogen werden.

Nach der vorgeschlagenen Fassung des § 27 Abs 2 AktG nF sollen künftig überhaupt keine Vorgaben mehr bestehen, welche Kriterien und welche Grundsätze das Gericht für seine Entscheidung heranzuziehen hat. Das Gericht hat dadurch bei seiner Ermessensentscheidung einen sehr weiten Spielraum und muss eigene Grundsätze für die Festsetzung der Entlohnung entwickeln.

Dies wird in der Praxis vermutlich zu nicht unerheblichen regionalen Unterschieden führen, vgl dazu die Erfahrungen zu § 82 KO idF vor dem Inkrafttreten des IVEG (BGBI I 1999/73 am 01.05.1999) der einen „*Ersatz der baren Auslagen und eine Belohnung für Mühewaltung*“ vorsah, ohne nähere Kriterien für die Höhe der Mühewaltung anzuführen. Ähnliches ist bei der Bestimmung der Entlohnung für die Mühewaltung des Gründungsprüfers zu erwarten.

Durch die Entlohnung für Mühewaltung sollen vor allem die geleistete Arbeit des Gründungsprüfers und deren Schwierigkeit abgegolten werden; als weitere Kriterien kommen die Verwertung besonderer rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Kenntnisse und Erfahrungen und die Dauer der Gründungsprüfung in Betracht. Letztlich sind auch die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse maßgebend, die für das mit der Entlohnung ebenfalls abzugeltende Haftungsrisiko relevant sind.

Es wird nicht übersehen, dass wegen der Vielfalt der möglichen Fallkonstellationen die Gerichte in ihrer Entscheidung nicht zu sehr eingeschränkt werden sollen. Im Sinn einer gleichmäßigen Anwendung soll jedoch zumindest zum Ausdruck gebracht werden, dass sowohl arbeitsbezogene als auch wirtschaftliche Verhältnisse des Einzelfalles für die Höhe der Entlohnung maßgebend sind.

Dies könnte durch folgende Wortfolge zum Ausdruck gebracht werden:

"§ 27 Abs 2:

Die Gründungsprüfer haben Anspruch auf Ersatz ihrer notwendigen baren Auslagen und auf angemessene Entlohnung für ihre Mühewaltung. Diese Beträge bestimmt das Gericht unter Bedachtnahme auf die wirtschaftlichen Verhältnisse und auf den Umfang und die Schwierigkeit der Tätigkeit der Gründungsprüfer. Gegen die Bestimmung kann Rekurs ergriffen werden, gegen die Entscheidung des Gerichtes zweiter Instanz ist der Rekurs ausgeschlossen."

3. Zu Z 3 (§ 87):

Die Veröffentlichung der Vorschläge zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern von börsennotierten Aktiengesellschaften im Internet soll in Zukunft nur auf der im Firmenbuch eingetragenen Internetseite der Gesellschaft zulässig sein.

4. Zu Z 4 (§ 105):

Ad Abs 2:

Die Einfügung der Wortfolge „Personen, Stellen“ in § 105 Abs 2 zweiter Satz AktG anstatt der derzeit verwendeten Bezeichnung „Hinterlegungsstellen“ ist eine Gleichstellung mit dem Wortlaut des § 10a Abs 1 zweiter Satz AktG („Personen oder Stellen“) und daher eine sinnvolle Adaptierung des Gesetzestextes.

Ad Abs 5:

Die durch das AktRÄG 2009 in § 105 Abs 5 AktG eingeführte Möglichkeit der Abhaltung einer Hauptversammlung ohne Einhaltung der Vorschriften über ihre Einberufung und Vorbereitung (§§ 105 bis 110 AktG) im Falle einer sogenannten Vollversammlung (Teilnahme aller Aktionäre an der Hauptversammlung) wird mit der geplanten Änderung wieder auf nicht börsennotierte Aktiengesellschaften eingeschränkt.

Aus praktischer Sicht ist das Argument, dass solche Vollversammlungen de facto nur in Einpersonen-Gesellschaften und sonstigen Gesellschaften mit geschlossenem Aktionärskreis in Betracht kommen, zutreffend. Eine „Vollversammlung“ in einer börsennotierten Gesellschaft ist so gut wie denkunmöglich.

5. Zu Z 5 (§ 107):

- Keine Anmerkungen –

6. Zu Z 6 (§ 108):

Ad Abs 3:

Aufgrund der durch Art 2 Z 5 lit b und c der Richtlinie 2009/109/EG erfolgten Änderung der Verschmelzungs-RL können Kopien der Verschmelzungsunterlagen mit Zustimmung des Aktionärs durch Informationen auf elektronischem Weg ersetzt werden. Weiters wird von der Verpflichtung zur Auflage der Unterlagen am Sitz der Gesellschaft als auch von jener zur Erteilung von Abschriften Abstand genommen, wenn diese Unterlagen rechtzeitig in herunterladbarer und ausdruckbarer Form auf der Internetseite der Gesellschaft veröffentlicht werden.

