

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSKAMMER

  
NOTAR.ATÖsterreichische  
Notariatskammer

An das  
Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

Wien, am 30.01.2006  
GZ. 711/05

**GZ. BMJ-B10.070G/0008-I 3/2005**

**Begutachtung des Entwurf eines Übernahmerechts-Änderungsgesetzes 2006 (ÜbRÄG 2006)**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Mit Schreiben vom 7.12.2005, bei der Österreichischen Notariatskammer am 15.12.2005 eingelangt, hat das Bundesministerium für Justiz den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Übernahmegesetz, das Handelsgesetzbuch, das Börsegesetz, das Umwandlungsgesetz, das Spaltungsgesetz und das Umgründungssteuergesetz geändert werden und ein Gesetz über den Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern erlassen wird (Übernahmerechts-Änderungsgesetz 2006 – ÜbRÄG 2006), mit dem Ersuchen um Stellungnahme bis zum 30.1.2006 übersendet.

Die Österreichische Notariatskammer dankt für die Möglichkeit, sich zum vorliegenden Entwurf äußern zu können und erlaubt sich, nachstehende

### Stellungnahme

abzugeben.

Die Österreichische Notariatskammer dankt für die Übermittlung des Entwurfes zum ÜbRÄG 2006. Sie begrüßt den Gesetzesentwurf als weiteren Schritt zur Modernisierung des österreichischen Übernahmerechts und Harmonisierung mit dem europäischen Rechtsbestand.



Österreichische Notariatskammer

Landesgerichtsstraße 20, 1011 Wien, PF 150, Telefon: +43/1/402 45 09, Telefax: +43/1/406 34 75  
DVR 0042846, kammer@notar.or.at, www.notar.at

#### Allgemeines:

Die Notwendigkeit des ÜbRÄG 2006 ergibt sich einerseits aus der Pflicht zur Umsetzung der Übernahme-RL (Richtlinie 2004/25/EG vom 21.4.2004, Amtsblatt L. 142 vom 30.4.2004), im folgenden kurz RL, andererseits aus einem innerstaatlichen Erneuerungsbedarf, der zuletzt immer wieder Gegenstand heftiger Diskussion und zahlreicher Meinungsäußerungen in den Medien war.

Hierbei wurde immer wieder eine zumindest teilweise „Entmachtung der Übernahmekommission“ gefordert. Dies ist nunmehr durch die Aufhebung der Verordnungskompetenz der Übernahmekommission in zentralen Fragen des Übernahmeregime geschehen.

Neben der Umsetzung der Richtlinie kommt es daher auch zu einem transparenteren und vorhersehbaren Übernahmeregime. Dies ist zu begrüßen. Andererseits bleibt die Verfahrensrechtsstruktur vor der Übernahmekommission unangetastet. Hier wären weitere Reformschritte, insbesondere die Möglichkeit eines ordentlichen Rechtsmittels, wünschenswert.

#### Zum Besonderen Teil:

##### zu § 12:

Der neue § 12 schafft insofern Rechtssicherheit, als Maßnahmen, die bereits teilweise umgesetzt wurden, jedenfalls zulässig sind. Diese Rechtssicherheit ist zu begrüßen.

##### zu § 14:

Auch wenn die Frist für die Stellungnahme der Vorstands mitunter knapp bemessen sein kann, so erscheint eine Veröffentlichung erst fünf Börsetage vor Ablauf der Annahmefrist in Hinblick auf die schützenswerten Interessen der Aktionäre zu kurz bemessen.

Vorgeschlagen wird daher, dass der Vorstand seine Äußerung spätestens zehn Tage vor Ablauf der Annahmefrist veröffentlichen muss. Dementsprechend sollte die Mindestannahmefrist des § 19 jedenfalls vier Wochen betragen, was nach Meinungen der Literatur (Maul/Muffat-Jeandet, AG 2004, 234) möglich ist.

##### zu § 22:

In Anbetracht der Realität des österreichischen Aktienmarktes und des vorgelegten Zahlenmaterials erscheint ein Schwellenwert von 25 % besser geeignet, die Ziele des ÜbG zu verwirklichen als ein Schwellenwert von 30 %.

Bei einem hohen Schwellenwert von 30 % wäre es ohne weiteres möglich, eine kontrollierende Beteiligung zu erwerben, ohne ein Pflichtangebot stellen zu müssen.

Die Österreichische Notariatskammer spricht sich daher für die Festlegung von 25% als maßgeblichen Schwellenwert aus.