Die derzeit bestehende Verpflichtung zur Auflage der Unterlagen am Sitz der Gesellschaft in § 108 AktG muss bei Verschmelzungen daher durch die alternative Möglichkeit zur Veröffentlichung auf der Gesellschaftswebsite ersetzt werden.

Es spricht nichts gegen die in § 108 Abs 3 AktG vorgesehene Möglichkeit, als Alternative zur Auflage der Hauptversammlungsunterlagen am Sitz der Gesellschaft generell das Zugänglichmachen auf deren Internetseite zuzulassen. Da börsennotierte Gesellschaften gemäß Abs 4 leg cit ohnehin zur Veröffentlichung im Internet verpflichtet sind, können sie von der Befreiung von der Auflagepflicht stets Gebrauch machen. Nicht notierte Gesellschaften haben insofern ein Wahlrecht, das allerdings die freiwillige Eintragung ihrer Internetseite im Firmenbuch voraussetzt (vgl dazu auch die Erläuterungen zu § 5 Z 4b FBG).

Ad Abs 4:

Siehe die Anmerkungen zu § 87 Abs 6 AktG.

Ad Abs 5:

Will der Aktionär sein Recht auf Sondermitteilung ausüben, hat er gegenüber der Aktiengesellschaft seine Aktionärsstellung nachzuweisen. Um der Praxis der Depotverwahrung von Aktien Rechnung zu tragen, wird der Nachweis der Aktionärseigenschaft genereller gefasst („*fortdauernde Aktionärseigenschaft*“ anstatt „*Aktie bei der Gesellschaft hinterlegt*“). In der Praxis kommt dafür bei depotverwahrten Inhaberaktien vor allem eine Depotbestätigung in Betracht, in der sich das ausstellende Kreditinstitut dazu verpflichtet, die Gesellschaft von einer allfälligen Veräußerung der Aktien – die zum Verlust der Aktionärseigenschaft führt – zu verständigen. Die Neufassung soll nach den Erläuterungen dies ermöglichen.

Darüber hinaus wird durch einen neuen letzten Satz klargestellt, dass eine nicht börsennotierte Gesellschaft, die die in Abs 3 genannten Unterlagen für die Hauptversammlung auf ihrer Internetseite zugänglich macht, dies während desselben Zeitraums tun muss wie eine börsennotierte AG, also ab dem 21. Tag vor der bis zum Ablauf eines Monats nach der Hauptversammlung.

7. Zu Z 7 und 8 (§§ 109, 110, 114 und 118):

Siehe die Anmerkungen zu § 87 Abs 6 AktG.

8. Zu Z 9 (§ 119):

Durch die vorgenommenen Konkretisierungen hinsichtlich der Reihenfolge der Abstimmung zu Anträgen von Tagesordnungspunkten sollen Bedenken der Lehre (*Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II*⁵ § 119 Rz 9 f) zum „Aushebeln“ von Stimmen Rechnung getragen werden. Eine gesetzliche Vorgabe für die Reihenfolge, in der über mehrere Anträge zu einem Tagesordnungspunkt abzustimmen ist, soll demnach dann bestehen, wenn es vor der Hauptversammlung zu einer Stimmabgabe mittels Fernabstimmung oder per Brief gekommen ist. In diesen Fällen würde sonst (*Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II*⁵ § 119 Rz 9) die Gefahr eines „Aushebelns“ dieser Stimmen durch das Vorziehen eines anderen Antrags bestehen (Beschlussfassung durch die in der Hauptversammlung anwesenden Aktionäre mit einem anderen Inhalt, der zur Nichtigkeit der vorweg abgegebenen Stimmen führt).

9. Zu Z 10 (§ 126):

Der Verweis auf § 108 Abs 1 AktG und § 110 Abs 1 AktG in der derzeitigen Formulierung des ersten Satzes von Abs 4 erfasst nicht die Fälle, in denen die gesamte Hauptversammlung auf Verlangen von Aktionären durchgeführt wird (vgl § 105 Abs 3 AktG) oder in denen Aktionäre zusätzliche Tagesordnungspunkte beantragen (vgl § 109 AktG) und schränkt damit die Möglichkeit der Fernabstimmung unnötiger Weise ein. Die Ermöglichung der Fernabstimmung für alle angekündigten Beschlussvorschläge ist daher zweckmäßig.

10. Zu Z 11 (§ 127):

Auch hier ist der Verweis auf § 108 Abs 1 AktG und § 110 Abs 1 AktG bei der Abstimmung per Brief einschränkend. Durch die Streichung des Verweises werden alle angekündigten Beschlussvorschläge von der Möglichkeit der Briefwahl erfasst sein.

11. Zu Z 12 (§ 128):

Siehe Anmerkungen zu § 108 Abs 5 AktG.

12. Zu Z 13 (§ 221a):

Ad Abs 1:

Die Streichung des Verweises auf § 221a Abs 4 leg cit ist eine Konsequenz des gänzlich neu formulierten § 221a Abs 4 AktG.

Ad Abs 1a:

Aufgrund Art 2 Z 2 der Richtlinie 2009/109/EG haben die Mitgliedstaaten den Gesellschaften – als Alternative zur konventionellen Offenlegung – die Möglichkeit zu eröffnen, den Verschmelzungsplan im Internet bekannt zu machen, und zwar entweder auf der eigenen Internetseite der Gesellschaft (vgl Art 6 zweiter Abs), auf der zentralen elektronischen Plattform oder auf einer sonstigen, vom Mitgliedstaat benannten Internetseite (vgl Art 6 dritter Abs).

Aus nachvollziehbaren Sicherheitsüberlegungen soll der Veröffentlichungsmöglichkeit auf einer zentralen elektronischen Plattform – in Österreich die Ediktsdatei nach § 89j GOG – der Vorzug gegeben werden.

Wie die Veröffentlichung des Verschmelzungsvertrages durch die Gesellschaften in technischer Hinsicht erfolgen soll, bleibt abzuwarten, weil diese Regelung einer noch zu erlassenden Verordnung vorbehalten sein soll (Die bisherigen Erfahrungen im Bereich des Insolvenzrechts, die den Masseverwaltern die Möglichkeit eröffnet, Bekanntmachungen zu veröffentlichen [zB beabsichtigte Veräußerungen iSd § 170 IO] sind positiv).

Ad Abs 4:

Der neue Abs 4 dient der Umsetzung des Art 2 Z 5 lit a sublit ii Richtlinie 2009/109/EG in Bezug auf den Halbjahresfinanzbericht, der an die Stelle der Zwischenbilanz treten kann. Das Mitgliedstaaten-Wahlrecht nach dem zweiten Satz der genannten Regelung der Richtlinie 2009/109/EG (Verzichtsmöglichkeit der Aktionäre auf die Zwischenbilanz) entspricht dem bereits geltenden Recht (vgl § 232 Abs 2 in Verbindung mit § 221a Abs 3 AktG).

13. Zu Z 14 (§ 223):

Bisher ist gemäß § 223 Abs 2 AktG eine Sacheinlagenprüfung bei der Verschmelzung zur Aufnahme nicht erforderlich, wenn die Buchwerte aus der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft fortgeführt werden und nicht geringer als der geringste Ausgabebetrag der hierfür gewährten neuen Aktien (zuzüglich

allfälliger barer Zuzahlungen) sind. Die Ausnahme hat nach Auskünften in der Praxis bisher wenig Bedeutung gehabt; von den Firmenbuchgerichten wird derzeit auch bei Buchwertfortführung regelmäßig ein Prüfbericht über die Sacheinlage verlangt.

Gemäß Art 1 Z 2 der Richtlinie 2009/109/EG ist ein Verzicht auf die Sacheinlagenprüfung durch die Mitgliedstaaten in Zukunft nur noch dann möglich, wenn ein Bericht eines unabhängigen Sachverständigen über den Verschmelzungsplan auch tatsächlich erstellt wird. Die Richtlinie verlangt daher entweder eine Verschmelzungs- oder eine Sacheinlagenprüfung.

Nach den erläuternden Bemerkungen soll aufgrund von Gläubigerschutzgedanken § 223 Abs 2 AktG jedoch nicht an die Wahlmöglichkeit der Richtlinievorgabe angepasst werden, sondern in jedem Fall eine Pflicht zur Sacheinlagenprüfung bestehen. Da § 223 AktG einerseits eine Säule des verschmelzungsrechtlichen Gläubigerschutzes bildet (vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 223 AktG Rz 3), mit der die gesamte potentielle Gläubigergemeinschaft geschützt werden soll und andererseits auf die Erstellung des Verschmelzungsberichtes in der Praxis zumeist verzichtet und von den Firmenbuchgerichten in der Regel ein Sacheinlageprüfbericht verlangt wird, soll mit dieser Neuformulierung eine möglichst praxisnahe und gläubigerinteressenwahrende Lösung gefunden werden.