Zur Übernahmekommission:

Zur Übernahmekommission selbst ist zu überlegen, ob die Kommission in ihrer derzeitigen Form den Erfordernissen der Praxis entspricht. Insbesondere wurde in der Praxis immer wieder moniert, dass ein ordentliches Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Übernahmekommission nicht möglich ist. Andererseits ist kein Organ ersichtlich, in dem die geforderte Sachkompetenz in derart gebündelter Form vereint ist. Es wäre aus Sicht der Österreichischen Notariatskammer erwägenswert, in Anlehnung an die bereits bestehende Regelung der Senate (§ 28 Abs 3 ÜbG) ein Rechtsmittel an die „Vollversammlung“ der Kommission zuzulassen, der auch in anderen Fragen bereits Entscheidungskompetenz zukommt (§ 28 Abs 7 ÜbG). Die laufende Befassung der Höchstgerichte des öffentlichen Rechts mit Entscheidungen der Übernahmekommission scheint schon aufgrund der Materie wenig geeignet.

Die ÖNK begrüßt die Initiative des BMJ zur Neuregelung des „Squeeze-out“ unter Trennung dieser Materie vom UmwG und SpaltG idGF. Völlig richtig ist das Ansinnen, den Gesellschafterausschluss als eigenständiges Phänomen unabhängig von den gesellschaftsrechtlichen Mechanismen des Umgründungsrechts zu vereinheitlichen. Fraglich ist, ob anlässlich dieser Neufassung anstelle eines eigenen Gesetzes nicht die Aufnahme der neuen Bestimmungen in das Aktiengesetz (und die Aufnahme eines Verweises im GmbHG auf diese) zweckdienlicher wäre, da ein Gesetz über das allgemeine Gesellschaftsrecht nicht vorliegt und auch in nächster Zukunft nicht zu erwarten ist (zum rechtspolitischen Bedarf an einem solchen Gesetz vgl jüngst *Krejci*, Gesellschaftsrecht I. Allgemeiner Teil und Personengesellschaften (2005) 6f), in welches das ÜbRÄG in der Folge integriert werden könnte.

Ganz grundsätzlich ist festzustellen, dass aufgrund der in den 90er Jahren beginnenden Zersplitterung des Gesellschaftsrechts in diverse Einzelgesetze immer stärker das Fehlen einer Kodifikation des allgemeinen Gesellschaftsrechts einschließlich des zivilrechtlichen Umgründungsrechts spürbar wird; gerade die im MinEntw aufgezeigten gesetzlichen Widersprüche im Zusammenhang mit dem Gesellschafterausschluss betreffen im Kapitalgesellschaftsrecht ein allgemeines Ordnungsproblem, das nicht nur börsennotierte Aktiengesellschaften betrifft.

Zur Reduktion des UmwG und des SpaltG um die Mechanismen zum Ausschluss der Minderheitsgesellschafter ist Folgendes anzumerken:

**Zu § 2 Abs 1 UmwG in der vorgeschlagenen Fassung:**

Die praktische Bedeutung der verschmelzenden Umwandlung liegt in der gesellschaftsrechtlichen Praxis häufig darin, dass auf dieser gesetzlichen Grundlage Aktiengesellschaften als übertragende Rechtsträger mit Gesellschaften mbH als übernehmende Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge fusioniert werden können, während das Verschmelzungsrecht diesen Vorgang nur in der umgekehrten Richtung zulässt (§ 234 AktG). Selbst wenn künftig eine verschmelzende Umwandlung nur mehr auf einen 100%-Gesellschafter möglich sein soll, besteht dringender Bedarf an der Beibehaltung der derzeitigen Rechtslage zur Übertragung von Aktiengesellschaften in Gesellschaften mbH im Wege der zivilrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge! Um etwaige Ordnungsfragen zu vermeiden, wäre ein **Generalverweis** auf das zur Anwendung zu bringende Verschmelzungsrecht dringend anzuraten.

§ 2 Abs 1 letzter Satz ist daher entbehrlich. Er könnte durch eine klarstellende Aussage zur Zulässigkeit der „Umwandlung über die Grenze“ ersetzt werden.

Möchte man dennoch die Umwandlung auf inländische Kapitalgesellschaften ausschließen, so sollte jedenfalls in § 234 AktG die Möglichkeit eröffnet werden, Gesellschaften mbH als übernehmende Gesellschaften mit Aktiengesellschaften als übertragende zu verschmelzen. Der praktische Bedarf dieser Umgründungsmöglichkeit ist jedenfalls gegeben, die notwendige Öffnung des Verschmelzungsrechts die dogmatisch sinnvollste Lösung!