14. Zu Z 15 (§ 232):

Ad Abs 1:

Aufgrund der zwingenden Bestimmungen des Art 2 Z 8 der Richtlinie 2009/109/EG kommt es zu wesentlichen Erleichterungen bei der Verschmelzung zur Aufnahme einer 100%igen Tochtergesellschaft („Upstream Merger“). Die Ergänzung des § 232 Abs 1 AktG ist daher richtlinienkonform.

Ad Abs 1a:

Art 2 Z 9 der Richtlinie 2009/109/EG sieht vor, dass bei der Verschmelzung einer Gesellschaft auf ihre Alleingeschafterin (Upstream Merger) eine Abstimmung in der Hauptversammlung der Tochtergesellschaft nicht verlangt werden darf.

Die Neuregelung des neuen Abs 1a in § 232 AktG bringt auch aus Sicht des Rechtsschutzes keine Verschlechterung, weil es in einer 100%igen Tochtergesellschaft keine Minderheitsaktionäre geben kann. Für allfällige Minderheitsaktionäre der Muttergesellschaft bleibt es bei der Überprüfung des Umtauschverhältnisses nach den in § 225c AktG angegebenen Voraussetzungen und bei der Herbeiführung eines anfechtbaren Hauptversammlungsbeschlusses nur für eine Minderheit von 5% der Aktionäre der Muttergesellschaft.

Weiters sieht § 232 Abs 1a AktG eine neu eingefügte Bestimmung für die Berechnung der Fristen nach § 221a Abs 1 AktG (Einreichung des Verschmelzungsvertrags bei Gericht und Veröffentlichung eines Hinweises), Abs 1a leg cit (Veröffentlichung des Verschmelzungsvertrags auf der Internetseite der Gesellschaft als Alternative zur Einreichung) und Abs 2 leg cit (Bereitstellung der Verschmelzungsunterlagen gemäß § 108 Abs 3 bis 5 AktG) vor, indem sie auf den Tag der Eintragung der Verschmelzung gemäß § 225a AktG abstellt. Das bedeutet, dass zwischen der Einreichung bzw Veröffentlichung des Verschmelzungsvertrags

sowie der Bereitstellung der sonstigen Unterlagen einerseits und der Eintragung der Verschmelzung andererseits zumindest ein Monat verstreichen muss.

Auch für die Berechnung der Monatsfrist nach § 231 Abs 3 AktG (Verlangen von Aktionären der übernehmenden Muttergesellschaft auf Durchführung einer Hauptversammlung zur Beschlussfassung über die Verschmelzung) wird ein spezieller Anknüpfungspunkt normiert: es soll auf den Zeitpunkt der Bereitstellung der Unterlagen gemäß § 221a Abs 2 AktG abgestellt werden.

Da gemäß § 232 Abs 2 AktG auch auf die Bereitstellung der Verschmelzungsunterlagen verzichtet werden kann, stellt das Gesetz subsidiär auf den Zeitpunkt dieses Verzichts ab, der entweder in einer Hauptversammlung oder schriftlich zu erfolgen hat. Falls die Aktionäre diesen Verzicht zu unterschiedlichen Zeitpunkten erklären, kommt es auf den Tag an, an dem der letzte Aktionär verzichtet hat (arg „*Tag, an dem der Verzicht wirksam wurde*“).

Ad Abs 2:

Bis dato sah § 232 Abs 2 AktG keine Möglichkeit der Aktionäre vor, auf den Bericht des Aufsichtsrats verzichten zu können. In der Lehre wurde diese unverzichtbare Prüfungskompetenz des Aufsichtsrats ua mit der Sicherstellung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer begründet, weil durch die Befassung des Aufsichtsrats auch die Arbeitnehmer frühzeitig in die Entscheidungsfindung einbezogen werden müssen (vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 220c AktG Rz 3).

Aus haftungsrechtlicher Sicht des Aufsichtsrats (der in der Praxis wohl nur selten über denselben Informationsstand verfügt wie der Vorstand oder ein Prüfer) wäre es aber zumindest als unbefriedigend zu betrachten, wenn dieser – ohne Berichte des Vorstands und eines sachverständigen Prüfers, auf die die Aktionäre verzichten können – für die Richtigkeit des Aufsichtsratsberichts letztlich gegenüber der Gesellschaft haftet (vgl § 99 AktG).

Insofern ist ein Verzicht aller Aktionäre auf den Bericht des Aufsichtsrats zu ermöglichen.

Ad Abs 3:

Nach den obigen Neuregelungen soll es in Zukunft in zwei Konstellationen keiner Berichterstattung durch den Aufsichtsrat nach § 220c AktG mehr bedürfen: Einerseits bei einer Verschmelzung zur Aufnahme einer 100%igen Tochtergesellschaft (vgl § 232 Abs 1 AktG), andererseits im Fall eines Verzichts aller Aktionäre (vgl Abs 2 leg cit).

Um in beiden Fällen Informationsrechte der Mitglieder des Aufsichtsrats zu berücksichtigen und eine möglichst frühzeitige Information über die geplante Verschmelzung sicher zu stellen, wird in § 232 eine neuer Abs 3 eingefügt, der eine entsprechende schriftliche oder mündliche Informationspflicht des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat statuiert.

15. Zu Z 16 (§ 233):

Ad Abs 1:

Nach herrschender Ansicht wird in analoger Anwendung des § 232 Abs 2 AktG auch bei der Verschmelzung durch Neugründung ein Verzicht sämtlicher Aktionäre auf den Verschmelzungsbericht, die Verschmelzungsprüfung und die Vorbereitung der Hauptversammlung als zulässig erachtet (vgl *Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung*² § 233 AktG Rz 4; *Szep* in *Jabornegg/Strasser, AktG II*⁵ § 233 Rz 7). Insofern erfolgt nunmehr eine Klarstellung im Gesetz.

Ad Abs 3:

Siehe die Anmerkung zur gleichgelagerten Neuerung bei § 223 Abs 2 AktG. Auch bei der Verschmelzung durch Neugründung soll eine Prüfung der Sachgründung durch einen Sachverständigen künftig jedenfalls erforderlich sein. Zur Klarstellung wird auch hier die Möglichkeit der Identität des Verschmelzungs- und Gründungsprüfer eingefügt.

16. Zu Z 17 (§ 262):

Ad Abs 19 und 20:

Da die Übergangsvorschriften zum AktRÄG 2009 auch noch nach Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes anwendbar sein können, soll hier klargestellt werden, dass die Adresse der Internetseite, auf der bestimmte Angaben zu erfolgen haben, im Firmenbuch eingetragen werden muss.

In Abs 20 soll überdies der Zeitraum, in dem börsennotierte Gesellschaften die Entgegennahme von Depotbestätigungen etc über das internationale Kommunikationsnetz der Banken (SWIFT) verweigern können, um zwei Jahre verlängert werden.

Ad Abs 22:

Durch § 262 AktG wird ein Übergangsregime für die Neuregelungen durch das UmVerG geschaffen, wobei im Wesentlichen auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Entwurfs abgestellt wird. Zusätzlich ist eine Sonderregelung für börsennotierte Gesellschaften erforderlich, die innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten dieses Gesetzes, also (voraussichtlich) bis zum 30. Juni 2012 dazu verpflichtet sind, die Adresse ihrer Internetseite im Firmenbuch eintragen zu lassen. Bis zu diesem Zeitpunkt soll die Vornahme obligatorischer Bekanntmachungen über die Internetseite auch ohne deren Eintragung im Firmenbuch zulässig sein.

III. ZU ARTIKEL 2 (ÄNDERUNGEN IM SPALTUNGSGESETZ):

1. Zu Z 1 (§ 3):

Auch bei der Spaltung zur Neugründung ist – vgl die Fälle des §§ 223 Abs 2 und des 233 Abs 3 AktG – nunmehr verpflichtend eine Gründungsprüfung vorgesehen. Ausdrücklich wird klargestellt, dass Gründungs- und Spaltungsprüfer ein und dieselbe Person sein kann).

Die im § 3 Abs 4 Satz 3 SpaltG vorgesehene (klarstellende) Regelung, dass der Gründungsprüfer gleichzeitig Spaltungsprüfer sein kann, ist iSd Rechtssicherheit zu begrüßen.

Da die Prüffelder von Gründungs- und Spaltungsprüfung weitgehend ident sind, werden unnötiger Mehraufwand und unnötige Kosten vermieden.

2. Zu Z 2 (§ 4):

Aufgrund der Art 3 Z 8 lit b der Richtlinie 2009/109/EG kommt es für die verhältniswahrende Spaltung zu einer Reihe von Erleichterungen – zB einem gänzlichen Entfall des Spaltungsberichts nach § 4 SpaltG – die in einem neuen § 16a SpaltG umgesetzt werden sollen. Die Streichung des letzten Satzes in § 4 Abs 1 SpaltG ist daher systemkonform.

3. Zu Z 3 (§ 6):

Zum ursprünglichen Zweck der Notwendigkeit des Aufsichtsratsberichtes siehe die Anmerkungen zu § 232 Abs 2 AktG. Wie bei der Verschmelzung soll auch bei der Spaltung ein Verzicht auf die Berichterstattung durch den Aufsichtsrat in Hinkunft generell möglich sein. Der bisherigen spaltungsrechtlichen Differenzierung danach, ob eine gesetzliche Verpflichtung zur Bestellung eines Aufsichtsrats besteht, bedarf es daher nicht mehr.