**Zu § 1 Abs 2 GesAusG:**

Dieser Absatz wäre sprachlich zu vereinheitlichen und zu vereinfachen:

*„Hauptgesellschafter ist, wem Anteilsrechte an mindestens neun Zehntel des Nennkapitals gehören. Welcher Teil der Anteile dem Hauptgesellschafter gehört, bestimmt sich nach dem Verhältnis der ihm gehörenden Anteile zum Nennkapital, bei Aktiengesellschaften mit Stückaktien nach der Zahl der ihm gehörenden Aktien im Verhältnis zur Gesamtzahl der Stückaktien. Eigene Anteile der Gesellschaft oder Anteile, die einem anderen für Rechnung der Gesellschaft gehören, sind vom Gesamtnennkapital abzusetzen.“*

**Zu § 2 GesAusG:**

Um sämtliche Kapitalgesellschaftsformen einzubeziehen, wäre der Begriff „*Hauptversammlung*“ durch „*Gesellschafterversammlung*“ zu ersetzen.

**Zu § 3 GesAusG:**

**Abs 2:** Zu bedenken ist, dass entgegen dem Verschmelzungsrecht (§ 220b AktG: theoretisch könnte ja für jede Gesellschaft ein Verschmelzungsprüfer bestellt werden) hier mit einem Prüfer das Auslagen gefunden werden kann.

**Abs 3:** Wird auf die Berichte gem § 3 Abs 1 und 2 verzichtet, so stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage der Aufsichtsrat die Prüfung vorzunehmen hat. Dies ist freilich ein im geltenden Umgründungsrecht nicht unbekanntes Problem, unverzichtbare Prüfberichte von Aufsichtsräten in solchen Konstellationen beinhalten nicht selten inhaltslose Phrasen. Daher stellt sich die Frage, ob es sinnvoll wäre dem AR die Kompetenz zu verleihen, von sich aus – bei begründeten Zweifel über das Vorliegen der Voraussetzungen des Ausschlusses oder der Angemessenheit der Barabfindung – eine Prüfung gem Abs 2 anzuordnen.

**Abs 9:** Im vorletzten Halbsatz wäre das Wort „*Verschmelzung*“ durch „*Ausschluss*“ redaktionell zu ersetzen.

**Zu § 4 Abs 1 GesAusG:**

Es ist nicht einzusehen, warum der Beschluss über den Ausschluss der Gesellschafterminderheit durch den Hauptgesellschafter - der jedenfalls über 90% der Anteile verfügt - mit bloß einfacher Mehrheit gefasst werden soll und nicht mit einer qualifizierten 9/10-Stimmenmehrheit. Stimmrechtsbeschränkungen im Sinne § 114 Abs 1 AktG für Mehrheitsaktionäre und bei Gesellschaften mbH für Hauptgesellschafter auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage sollten auch hier die Kapitalminderheit vor dem Ausschluss schützen, da deren Zweck in aller Regel in der Verhinderung solcher Beschlüsse zulasten der Kapitalminderheit liegt.

Die bisherige – in der Praxis eingeführte - gesetzliche Mehrheitsbestimmung des § 5 Abs 2 UmwG und des § 8 Abs 1 und 3 SpaltG sollte in dieser Form fortgeschrieben werden.

**Zu § 5 Abs 4 GesAusG:**

Die für den Ausschluss der Gesellschafterstellung konstitutive Wirkung der Firmenbucheintragung sollte noch verdeutlicht werden: Es ist in den Erläuterungen klarzustellen, dass hier eine Vereinfachte Anmeldung iSd §11 FBG ausgeschlossen ist; ferner ist § 3 FBG durch die eintragungspflichtige Rechtstatsache „*Ausschluss der Minderheitsgesellschafter gem GesAusG*“ zu ergänzen. Es soll künftigen Gesellschaftern publik werden, dass bei einer konkreten Gesellschaft bereits in der Vergangenheit Minderheitsgesellschafter ausgeschlossen worden sind.

**Zu Art VIII § 2 Abs 4 ÜbRÄG2006:**

Nicht wenige Satzungen bzw Gesellschaftsverträge sehen einschränkende Modifikationen oder sogar den Entfall eines Gesellschafterausschlusses vor. Aufgrund der Bedeutung dieser Bestimmung wäre diese nicht bloß in die Übergangsbestimmung des ÜbRÄG sondern jedenfalls in das GesAusG aufzunehmen, um eine lex fugitiva zu vermeiden.

Allgemein wird bei der Anführung der notwendigen Mehrheiten angeregt, statt der schwerfälligen (und im Sprachgebrauch sonst ungebräuchlichen) Formulierung „*90 vom Hundert des Grundkapitals ...*“ den üblichen Ausdruck „*90 Prozent des Grundkapitals*“ zumindest bei den novellierten Bestimmungen zu verwenden.

Der Präsident:



Dr. Klaus Woschnak