Zur Wahrung der Informationspflichten – insbesondere auch im Hinblick auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat – soll wie bei der Verschmelzung eine schriftliche bzw mündliche Informationspflicht des Vorstands über die geplante Umgründungsmaßnahme statuiert werden.

4. Zu Z 4 (§ 7):

Abs 1a:

Entsprechend den Vorgaben des Art 3 Z 1 der Richtlinie 2009/109/EG wird wie bei der Verschmelzung (siehe Anmerkungen zu § 221a Abs 1a AktG) auch bei der Spaltung eine Veröffentlichung des Spaltungsplans in der Ediktsdatei eine zulässige Alternative zur Einreichung bei Gericht sein.

Ad Abs 3a:

Durch die Umsetzung des Art 3 Z 5 lit a sublit ii der Richtlinie 2009/109/EG in § 16a SpaltG ersetzt hinkünftig ein Halbjahresfinanzbericht die Zwischenbilanz. Ein Verzicht der Gesellschafter auf die Erstellung der Zwischenbilanz soll dagegen – weil diese auch dem Gläubigerschutz dient (vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 7 SpaltG Rz 4) – weiterhin nicht zulässig sein.

Ad Abs 6:

Durch die neu gewählte Wortfolge für die Erläuterungspflicht des Vorstandes „zu Beginn der Verhandlung“ soll eine Klarstellung gegenüber der derzeitigen Regelung getroffen werden, weil eine Behandlung des Spaltungsplanes am Beginn einer Haupt- oder Generalversammlung keinen Sinn macht, wenn der betreffende Tagesordnungspunkt erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt. Anlässlich der

Neuregelung sollte die Gelegenheit genutzt werden, eine (noch) klarere Regelung zu schaffen. Mit dem Verweis auf den „*Beginn der Verhandlung*“ wird dem Ziel der Klarheit und Praktikabilität nicht optimal entsprochen. Der bereits in den Erläuterungen befindliche Klammerausdruck „*über den betreffenden Tagesordnungspunkt*“ sollte aus Klarheitsgründen auch in den Wortlaut des Gesetzes mitaufgenommen werden.

Durch die neue Wortfolge im zweiten Satz kommt es zu einer begrüßenswerten Angleichung mit den verschmelzungsrechtlichen Bestimmungen des § 221a Abs 5 dritter Satz AktG. Nunmehr soll über wesentliche Änderungen „*der Vermögens- oder Ertragslage*“ der Gesellschaft informiert werden, nicht mehr bloß über „*wesentliche Veränderungen „des Vermögens“* der Gesellschaft (vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 7 SpaltG Rz 56).

Die Neufassung des § 7 Abs 6 SpaltG und die dadurch angeordnete Erweiterung der Pflicht des Vorstandes, über die Veränderung des Vermögens der Gesellschaft hinaus über jede Veränderung der Ertragslage zwischen der Aufstellung des Spaltungsplans und dem Zeitpunkt der Beschlussfassung zu unterrichten, liegt im Interesse sowohl der Gesellschafter als auch der Gläubiger. Die Gesellschafter sollen im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Spaltung einen möglichst aktuellen Überblick über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft haben, damit sie ihr Abstimmungsverhalten nach möglichst aktuellen Informationen einrichten können. Auch für die Gläubiger ist eine möglichst umfassende aktuelle Information geboten, damit sie bei ihrer Entscheidung, ob sie von ihrem Recht auf Sicherheitsleistung iSd § 15 Abs 3 SpaltG Gebrauch machen, auf möglichst aktuelle, umfassende Informationen zurückgreifen können. Dies gilt insb auch im Hinblick auf das (nunmehr erhöhte) Kostenrisiko des antragstellenden Gläubigers, weil das Verfahren über die Bestellung einer Sicherheit nicht mehr im Verfahren Außerstreitsachen zu treffen ist, sondern künftig im streitigen Verfahren erledigt werden soll (vgl § 15 Abs 3 SpaltG nF).

5. Zu Z 5 (§ 15):

In Entsprechung des Art 3 Z 6 der Richtlinie 2009/109/EG soll § 15 Abs 2 und 3 SpaltG dahingehend geändert werden, dass der – weiterhin gegen alle beteiligten Gesellschaften bestehende – Sicherstellungsanspruch gerichtlich durchgesetzt werden kann. Dazu wird der Abs 2 leg cit an die Formulierung der entsprechenden verschmelzungsrechtlichen Regelung in § 226 Abs 1 AktG angeglichen, die eine klagsweise Geltendmachung des Sicherstellungsanspruchs ermöglicht (vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 226 AktG Rz 21).

Weiters wird der bisherige zweite Satz des § 15 Abs 2 SpaltG (Festlegung der Sicherheitsleistung durch Bewertung der Verbindlichkeit nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung) nicht übernommen. Begründet wird dies mit der in der Lehre vertretenen Argumentation zu § 226 AktG (der keine derartige Regelung enthält), der zu Folge sich die Höhe der Sicherheit nach der Anschauung sorgfältiger und gewissenhafter Unternehmer unter Berücksichtigung des konkreten Risikos bemessen soll (vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 226 AktG Rz 20), weil dieser Wert aussagekräftiger als die derzeitige gesetzliche Vorschrift sein soll.

Der ebenfalls neu konzipierte § 15 Abs 3 SpaltG übernimmt zunächst die Regelung, dass bei Unterbleiben der Sicherheitsleistung eine unbeschränkte solidarische Haftung aller beteiligten Gesellschaften Platz greifen soll. Die beträchtlich unbeschränkte Solidarhaftung der beteiligten Gesellschaften kommt aber nicht mehr erst dann zum Tragen, wenn der Sicherstellungsanspruch gerichtlich zuerkannt wurde, sondern bereits mit dem Zeitpunkt der Erhebung einer entsprechenden Klage.

Die bisherige Regelung sieht vor, dass dem Gläubiger dann kein Recht auf Sicherheitsleistung zusteht, wenn die Erfüllung der Forderung durch die Spaltung nicht gefährdet wird. Im Zusammenhang mit § 15 Abs 3 SpaltG obliegt es der Gesellschaft, zu beweisen, dass eine Gefährdung des Gläubigers nicht vorliegt; nur dann hat sie keine Sicherheit zu bestellen. Durch die Neufassung des § 15 Abs 2 und Abs 3 SpaltG soll die Beweislastverteilung künftig jener angeglichen werden, die schon bisher für die Verschmelzung gem § 226 Abs 1 AktG gilt.

Da der Gläubiger auf die öffentlich zugänglichen Informationen angewiesen ist, um gegenüber dem Gericht glaubhaft zu machen, dass die Befriedigung seiner Forderung gefährdet ist, scheint die Erweiterung der Unterrichtungspflicht durch den Vorstand iSd § 7 Abs 6 SpaltG, die künftig auch eine wesentliche Veränderung der Ertragslage der Gesellschaft zwischen der Aufstellung des Spaltungsplans und dem Zeitpunkt der Beschlussfassung anordnet, nicht nur sinnvoll, sondern auch erforderlich.

Die Verlagerung des Verfahrens zur Bestellung einer Sicherheit vom Verfahren Außerstreitsachen in ein streitiges Verfahren bewirkt, dass die grundsätzliche Vertretungsfreiheit in einem solchen Verfahren wegfällt; künftig gilt die Vertretungspflicht durch Rechtsanwälte im Rahmen der Vorschriften der ZPO. Zusätzlich wird bewirkt, dass die in § 78 Abs 2 Satz 2 AußStrG vorgesehene Regelung nicht mehr gilt, nach der beim Ausspruch über den Kostenersatz vom Erfolgsprinzip abgewichen werden kann, soweit dies der Billigkeit entspricht. Statt dessen sind die Kostenersatzregeln der §§ 40 ff ZPO, die kein Billigkeitsprinzip kennen, maßgebend.

Insgesamt wird daraus ein Rückgang der "leichtfertig" gestellten Anträge zu erwarten sein. Andererseits steht dem Gläubiger künftig ein durchsetzbarer Anspruch auf Sicherheitsleistung zu, der bisher nicht besteht.

Zu Z 6 (§ 16a):

Ad Abs 1:

Nach Art 3 Z 8 lit b der Richtlinie 2009/109/EG dürfen die Mitgliedstaaten bei einer verhältniswahrenden Spaltung zur Neugründung keinen Spaltungsbericht des Verwaltungs- oder Leitungsorgans, keine Spaltungsprüfung durch einen Sachverständigen und keine Erstellung einer Zwischenbilanz mehr verlangen. Diese Vorgabe wird durch den neuen § 16a Abs 1 SpaltG umgesetzt.

Ad Abs 2:

Wie bei der Verschmelzung zur Aufnahme einer 100%igen Tochtergesellschaft (Upstream Merger; siehe Anmerkungen zu § 232 Abs 1a und 3 AktG) soll durch eine Informationspflicht des Vorstandes auch bei der verhältniswahrenden Spaltung die Einbindung des Aufsichtsrats sichergestellt sein.

6. Zu Z 7 (§ 17):

Ad Z 3 und 3a:

Die Einführung des neuen Absatzes 3a dient nur Klarstellungszwecken bzw zur Gleichstellung des Spaltungs- und Gründungsprüfers.

Ad Z 7:

Durch den neuen Absatz 7 wird die Richtlinie 2009/109/EG insofern umgesetzt, als diese nunmehr eine Verpflichtung normiert, unter bestimmten Voraussetzungen von der Abhaltung einer Hauptversammlung in der übertragenden Gesellschaft Abstand zu nehmen (wenn alle Anteile der übertragenden Gesellschaft sich in der Hand der übernehmenden Gesellschaft befinden). Die dadurch erforderlich gewordene Regelung soll in der Z 7 leg cit erfolgen.

7. Zu Z 8 (§ 19):

Wie auch bei der Verschmelzung (siehe Anmerkungen zu § 262 Abs 22 AktG) soll auch bei der Spaltung eine handhabbares Übergangsregime für die Neuregelungen geschaffen werden. Der neue Absatz 5 knüpft die Geltung der Neuregelungen am Zeitpunkt des Inkrafttretens des Entwurfs des Gesetzesvorschlages an. Auf Spaltungen, bei denen die Bereitstellung der Unterlagen gemäß § 7 Abs 2 SpaltG vor Inkrafttreten des Gesetzesvorschlages erfolgte, soll noch die frühere Rechtslage zur Anwendung gelangen.

IV. ZU ARTIKEL 3 (ÄNDERUNGEN IM EU-VERSCHMELZUNGSGESETZ):

1. Zu Z 1 (§ 8):

Siehe Anmerkung zu § 221a Abs 1a AktG.

2. Zu Z 2 (§ 17):

Siehe Anmerkung zu § 262 Abs 22 AktG).

V. ZU ARTIKEL 4 (ÄNDERUNGEN IM GMBH-GESETZ):

1. Zu Z 1 (§ 100):

Wie bei § 232 Abs 2 AktG und § 6 Abs 2 SpaltG soll auch bei der GmbH-Verschmelzung ein Verzicht auf den Bericht des Aufsichtsrats unabhängig davon möglich sein, ob der Aufsichtsrat auf Grund gesetzlicher Vorschriften bestellt wurde (siehe Anmerkungen zu § 6 Abs 1 SpaltG).

Die Informationspflicht des Geschäftsführers gegenüber einem eingesetzten Aufsichtsrat hinsichtlich der geplanten Verschmelzung ergibt sich hier aufgrund des Verweises des § 96 Abs 2 GmbHG auf §§ 220 bis 233 AktG.

2. Zu Z 2 (§ 127):

- Keine Anmerkungen.

VI. ZU ARTIKEL 5 (SEG):

1. Zu Z 1 (§ 19):

Auch bei der Gründung einer SE durch Verschmelzung soll die elektronische Veröffentlichung des Verschmelzungsvertrages zulässig sein (als Konsequenz der vorgeschlagenen Änderungen in § 221a Abs 1a AktG).

2. Zu Z 2 (§ 67):

- Keine Anmerkungen (Übergangsbestimmung).

VII. ZU ARTIKEL 6 (ÄNDERUNGEN IM FIRMENBUCHGESETZ):

1. Zu Z 1 (§ 3):

Hinsichtlich der Pflicht zur Eintragung der Internetadressen von börsennotierten Gesellschaften und der fakultativen Eintragungsmöglichkeit für andere Rechtsträger bestehen keine Bedenken. Die Bedingung, dass nicht börsennotierte Aktiengesellschaften ihre Internetseite nur dann für die gesetzlich gebotene Bereitstellung von Informationen verwenden dürfen, wenn die Seite im Firmenbuch eingetragen ist (siehe Anmerkung zu § 13 Abs 5 AktG), ist ein Minimalerfordernis an Transparenz und daher auch nicht zu beanstanden.

2. Zu Z 2 (§ 5):

- Keine Anmerkungen.

3. Zu Z 3 (§ 11):

Der Regelung, dass Anmeldungen zum Firmenbuch, die den Umstand der Börsennotierung einer Gesellschaft oder die Adresse der Internetseite eines Rechtsträgers betreffen, nicht der beglaubigten Form bedürfen, sondern als vereinfachte Anmeldungen im Sinne des § 11 FBG erfolgen können, ist zweckmäßig und erleichtert den Verwaltungsaufwand für die Gesellschaften

4. Zu Z 4 (§ 43):

Die Übergangsvorschrift mit einer Frist von einem Jahr für die Eintragung von Internetadressen von börsennotierten Gesellschaften scheint ausreichend bemessen zu sein.

5. Zu Art 7 (Umsetzungshinweis):

- Keine Anmerkungen.

Wien, am 7. März 2011

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident