

Vorblatt

Problem:

Die *Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten* (idFk: „Richtlinie“) ist bis spätestens 15. Dezember 2007 umzusetzen. Sie soll die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union erleichtern.

Inhalt und Ziele:

Ein die Richtlinie umsetzendes Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union (EU-VerschG) soll erlassen und das Firmenbuchgesetz, das Gerichtsgebührengebot, das Rechtpflegergesetz und das GmbH-Gesetz geändert werden. Dabei konzentriert sich der Entwurf auf die grenzüberschreitende Verschmelzung von AG und GmbH, ordnet im Sinn der durch die Richtlinie vorgegebenen Gleichbehandlung für die grenzüberschreitende Verschmelzung möglichst weitgehend die Geltung der für die nationale Verschmelzung maßgeblichen Bestimmungen an und übernimmt hinsichtlich der Kontrolle der verschiedenen Verfahrensabschnitte der grenzüberschreitenden Verschmelzung sowie hinsichtlich des Minderheiten- und Gläubigerschutzes die Lösungen, die für die Gründung einer Europäischen Gesellschaft durch Verschmelzung im SE-Gesetz gefunden wurden. Die Umsetzung des überwiegenden Teils des Art. 16 der Richtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer erfolgt gesondert über eine Änderung des Arbeitsverfassungsrechts, das in die Zuständigkeit des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit fällt.

Alternativen:

Die Umsetzung könnte auch im Weg einer Ergänzung der verschmelzungsrechtlichen Bestimmungen im AktG und im GmbHG erfolgen. Die Umsetzung in einem eigenen Gesetz lässt es aber zu, übergreifende Grundsätze der grenzüberschreitenden Verschmelzung besser darzustellen, und bietet den Vorteil, auf eine allfällige zukünftige Erweiterung bestehender Verschmelzungsmöglichkeiten besser reagieren zu können.

Kompetenz:

Die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung und Vollziehung beruht auf dem Kompetenztatbestand Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens (Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG).

Finanzielle Auswirkungen:

Die Durchführung des vorgeschlagenen Gesetzes wird keine fassbaren höheren Ausgaben des Bundes verursachen. Ein allfälliger, derzeit nicht voraussehbarer Mehraufwand für die Firmenbuchgerichte wird durch die hiefür fälligen Gebühren auszugleichen sein. Andere Gebietskörperschaften sind nicht berührt, da die Vollziehung dieses Gesetzes in die Zuständigkeit des Bundes fällt.

Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

Keine.

Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort:

Die Richtlinie soll die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union erleichtern und dabei allen Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft (in einem weiten Sinn) die grenzüberschreitende Verschmelzung zu niedrigeren Kosten ermöglichen.

Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union:

Mit dem Entwurf soll die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Das Gesetz geht über die unbedingt umzusetzenden Vorgaben der Richtlinie insofern hinaus, als auch von Ermächtigungen zum Schutz von Gläubigern und Minderheitengesellschaften Gebrauch gemacht wird.

Allgemeiner Teil

1. Die Richtlinie 2005/56/EG

Die *Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten* (idFk: „Richtlinie“) ist am 25.11.2005 im Amtsblatt L 310/1 erschienen, am 15. Dezember 2005 in Kraft getreten und bis spätestens 15. Dezember 2007 umzusetzen.

Die Richtlinie soll die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union erleichtern und dabei allen Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft (in einem weiten Sinn) die grenzüberschreitende Verschmelzung zu niedrigen Kosten ermöglichen. Sie zielt insbesondere auch auf kleine und mittlere Unternehmen ab, denen das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) keine zufrieden stellende Lösung bietet.

Unter dem Begriff „Verschmelzung“ versteht die Richtlinie den gesellschaftsrechtlichen Vorgang, bei dem zwei oder mehrere Gesellschaften ihr gesamtes Vermögen auf eine aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft im Weg der Gesamtrechtsnachfolge übertragen und die übertragenden Gesellschaften erlöschen. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaften werden Gesellschafter der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft.

Die Richtlinie geht von zwei zentralen Grundsätzen aus:

- Keine Erweiterung nationaler Verschmelzungsmöglichkeiten

Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a der Richtlinie sind grenzüberschreitende Verschmelzungen nur zwischen Gesellschaften solcher Rechtsformen möglich, die sich nach dem innerstaatlichen Recht der jeweiligen Mitgliedstaaten verschmelzen dürfen. Die grenzüberschreitende Verschmelzung muss daher nur für solche Rechtsformen eröffnet werden, für die auch eine innerstaatliche Verschmelzung zulässig ist.

- Anwendung des für innerstaatliche Verschmelzungen geltenden Rechts

Zum anderen soll gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b der Richtlinie eine grenzüberschreitende Verschmelzung denselben Grundsätzen und Modalitäten folgen, wie sie für innerstaatliche Verschmelzungen vorgesehen sind. Eine Gesellschaft, die sich an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt, muss daher die Vorschriften und Formalitäten des für sie geltenden innerstaatlichen Rechts einhalten. Dabei soll sich – unter Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Charakters der Verschmelzung – auch der Schutz der Gläubiger, der Anleihegläubiger und der Inhaber von Aktien und sonstigen Anteilen grundsätzlich am nationalen Verschmelzungsrecht orientieren. Ausdrücklich hervorgehoben wird die Möglichkeit, Vorschriften zum Schutz der Minderheitsgesellschafter, die die grenzüberschreitende Verschmelzung ablehnt haben, zu erlassen (Art. 4 Abs. 2 letzter Satz).

Neben diesem verweisungstechnischen Ansatz enthält die Richtlinie eine Reihe von Sachnormen, die sich an den Regelungen der die innerstaatliche Verschmelzung von Aktiengesellschaften harmonisierenden Dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 78/855/EWG und an den verschmelzungsrechtlichen Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) orientieren. Ihre Notwendigkeit ergibt sich zum einen aus dem grenzüberschreitenden Charakter der Verschmelzung, zum anderen aber auch daraus, dass die innerstaatliche Verschmelzung von GmbHs oder ganz allgemein von „Kapitalgesellschaften“ im Sinn der Richtlinie nicht harmonisiert ist. Gewisse Abweichungen von der Dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 78/855/EWG erklären sich auch aus dem Wunsch, den von dieser Richtlinie nicht erfassten Kapitalgesellschaften Erleichterungen bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu gewähren.

Schließlich regelt Art. 16 der Richtlinie die Auswirkungen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung auf die in einer der Gründungsgesellschaften allenfalls bestehenden Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer.

2. Die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nach österreichischem Recht und EG-Primärrecht

Die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung wurde im österreichischen Schrifttum schon vor der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-411/03, SEVIC Systems AG, zunehmend bejaht (vgl. Hasenauer, Neue Rechtssprechung des OGH zur grenzüberschreitenden Umwandlung, RdW 2003, 296 ff, FN 4 mit weiteren Nachweisen). Mit der Entscheidung des EuGH C-411/03, SEVIC Systems AG, ist aber klargestellt, dass jedenfalls die „Hineinverschmelzung“ (Verschmelzung einer ausländischen auf eine inländische Gesellschaft) in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt und damit aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des Primärrechts in Österreich zulässig ist. Die

Frage der Zulässigkeit von „Hinausverschmelzungen“ und damit einer möglichen Abkehr von der *Daily Mail*-Entscheidung des EuGH, nach der wohl jeder Mitgliedstaat jede Variante des „Auswanderns“ seinem Recht unterliegender Gesellschaften mit dem Verlust der Rechtspersönlichkeit sanktionieren kann, hat der EuGH in dieser Entscheidung aber (eher) offen gelassen.

Hinsichtlich der Frage des auf eine grenzüberschreitende Verschmelzung anzuwendenden Rechts geht die herrschende Lehre von der so genannten Vereinigungstheorie aus, wonach für jede der beteiligten Gesellschaften jeweils ihr Recht anzuwenden sei (vgl. Koppensteiner, Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, GesRZ 2006, 111 ff, FN 43 mwN). Damit mag zwar ein grundsätzlicher Rechtsrahmen für die grenzüberschreitende Verschmelzung abgesteckt sein, im einzelnen bleibt jedoch eine Reihe von Fragen, wie etwa der konkreten Ausgestaltung des Schutzes überstimmter Minderheitsgesellschafter und der Gläubiger, der Arbeitnehmermitbestimmung und nicht zuletzt auch der Kontrolle der Verschmelzung durch die in den beteiligten Staaten jeweils zuständigen Behörden, offen. Die Hauptschwierigkeit liegt damit in der tatsächlichen Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung; es fehlt ein geeignetes Werkzeug in Form von ineinander greifenden nationalen Regelungen zur problemlosen Durchführung eines solchen Vorgangs (Kepplinger, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, zulässig – aber undurchführbar? wbl 2000, 485 ff). Dem hilft die Richtlinie nunmehr ab.

3. Bisherige Schritte zur Vorbereitung der Umsetzungsgesetzgebung

Die zuständige Fachabteilung des Bundesministeriums für Justiz hat den sich aus der Richtlinie ergebenden Umsetzungsbedarf analysiert und einen Diskussionsentwurf für ein Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz einer zur Beratung der Richtlinienumsetzung eingerichteten Arbeitsgruppe vorgelegt. Diese Arbeitsgruppe setzte sich in zwei Sitzungen mit dem Entwurf auseinander. Die Ergebnisse der Beratungen sind in dem nunmehr vorliegenden Ministerialentwurf berücksichtigt.

4. Die Umsetzung der Richtlinie – Inhalte des Gesetzes

Von den sich bietenden Alternativen einer Umsetzung durch Änderung der gesellschaftsrechtlichen Materiengesetze, die Verschmelzungsregeln enthalten (AktG, GmbHG), bzw. der Umsetzung in einem eigenen Gesetz zur grenzüberschreitenden Verschmelzung wählt der Entwurf die letztere Lösung, weil damit der gesamte Vorgang in sich geschlossen darstellbar bleibt und die Regelung relativ einfach auf eine Ausweitung der derzeit bestehenden Verschmelzungsmöglichkeiten reagieren könnte.

Dabei soll der Begriff der „Kapitalgesellschaft“ im Sinn der Richtlinie durch Bezugnahme auf Aktiengesellschaft und GmbH konkretisiert und so von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, Genossenschaften nicht in die Richtlinienumsetzung einzubeziehen. Der Einbindung der Genossenschaften in die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung steht entgegen, dass das Genossenschaftsrecht der Mitgliedstaaten höchst unterschiedlich ausgestaltet und im übrigen schon zweifelhaft ist, ob die österreichische Genossenschaft überhaupt unter den Begriff der „Kapitalgesellschaft“ im Sinn der Richtlinie fällt. Selbst wenn die Genossenschaft von diesem Gesetz miterfasst wäre, könnten damit die für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Genossenschaften bestehende Rechtsunsicherheit nur zum Teil bereinigt werden. Darüber hinaus beansprucht dieser Entwurf nicht, eine allenfalls für Genossenschaften unmittelbar aufgrund des Gemeinschaftsrechts im Sinn der Judikatur des EuGH in der Rechtssache C-411/03, „SEVIC Systems AG“, bestehende Möglichkeit der grenzüberschreitenden Möglichkeit einzuschränken.

Zentral ist ferner die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie, nach denen nur solche Verschmelzungen grenzüberschreitend zugelassen werden müssen, die auch auf nationaler Ebene möglich sind, wobei die grenzüberschreitende Verschmelzung grundsätzlich so wie die nationale Verschmelzung zu behandeln wäre.

Für die grenzüberschreitende Verschmelzung einer GmbH geht es ferner darum, durch die Richtlinie gebotene Verschärfungen im Verhältnis zur nationalen GmbH-Verschmelzung umzusetzen. Letztlich sollen – nach dem Vorbild des SEG – besondere Schutzbestimmungen für Gläubiger und Minderheitsgesellschafter sowie verfahrensrechtliche Grundlagen für die Behandlung grenzüberschreitender Verschmelzungen durch die Firmenbuchgerichte geschaffen werden.

5. Arbeitnehmermitbestimmung

Die Umsetzung des Art. 16 der Richtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer erfolgt gesondert über eine Änderung des Arbeitsverfassungsrechts, das in die Zuständigkeit des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit fällt.

6. Finanzielle Auswirkungen

Die Durchführung des vorgeschlagenen Gesetzes wird keine fassbaren höheren Ausgaben des Bundes verursachen. Ein allfälliger, derzeit nicht voraussehbarer Mehraufwand für die Firmenbuchgerichte wird

durch die hiefür fälligen Gebühren zu auszugleichen sein. Andere Gebietskörperschaften sind nicht berührt, da die Vollziehung dieses Gesetzes in die Zuständigkeit des Bundes fällt.

7. Kompetenzgrundlage

Die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung und Vollziehung beruht auf dem Kompetenztatbestand Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens (Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG).

Besonderer Teil

Zu Art. 1 (EU-VerschG)

Zu § 1 (Zweck und Begriffsbestimmungen):

Zu Abs. 1:

Mit dem einleitenden Hinweis auf den Zweck des Gesetzes soll der in Art. 19 der Richtlinie enthaltenen Verpflichtung nachgekommen werden, im Rahmen der Richtlinienumsetzung auf diese Bezug zu nehmen.

Zu Abs. 2:

In einem zweiten Absatz soll die Definition der „Kapitalgesellschaft“ aus Art. 2 Z 1 der Richtlinie übernommen werden.

Diese Definition verweist zum einen auf die Liste des Art. 1 der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 68/151/EWG. Der darüber hinausgehende Versuch einer Definition des Begriffs der „Kapitalgesellschaft“ lässt bedauerlicherweise einige Fragen offen: so lassen die verschiedenen Sprachversionen der Richtlinie nicht eindeutig erkennen, ob mit dem in der deutschen Fassung verwendeten Begriff „Gesellschaftskapital“ wirklich das Kapital im Sinn eines rechnerischen Betrags, bis zu dem das Gesellschaftsvermögen aufzubringen und zu erhalten ist, oder das Gesellschaftsvermögen gemeint ist, das als Haftungsfonds für die Gläubiger zur Verfügung steht. Unklar ist letztlich auch, wie der Verweis auf die Erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie 68/151/EWG in der Definition zu verstehen ist, insbesondere ob für eine Rechtsform alle oder nur einzelne der dort vorgesehenen Schutzbestimmungen im innerstaatlichen Recht (also ohne gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung) vorgesehen sein müssen, um dieses Kriterium zu erfüllen.

Der Entwurf geht davon aus, dass zunächst grundsätzlich nur solche juristische Personen, die in das Firmenbuch eingetragen sind, als „Kapitalgesellschaft“ im Sinn dieser Definition in Frage kommen. Hievon werden schon wegen des Begriffs der „Gesellschaft“ Privatstiftungen und Sparkassen als eigentümerlose Gebilde ausgeschlossen sein. Selbst wenn man in Österreich die Genossenschaft und den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (als besondere Form der genossenschaftlichen Selbsthilfe im Versicherungsrecht) dem Begriff der „Kapitalgesellschaft“ subsumieren will, erlaubt es Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie sie von der grenzüberschreitenden Verschmelzung auszunehmen.

Zu Abs. 3:

Wie in § 1 Abs. 3 SEG soll eine einleitende Definition des „Mitgliedstaats“ zu einer leichteren Lesbarkeit der Bestimmungen beitragen, die auf den Sitz einer Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft oder in einem Vertragsstaat des EWR abstellen.

Mit Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 127/2006 vom 22. September 2006, ABl. L 333 vom 30.11.2006, wurde der Anhang XXII (Gesellschaftsrecht) des EWR-Abkommens um die Richtlinie ergänzt und diese damit auch in den Rechtsbestand des EWR übernommen.

Zu § 2 (Gericht):

Vgl. Art. 10 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie, § 4 SEG, § 4 SCEG.

Gemäß Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie hat jeder Mitgliedstaat das Gericht, den Notar oder die sonstige zuständige Behörde zu benennen, der die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten obliegt; gemäß Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie gilt dasselbe in Hinblick auf die Kontrolle der Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung und gegebenenfalls die Gründung einer neuen, aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft.

§ 2 setzt diese Verpflichtungen nach dem Vorbild der in den § 4 SEG und § 4 SCEG gefundenen Lösungen um. Über die § 4 SEG und § 4 SCEG hinaus stellt der Entwurf klar, dass in dem Fall, dass an der grenzüberschreitenden Verschmelzung österreichische Gesellschaften sowohl als übertragende als auch als übernehmende Gesellschaften beteiligt sind, es in diesem Verhältnis bei der Regelung des § 225 Abs. 3 AktG bleiben soll und damit die Prüfung der Verschmelzungsvoraussetzungen bei der übertragenden Gesellschaft von dem für die übernehmende Gesellschaft zuständigen Gericht durchgeführt wird.

Zu § 3 (Grenzüberschreitende Verschmelzung):

Vgl. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 der Richtlinie.

Gemäß Art. 1 der Richtlinie gilt sie für Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Gemeinschaft haben, sofern mindestens zwei der Gesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen. Art. 2 der Richtlinie definiert die Begriffe „Kapitalgesellschaft“ und „Verschmelzung“. Art. 3 enthält Sonderregelungen zum Anwendungsbereich, in Hinblick auf Verschmelzungen mit baren Zuzahlungen, Genossenschaften und Gesellschaften, die Publikums-Sondervermögen (so genannte „Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren“) verwalten.

Der Entwurf schlägt vor, diese Bestimmungen der Richtlinie dadurch umzusetzen, dass es (österreichischen) Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung ausdrücklich ermöglicht wird, sich mit Kapitalgesellschaften, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Gemeinschaft haben, nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes grenzüberschreitend zu verschmelzen.

Während schon für § 1 Abs. 2 des Entwurfs die Übernahme der Definition der „Kapitalgesellschaft“ vorgeschlagen wird, ist dies für die Definition der „Verschmelzung“ nicht erforderlich, weil der durch die Richtlinie vorgegebene Begriff ohnedies weitestgehend dem Begriff der Verschmelzung in § 219 AktG und § 96 GmbHG entspricht, auf die in § 4 Abs. 2 verwiesen wird. In sprachlicher Hinsicht ist die Richtlinienbestimmung etwas allgemeiner gefasst, um alle Formen von Kapitalgesellschaften zu erfassen, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Für den Bereich des österreichischen Rechts geht es dabei allerdings nur um die Aktiengesellschaft (und die Europäische Gesellschaft (SE)) sowie die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sodass mit den angeführten Verweisungen das Auslangen gefunden werden kann. Darüber hinaus erwähnt die Richtlinie den Up-Stream-Merger als besonderen Fall der Verschmelzung, der aber nach österreichischem Verständnis problemlos der Definition der Verschmelzung durch Aufnahme subsumiert werden kann.

Die Richtlinie findet gemäß Art. 3 Abs. 1 zwar auch auf Verschmelzungen Anwendung, bei denen die bare Zuzahlung 10 % des Nennwerts der gewährten Anteile übersteigen darf. Dennoch braucht eine Hereinverschmelzung gegen Geld vom österreichischen Gesetzgeber nicht zugelassen zu werden, weil sich die Zulässigkeit einer solchen Gestaltung gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b und Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie nach nationalem Recht, das heißt im Fall der Hereinverschmelzung nach österreichischem Recht bestimmt.

Die Richtlinie verwendet in einer Reihe von Bestimmungen den Begriff „eine aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft“, wobei sie hierunter eine übernehmende oder neue Gesellschaft gleichermaßen versteht. Der Entwurf schließt sich dieser Terminologie an.

Zu § 4 (Ausnahme):

Mit dieser Bestimmung soll die zwingende Ausnahme für Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie wörtlich übernommen werden.

Zu § 5 (Voraussetzungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung, anzuwendende Bestimmungen):

Vgl. Art. 4 der Richtlinie.

Zu Abs. 1:

Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a der Richtlinie sind grenzüberschreitende Verschmelzungen nur zwischen Gesellschaften solcher Rechtsformen möglich, die sich nach dem innerstaatlichen Recht der jeweiligen Mitgliedstaaten verschmelzen dürfen. Die aktive wie die passive Verschmelzungsfähigkeit bestimmt sich daher nach dem jeweiligen Personalstatut der beteiligten Gesellschaften. Dabei ist aber – jedenfalls nach österreichischem Recht – auch zu berücksichtigen, dass diese Verschmelzungsfähigkeit einer Rechtsform nur in Bezug auf bestimmte andere Rechtsformen vorgesehen ist. Die Richtlinie gebietet damit die Zulassung grenzüberschreitender Verschmelzungen nur insoweit, als eine Verschmelzung zwischen Gesellschaften solcher Rechtsformen auch nach dem innerstaatlichen Recht der betroffenen Mitgliedstaaten möglich ist (Bayer/Schmidt, NJW 2006, 401 (401). Erwägungsgrund 2 der Richtlinie macht dies durch die Klarstellung deutlich, dass die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten die grenzüberschreitende Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft aus einem Mitgliedstaat mit einer Kapitalgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat gestatten müssen, wenn das innerstaatliche Recht der betreffenden Mitgliedstaaten Verschmelzungen solcher Rechtsformen erlaubt.

Für österreichische „Kapitalgesellschaften“ kommen daher jedenfalls grenzüberschreitende Verschmelzungen zwischen Aktiengesellschaften, zwischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung und von Gesellschaften mit beschränkter Haftung auf Aktiengesellschaften in Betracht, wobei die

Europäische Gesellschaft (SE) schon unmittelbar aufgrund Gemeinschaftsrechts, und zwar des Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) wie eine Aktiengesellschaft zu behandeln ist. Sollte sich die Ansicht durchsetzen, dass eine planwidrige Lücke vorliegt, die die Zulassung einer Verschmelzung einer AG auf eine GmbH kraft Analogie rechtfertigt (vgl. dazu Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 234 Rz 2), wäre auch eine solche Verschmelzung grenzüberschreitend zulässig.

Dabei ist klar, dass der ausländische Verschmelzungspartner nicht die Rechtsform einer österreichischen Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung haben kann. Vielmehr kann nur darauf abgestellt werden kann, ob die ausländische Gesellschaft nach ihrem Typ der österreichischen Gesellschaftsform strukturell vergleichbar ist. Die Richtlinie gibt das Problem zwar vor, spricht es aber weder ausdrücklich an, noch gibt sie Vorgaben für die damit notwendige Äquivalenzprüfung. In Hinblick auf das erzielte Niveau der Harmonisierung der Aktiengesellschaft wird es relativ leicht sein zu beurteilen, wann eine ausländische „Aktiengesellschaft“ als solche für die Zwecke der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu beurteilen ist. Dies wird wohl jedenfalls für die Gesellschaftsformen gelten, für die die Mitgliedstaaten die Zweite (77/91/EWG) und die Dritte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (78/660/EWG), also die „Kapitalrichtlinie“ und die „Verschmelzungsrichtlinie“, in ihr nationales Recht umgesetzt haben. Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung liegt es nahe, Art. 1 der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 68/151/EWG („Publizitätsrichtlinie“) zur Auslegung heran zu ziehen. In dieser Bestimmung sind die in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft existierenden Äquivalente für die „Aktiengesellschaft“, die „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ und die in Österreich nicht vorgesehene „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ aufgezählt.

Der Entwurf schlägt vor, im Rahmen der Formulierung der Voraussetzungen für die Verschmelzung zunächst die grenzüberschreitende Verschmelzungsfähigkeit österreichischer Kapitalgesellschaften im aufgezeigten Sinn zu konkretisieren, und daraufhin im Sinn der Richtlinie zu bestimmen, dass die Verschmelzungsfähigkeit ausländischer Gesellschaften nach ihrem Personalstatut zu prüfen ist.

Zu Abs. 2:

Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b der Richtlinie muss eine Gesellschaft, die sich an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt, die Vorschriften und Formalitäten des für sie geltenden innerstaatlichen Rechts einhalten bzw. erledigen. Nach Erwägungsgrund 3 der Richtlinie sollen für jede an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligte Gesellschaft und jeden beteiligten Dritten weiterhin die Vorschriften und Formalitäten des innerstaatlichen Rechts gelten, das im Fall einer innerstaatlichen Verschmelzung anwendbar wäre, damit grenzüberschreitende Verschmelzungen erleichtert werden. Mit diesem verweisungstechnischen Ansatz soll grundsätzlich die Gleichbehandlung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung mit einer innerstaatlichen Verschmelzung erreicht werden; abweichende Regelungen sollen nur dort möglich sein, wo sich dies aus der Richtlinie bzw. dem „grenzüberschreitenden Charakter der Verschmelzung“ (vgl. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie) ergibt.

Dieser Grundsatz der Gleichbehandlung der nationalen mit der grenzüberschreitenden Verschmelzung soll in Anknüpfung an die für die Verschmelzungsfähigkeit gefundene Lösung dadurch umgesetzt werden, dass – grundsätzlich auch für grenzüberschreitende Verschmelzungen auf die einschlägigen Bestimmungen des AktG bzw. des GmbHG verwiesen wird.

Zu Abs. 3:

In kollisionsrechtlicher Hinsicht setzt die Richtlinie mit dem Gebot der Gleichbehandlung grenzüberschreitender Verschmelzungen mit nationalen Verschmelzungen voraus, dass sich das jeweils anzuwendende Verschmelzungsrecht nach dem Personalstatut der beteiligten Gesellschaften (§§ 10 und 12 IPRG) richtet. Das österreichische IPRG entspricht dieser Grundvorstellung. Allerdings enthält die Richtlinie in Art. 12 auch eine kollisionsrechtliche Klärung des Wirksamwerdens der Verschmelzung. Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der grenzüberschreitenden Verschmelzung soll sich demnach nach dem Recht bestimmen, dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft unterliegt. Unter Zugrundelegung der Vereinigungstheorie wäre für die Frage des Wirksamwerdens aber wohl auf die Personalstatuten aller beteiligten Gesellschaften abzustellen, sodass eine ausdrückliche Umsetzung des Art. 12 der Richtlinie erforderlich ist. Aufgrund des engen Zusammenhangs mit der grenzüberschreitenden Verschmelzung soll diese Richtlinienbestimmung in § 5 Abs. 3 umgesetzt werden.

Zu § 6 (Verschmelzungsplan):

Vgl. Art. 5 und Art. 15 Abs. 1 erster Spiegelstrich der Richtlinie, Art. 24 RL 78/855/EWG, §§ 220, 232 Abs. 1 AktG.

Zu Abs. 1:

Gemäß Art. 5 Abs. 1 erster Satz der Richtlinie haben die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der sich verschmelzenden Gesellschaften einen gemeinsamen Plan für die grenzüberschreitende Verschmelzung aufzustellen.

Zu Abs. 2:

Der durch die Richtlinie vorgegebene Mindestinhalt des Verschmelzungsplans geht über jenen nach Art. 5 der Dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 78/855/EWG (und die Mindestinhalte des Verschmelzungsvertrags nach § 220 Abs. 2 AktG) hinaus, indem etwa auch Angaben über die voraussichtlichen Auswirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung auf die Beschäftigung (lit. d), die Satzung der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft (lit. i), gegebenenfalls Angaben zu dem Verfahren, in dem Mitbestimmungsrechte geregelt werden (lit. j), Informationen zur Bewertung des Aktiv- und Passivvermögens der übertragenden Gesellschaft (lit. k) und schließlich den Stichtag der Jahresabschlüsse, die zur Festlegung der Verschmelzungsbedingungen verwendet wurden, gefordert werden.

Da die Liste der gemäß § 220 Abs. 2 AktG in den Verschmelzungsvertrag zweier Aktiengesellschaften aufzunehmenden Inhalte in sprachlicher Hinsicht auf die Aktiengesellschaft abstellt, schlägt der Entwurf vor, die Liste der geforderten Angaben – von einigen kleineren sprachlichen Anpassungen abgesehen – in enger Anlehnung an den Richtlinientext zu übernehmen, um Unklarheiten über diese wesentliche gemeinsame Grundlage des Verschmelzungsverfahrens zu vermeiden. Von diesem Grundsatz wird lediglich hinsichtlich der vorgeschlagenen Z 3 eine Ausnahme gemacht. Gemäß Art. 5 lit c) der Richtlinie sind „die Einzelheiten der Übertragung der Aktien oder sonstigen Gesellschaftsanteile der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft“ in den Verschmelzungsplan aufzunehmen. § 220 AktG ergänzt die vergleichbare Bestimmung um die Anordnung, dass im Fall, dass keine Aktien gewährt werden, die Gründe hiefür anzugeben sind. Da auch die Richtlinie (vgl. Art. 2 Z 2) davon ausgeht, dass in bestimmten Fällen der Verschmelzung keine Anteile gewährt werden, handelt es sich hierbei um eine sinnvolle und klarstellende Ergänzung.

Die Richtlinie verwendet in Art. 5 – aber auch in einer Reihe weiterer Bestimmungen – den Begriff „eine aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft“, wobei sie hierunter eine übernehmende oder neue Gesellschaft gleichermaßen versteht. Der Entwurf schließt sich dieser Terminologie an.

Zu Abs. 3:

Art. 15 der Richtlinie sieht nach dem Vorbild des Art. 24 RL 78/855/EWG eine Reihe von Vereinfachungen für den Fall der Verschmelzung auf eine übernehmende Gesellschaft vor, die alle Anteile an der übertragenden Gesellschaft hält. Da Österreich Art. 24 RL 78/855/EWG in § 232 AktG umgesetzt hat und § 96 Abs. 2 GmbHG hierauf uneingeschränkt verweist, wäre eine Umsetzung an sich nicht notwendig. Allerdings schlägt der Entwurf vor, den Inhalt des Verschmelzungsplans eigenständig zu regeln, sodass insofern § 220 AktG über den Verschmelzungsvertrag verdrängt wird und auch § 232 AktG diesbezüglich ins Leere verweisen würde. In Bezug auf den eigens geregelten Verschmelzungsplan soll daher diese Vereinfachung ausdrücklich in das Gesetz übernommen werden.

Zu Abs. 4:

Gemäß Art. 4 Abs. 2 letzter Satz der Richtlinie kann ein Mitgliedstaat, dessen Recht die an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften unterliegen, Vorschriften erlassen, um einen angemessenen Schutz der Minderheitsgeschafter, die die grenzüberschreitende Verschmelzung abgelehnt haben, zu gewährleisten. Dieser Minderheitenschutz soll in Österreich nach dem Vorbild der §§ 17, 18 Abs. 2, §§ 20 und 21 SEG in Gestalt eines Austrittsrechts umgesetzt werden.

Wie schon nach § 2 Abs. 1 Z 13 SpaltG soll daher die Gesellschaft den Gesellschaftern bereits im Verschmelzungsplan selbst ein Angebot einer Barabfindung machen. Um das Austrittsrecht nicht an den Grenzen der Kapitalerhaltung der verpflichteten Gesellschaft scheitern zu lassen, soll – ebenfalls wie im Spaltungsrecht und bei der Abfindung nach den Bestimmungen des SEG – auch ein Dritter namhaft gemacht werden können, der sich bereit erklärt, zu den offen gelegten Bedingungen die Anteile der austrittswilligen Gesellschafter zu übernehmen.

Soll eine Einpersonengesellschaft auf eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland verschmolzen werden, besteht kein Bedarf für eine Barabfindung. Bei anderen Gesellschaften sollte ähnlich wie nach § 232 AktG ein Verzicht auf das Austrittsrecht möglich sein, weshalb in einem derartigen Fall auch kein Bedarf für die ergänzenden Angaben im Verschmelzungsplan bzw. die Prüfung der Barabfindung besteht. Anders aber als nach § 20 SEG wird eine gemeinsame Regelung dieser beiden Ausnahmen unter der Überschrift „Vereinfachte Verschmelzung“ vermieden, um nicht den unrichtigen Eindruck zu erwecken, dass damit die Verschmelzungsvereinfachungen abschließend geregelt werden.

Zu Abs. 5:

Die Richtlinie gibt in Bezug auf die Form des Verschmelzungsplan keine Vorgaben, sodass schon aufgrund des allgemeinen Verweises in Art. 4 Z 1 lit. b, die Formvorschrift des § 222 AktG zum Tragen kommt. Zur Vermeidung von Missverständnissen soll die Notwendigkeit der „notariellen Beurkundung“ des Verschmelzungsplans ausdrücklich angeordnet werden. Dabei ist die Pflicht zur „notariellen Beurkundung“ wie in § 222 AktG als Pflicht zur Errichtung eines Notariatsaktes zu verstehen.

Zu § 7 (Verschmelzungsbericht)

Vgl. Art. 7 der Richtlinie, Art. 9 RL 78/855/EWG, § 220a AktG.

Art. 7 der Richtlinie ordnet - wie Art. 9 der Dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 78/855/EWG - an, dass die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der sich verschmelzenden Gesellschaften einen Bericht über die Verschmelzung zu erstellen haben. Über die Dritte gesellschaftsrechtliche Richtlinie 78/855/EWG (und ihre Umsetzung in § 220a AktG) hinaus verlangt die Richtlinie dabei auch Erläuterungen über die Auswirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung auf die Gläubiger und die Arbeitnehmer. Darüber hinaus ist der Bericht den Vertretern der Arbeitnehmer oder — wenn es solche Vertreter nicht gibt — den Arbeitnehmern direkt spätestens einen Monat vor der über die Verschmelzung Beschluss fassenden Gesellschafterversammlung zugänglich zu machen. Erhält das Leitungs- oder Verwaltungsorgan einer der sich verschmelzenden Gesellschaften rechtzeitig eine Stellungnahme der Vertreter ihrer Arbeitnehmer, so ist diese Stellungnahme gemäß dem letzten Unterabsatz des Art. 7 dem Bericht anzufügen.

Die Möglichkeit, auf den Verschmelzungsbericht zu verzichten, ist von der Richtlinie – wohl auch wegen der notwendigen Information der Arbeitnehmervertreter - nicht vorgesehen, sodass insofern die Anwendung des § 100 Abs. 1 erster Satz GmbHG und des § 232 Abs. 2 AktG, soweit nach dieser Bestimmung § 220a AktG bei Verzicht aller Aktionäre nicht anzuwenden ist, auszuschließen ist.

Zu § 8 (Prüfung der Verschmelzung):

Vgl. Art. 8 und 4 Abs. 2 der Richtlinie, Art. 10 RL 78/855/EWG, § 220b AktG, § 232 Abs. 2 AktG, § 100 Abs. 2 GmbHG, § 18 SEG.

Gemäß Art. 8 der Richtlinie ist der Verschmelzungsplan für jede der beteiligten Gesellschaften durch unabhängige Sachverständige zu prüfen, die hierüber einen Bericht zu erstellen haben, der einen Monat vor der über die Verschmelzung beschließenden Gesellschafterversammlung den Gesellschaftern gegenüber offen zu legen ist. Trotz im Einzelnen unterschiedlicher Formulierungen entspricht diese Bestimmung weitestgehend dem Art. 10 der Dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 78/855/EWG, der im Wesentlichen durch § 220b AktG umgesetzt ist.

Über die Dritte gesellschaftsrechtliche Richtlinie 78/855/EWG hinausgehend kann gemäß Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie die Prüfung entfallen, wenn alle Gesellschafter der sich verschmelzenden Gesellschaften auf die Prüfung verzichten. Österreich hat aber schon bisher Art. 10 der Richtlinie 78/855/EWG so verstanden, dass dessen Zweck, nämlich die Gewährleistung des Aktionärsschutzes, einer Verzichtsmöglichkeit durch die Aktionäre nicht entgegensteht, und in § 232 Abs. 2 AktG eine solche vorgesehen.

In Hinblick auf die Prüfung der (grenzüberschreitenden) Verschmelzung einer Aktiengesellschaft ist die Richtlinie daher durch den Verweis auf § 220b AktG umgesetzt.

Zu Abs. 1:

Hinsichtlich der GmbH sieht § 100 Abs. 2 erster Satz GmbHG aber eine Verschmelzungsprüfung nur auf Verlangen eines ihrer Gesellschafter vor, sodass die Anordnung der Anwendung des § 100 GmbHG auf die grenzüberschreitende Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung dahingehend einzuschränken ist, dass ein Entfall der Verschmelzungsprüfung auch bei der GmbH nur im Fall des Verzichts sämtlicher Gesellschafter in Betracht kommt.

Zu Abs. 2:

Gemäß § 220b Abs. 2 AktG ist für die Bestellung eines – auch nach der Richtlinie zulässigen – gemeinsamen Verschmelzungsprüfers das Gericht zuständig, in dessen Sprengel die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz hat. Für den Fall, dass lediglich eine übertragende österreichische Gesellschaft an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt ist, wäre daher die Bestellung eines gemeinsamen Verschmelzungsprüfers durch ein österreichisches Gericht nicht möglich. Abs. 2 sieht daher – nach dem Vorbild des für die Gründung einer Europäischen Gesellschaft (SE) durch Verschmelzung geltenden § 18 Abs. 1 SEG - vor, dass bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung auch das Gericht den Prüfer bestellen kann, in dessen Sprengel eine übertragende Gesellschaft ihren Sitz hat.

Zu Abs. 3:

Wie bereits zu § 6 Abs. 4 ausgeführt, sollen Minderheitsgesellschafter, die die grenzüberschreitende Verschmelzung ablehnen, durch ein Austrittsrecht geschützt werden, das den entsprechenden Schutzbestimmungen im Rahmen der Regeln für die Gründung einer Europäischen Gesellschaft (SE) durch Verschmelzung nachgebildet ist. Der Entwurf folgt hinsichtlich der gesetzlichen Regelung des Barabfindungsanspruchs dem im Verschmelzungsrecht für das Umtauschverhältnis und bei der nicht verhältniswahrenden Spaltung auch für das Barabfindungsangebot gewählten Modell einer Offenlegung im Plan über das Vorhaben, der nachfolgenden Prüfung durch einen Sachverständigen und der gerichtlichen Überprüfung im außerstreitigen Verfahren bei gleichzeitigem Ausschluss der Anfechtungsklage.

Wie in § 18 Abs. 2 SEG (und § 5 SpaltG) soll daher angeordnet werden, dass im Rahmen der Verschmelzungsprüfung auch das Barabfindungsangebot zu prüfen ist. Im Einzelnen orientiert sich die Regelung – wie ihre Vorbilder in § 18 Abs. 2 und § 7 SEG – an den Parallelbestimmungen des § 5 SpaltG und des § 220b AktG. Es besteht allerdings kein Bedarf für eine Barabfindung und ihre Prüfung, wenn eine Einpersonengesellschaft auf eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland verschmolzen werden soll oder alle Gesellschafter auf das Austrittsrecht verzichten.

Zu Abs. 4:

Nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (vgl. 6 Ob 4/99b; 6 Ob 288/99t; 4 Ob 252/02s) ist bei einer Verschmelzung mit kapitalherabsetzenden Effekt zum Schutz der Gläubiger der übertragenden Kapitalgesellschaft der Kapitalerhaltungsgrundsatz zu beachten. Die Verschmelzung darf im Firmenbuch nur eingetragen werden, wenn vor der Verschmelzung bei der übertragenden Gesellschaft eine ordentliche Kapitalherabsetzung auf das Ausstattungsniveau der Tochtergesellschaft durchgeführt wurde oder dem Firmenbuchgericht die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger in sinngemäßer Anwendung der §§ 54 ff GmbHG nachgewiesen wird.

Die Frage, ob es bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, zu einem kapitalherabsetzenden Effekt kommt, ist demnach vom österreichischen Firmenbuchgericht anlässlich des Verfahrens nach § 15 zu prüfen. Um dem Firmenbuchgericht die Prüfung der Kapitalerhaltung im Fall der Verschmelzung auf eine ausländische Gesellschaft zu erleichtern, soll in den Prüfungsbericht auch eine Erklärung über die Höhe des gebundenen Kapitals der beteiligten Gesellschaften aufgenommen werden. Dabei ist der Begriff „gebundenes Kapital“ als das Kapital zu verstehen, das an die Gesellschafter nicht ausgeschüttet werden darf.

Zu § 9 (Vorbereitung der Gesellschafterversammlung):

Vgl. Art. 6 der Richtlinie, Art. 9 Abs. 1 iVm Art. 6 Abs. 1, Art. 7, Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie; Art. 6 und Art. 11 der RL 78/855/EWG, Art. 21 SE-VO, § 19 SEG, § 221a AktG, §§ 55, 97 GmbHG.

Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie bestimmt, dass der Verschmelzungsplan mindestens einen Monat vor dem Tag der Gesellschafterversammlung gemäß Art. 3 der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 68/151/EWG offen zu legen ist. Die Richtlinie wiederholt damit – mit etwas anderen Worten – den Inhalt der Dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 78/855/EWG, die – für Aktiengesellschaften – in § 221a Abs. 1 AktG umgesetzt ist. Gemäß § 97 Abs. 1 zweiter Satz GmbHG ist jedoch die Einreichung des Verschmelzungsvertrags oder dessen Entwurfs bei dem Gericht und die Veröffentlichung eines Hinweises darauf in den jeweiligen Bekanntmachungsblättern nicht erforderlich.

Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie übernimmt die Regelung des Art. 21 der SE-VO, wonach im Einzelnen angeführte Angaben im „amtlichen Mitteilungsblatt dieses Mitgliedstaates“ zu veröffentlichen sind. Für die Europäische Gesellschaft (SE) wurde diese Bestimmung in § 19 SEG ausgeführt.

Die Richtlinie regelt ein Einsichtsrecht der Gesellschafter vor der Versammlung, wie es in Art. 11 der Richtlinie 78/855/EWG vorgesehen ist, nicht. Allerdings sollen die Gesellschafterversammlungen gemäß Art. 9 Abs. 1 erst über den Verschmelzungsplan beschließen, nachdem sie Kenntnis von den in Artikel 7 und 8 genannten Berichten, also des Verschmelzungsberichtes des Leitungs- oder Verwaltungsorgans und des Berichtes über die Verschmelzungsprüfung, genommen haben. Art. 7 ordnet an, dass der Bericht des Leitungs- oder Verwaltungsorgans den Gesellschaftern und den Vertretern der Arbeitnehmer bzw. den Arbeitnehmern direkt spätestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung zugänglich zu machen ist. Art. 8 bestimmt, dass der Prüfungsbericht der Sachverständigen spätestens einen Monat vor Gesellschafterversammlung vorliegen muss. Dem gegenüber sind gemäß § 97 GmbHG u.a. Verschmelzungsvertrag, Verschmelzungsberichte und Prüfungsberichte den Gesellschaftern zu übersenden, wobei zwischen dem Tag der Aufgabe der Sendung zur Post und der Beschlussfassung mindestens ein Zeitraum von 14 Tagen liegen muss.

Zu Abs. 1:

Für Gesellschaften mit beschränkter Haftung ergibt sich daher ein Umsetzungsbedarf dahingehend, dass die Vereinfachungen nach § 97 Abs. 1 GmbHG für die grenzüberschreitende Verschmelzung dadurch zurückzunehmen sind, dass auch für sie die Offenlegung des Verschmelzungsplans und eine einmonatige Frist für die Einsicht in die maßgeblichen Unterlagen vor der Gesellschafterversammlung sicher zu stellen ist.

Zu Abs. 2:

Darüber hinaus soll für AG und GmbH die in Art. 6 Abs. 2 vorgesehene Verpflichtung der Bekanntmachung bestimmter Angaben im „amtlichen Mitteilungsblatt“ nach dem Vorbild des § 19 SEG durch eine Ergänzung der ohnedies vorgesehenen Veröffentlichung des Hinweises auf die Einreichung des Verschmelzungsplans zum Firmenbuch (§ 221a Abs. 1 AktG) umgesetzt werden.

Dabei muss nach Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie zum Schutz der Gläubiger auch ein Hinweis auf die Modalitäten für die Ausübung ihrer Rechte veröffentlicht werden. Um dem erhöhten Schutzbedürfnis der Gläubiger im Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzung mit kapitalherabsetzenden Effekt Rechnung zu tragen (vgl. hiezu auch die Erläuterungen zu § 8 Abs. 4 und die dortigen Verweise auf die Judikatur) sieht der Entwurf darüber hinausgehend vor, dass bei einem kapitalherabsetzenden Effekt bekannte Gläubiger der österreichischen übertragenden Gesellschaft unmittelbar zu verständigen sind. Im Ergebnis sind damit die Gläubiger einer Gesellschaft, die ihr Vermögen auf eine ausländische Gesellschaft mit niedrigerem gebundenen Kapital überträgt, ähnlich geschützt, wie die Gläubiger einer ihr Kapital herabsetzenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung (vgl. § 55 Abs. 2 GmbHG).

Zu Abs. 3:

Ferner sollen die Gläubiger einer sich auf eine ausländische Gesellschaft verschmelzenden übertragenden Gesellschaft - wie im vergleichbaren Fall der Verschmelzung auf eine ausländische Europäische Gesellschaft (SE) nach § 19 Abs. 2 SE-Gesetz (vgl. auch § 7 Abs. 5 SpaltG) - Anspruch auf eine Abschrift der Unterlagen haben, die gemäß § 221a Abs. 2 AktG im Rahmen der Vorbereitung der über die Verschmelzung beschließenden Hauptversammlung zur Einsicht der Gesellschafter aufzulegen sind.

Zu Abs. 4:

Anders als § 232 Abs. 2 AktG sieht die Richtlinie einen Verzicht aller Gesellschafter auf die Einreichung des Verschmelzungsplans zum Firmenbuch und die Veröffentlichung des Hinweises auf die Einreichung nicht vor. Dies ist damit zu erklären, dass mit der Veröffentlichung auch die Gläubiger über ihre Rechte zu informieren sind. Die Verzichtsmöglichkeit ist daher für die grenzüberschreitende Verschmelzung auszuschließen.

Zu § 10 (Zustimmung der Gesellschafterversammlung)

Vgl. Art. 9 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie, Art. 7 und 8.

Gemäß Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie beschließen die Gesellschafterversammlungen der sich verschmelzenden Gesellschaften nach Kenntnisnahme der in Artikel 7 und Artikel 8 der Richtlinie genannten Berichte über die Zustimmung zu dem gemeinsamen Verschmelzungsplan. Auf eine Konkretisierung der hiefür notwendigen Mehrheitserfordernisse verzichtet die Richtlinie. In Österreich richtet sich die Beschlussfassung infolge des Verweises in § 5 Abs. 2 nach den § 221 AktG und §§ 98 f GmbHG.

Zu Abs. 1:

Abs. 1 setzt Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie um, wonach die Gesellschafterversammlung jeder der sich verschmelzenden Gesellschaften die Verschmelzung davon abhängig machen kann, dass die Modalitäten für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft ausdrücklich von ihr bestätigt werden.

Zu Abs. 2:

Wie bereits zu § 6 Abs. 3 ausgeführt, sieht Art. 15 der Richtlinie eine Reihe von Vereinfachungen für den Fall der Verschmelzung auf eine übernehmende Gesellschaft vor, die alle Anteile an der übertragenden Gesellschaft hält. Über Art. 24 RL 78/855/EWG und § 232 AktG hinaus, bedarf es dabei gemäß Art. 15 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich der Richtlinie einer Zustimmung der Gesellschafterversammlung der übertragenden Gesellschaft nicht.

Andererseits räumt Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, auf die Zustimmung der Gesellschafterversammlung der übernehmenden Gesellschaft zu verzichten, wenn die Bedingungen des Art. 8 der RL 78/855/EWG erfüllt sind. Von dieser Möglichkeit hat der Gesetzgeber bereits in § 231 AktG Gebrauch gemacht.

Zu den §§ 11 (Barabfindung widersprechender Gesellschafter) und 12 (Gerichtliche Überprüfung der Barabfindung):

Vgl. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie, § 21 SEG iVm §§ 12, 13 und 17 SEG.

Wie bereits zu den § 6 Abs. 4 und § 8 Abs. 3 ausgeführt, sollen Minderheitsgesellschafter, die die grenzüberschreitende Verschmelzung ablehnen, durch ein Austrittsrecht geschützt werden, das den entsprechenden Schutzbestimmungen im Rahmen der Regeln für die Gründung einer Europäischen Gesellschaft (SE) durch Verschmelzung nachgebildet ist. Hinsichtlich der Einzelheiten der Regelungen wird daher auf die Ausführungen in den Erläuterungen der Regierungsvorlage für ein Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2004 (466 dB XXII. GP) zu § 21 SEG und den §§ 12, 13 und 17 SEG verwiesen.

Allerdings erfasst § 11 auch Barabfindungsansprüche eines Gesellschafters, der aus einer GmbH austritt. Wie in § 9 SpaltG ist daher zu berücksichtigen, dass § 81 GmbHG den Erwerb und die Inpfandnahme eigener Aktien verbietet, weswegen ersatzweise die aktienrechtlichen Bestimmungen für das Austrittsrecht aus einer GmbH heranzuziehen sind.

Ebenfalls dem Vorbild des § 9 SpaltG idF des ÜbRÄG 2006 folgend verzichtet der Entwurf auf das Erfordernis einer bestimmten Mindestbeteiligung im Sinn des § 225c Abs. 3 Z 2 AktG als Voraussetzung für die Berechtigung für den Antrag auf Überprüfung der Barabfindung (§ 12 Abs. 2).

Zu § 13 (Ausschluss von Anfechtungsklagen, gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses):

Vgl. Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie, Art. 25 Abs. 3 VO Nr. 2157/2001, § 22 SEG.

Gemäß Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie kommt ein der Eintragung der Verschmelzung vorgelagertes Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses der Anteile nur dann zur Anwendung, wenn die anderen sich verschmelzenden Gesellschaften in Mitgliedstaaten, die ein solches Verfahren nicht vorsehen, bei der Zustimmung zum Verschmelzungsplan ausdrücklich akzeptieren, dass ein solches Verfahren beantragt werden kann. In diesem Fall kann die für die Kontrolle der Vorbereitung der Verschmelzung zuständige Stelle die Bescheinigung über die ordnungsgemäße Durchführung aller der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen auch dann ausstellen, wenn ein solches Verfahren eingeleitet wurde. In der Bescheinigung muss jedoch angegeben werden, dass ein solches Verfahren anhängig ist. Die in dem Verfahren ergehende Entscheidung ist für die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft und alle ihre Gesellschafter bindend.

Diese Bestimmung ist nahezu wörtlich aus Art. 25 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) übernommen, der durch § 22 SEG näher ausgeführt wurde.

Von Bedeutung ist diese Ermächtigung für Österreich und Deutschland, die mit dem Ersatz der Anfechtungsklage gegen die Gründungsgesellschaft durch ein außerstreitiges Verfahren gegen die Gesamtrechtsnachfolgerin auf Zuzahlung als einzige Mitgliedstaaten die Kontrolle des Umtauschverhältnisses aus dem Verfahrensstadium der Vorbereitung der Verschmelzung zeitlich nach rückwärts verlagert haben. Ohne begleitende Bestimmungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung könnte die mit dem außerstreitigen Überprüfungsverfahren verbundene Ausschluss von Anfechtungsklagen wegen einer unrichtigen Festlegung des Umtauschverhältnisses zu dem Ergebnis führen, dass jeglicher Rechtsschutz in dieser Hinsicht verloren ginge.

Nach dem Vorbild des § 22 SEG geht es daher für die grenzüberschreitende Verschmelzung darum, den Ausschluss der Anfechtungsklage wegen Mängel des Umtauschverhältnisses auf die Fälle zu beschränken, in denen nach der Richtlinie ein der Verschmelzung nachgelagertes Überprüfungsverfahren möglich bleibt. Da auch in dieser Hinsicht der Text des § 22 SEG weitestgehend übernommen wird, wird hinsichtlich näherer Einzelheiten auf die Ausführungen in den Erläuterungen der Regierungsvorlage für ein Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2004 (466 dB XXII. GP) verwiesen.

Zu § 14 (Gläubigerschutz und Schutz sonstiger schuldrechtlich Beteiligter):

Vgl. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie, Art. 24 Abs. 1 VO Nr. 2157/2001, § 23 SEG.

Gemäß Art. 4 Abs. 2 erster Satz der Richtlinie zählen zu den bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung einzuhaltenden Vorschriften und Formalitäten insbesondere die Bestimmungen über das die Verschmelzung betreffende Beschlussfassungsverfahren und angesichts des grenzüberschreitenden Charakters der Verschmelzung über den Schutz der Gläubiger der sich verschmelzenden Gesellschaften, der Anleihegläubiger und der Inhaber von Aktien oder sonstigen Anteilen sowie über den Schutz der Arbeitnehmer, soweit andere als die in Artikel 16 geregelten Rechte betroffen sind.

Mit dem vorgeschlagenen § 14 soll dem speziellen Schutzbedürfnis der Gläubiger bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung durch einen (zusätzlichen) der Verschmelzung vorgelagerten und sich an § 23 SEG orientierenden Gläubigerschutz Rechnung getragen werden. Die Einhaltung dieses Gläubigerschutzes wird schon im Verfahren zur Ausstellung der Rechtmäßigkeitbescheinigung geprüft. Er ist aber auf Gläubiger einer Gesellschaft beschränkt, die ihr Vermögen auf eine aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft mit Sitz im Ausland überträgt.

Darüber hinaus kommt aber über die Verweisung in § 5 Abs. 2 auch die Gläubigerschutzbestimmung des § 226 AktG zur Anwendung.

Zu § 15 (Anmeldung der beabsichtigten Verschmelzung durch Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft mit Sitz in Österreich auf eine Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, Bescheinigung der Ordnungsmäßigkeit der der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten):

Zu den Abs. 1 bis 4:

Vgl. Art. 10 der Richtlinie, Art. 25 VO Nr. 2157/2001, § 24 SEG.

Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie bestimmt, dass die Mitgliedstaaten für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung für die „Verfahrensabschnitte“, „welche die sich verschmelzenden Gesellschaften betreffen, die ihrem innerstaatlichen Recht unterliegen“, nationale Stellen zu benennen haben. Dem gegenüber spricht Art. 11 Abs. 1 den Verfahrensabschnitt, „welcher die Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung und gegebenenfalls die Gründung einer neuen, aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft betrifft“ an und sieht auch hiefür eine Kontrolle durch eine nationale Stelle vor. Als Ergebnis der Prüfung nach Art. 10 Abs. 1 ist gemäß dessen Abs. 2 eine Bescheinigung auszustellen, aus der zweifelsfrei hervorgeht, dass die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten ordnungsgemäß vollzogen wurden. Gemäß Art. 11 Abs. 2 haben die sich verschmelzenden Gesellschaften diese Bescheinigung der für die Prüfung der Durchführung der Verschmelzung zuständigen Stelle vorzulegen.

Soweit an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung eine österreichische Gesellschaft als übertragende und eine österreichische Gesellschaft als aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft beteiligt sind, fällt nach § 225a AktG (bzw. § 233 Abs. 1 AktG) sowohl die Prüfung der der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen als auch die Durchführung der Verschmelzung in die Zuständigkeit des Gerichts, in dem die übernehmende (bzw. neue) Gesellschaft ihren Sitz hat. Eine Bestätigung über die Rechtmäßigkeit der der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen ist für diese Fälle - entgegen dem etwas weit geratenen Wortlaut der Richtlinie – nicht erforderlich.

Andererseits sieht das österreichische Verschmelzungsrecht für Kapitalgesellschaften – von § 24 SEG abgesehen - eine Prüfung der einer grenzüberschreitenden Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten durch das Gericht, in dem die übertragende Gesellschaft ihren Sitz hat, nicht vor. Ausgehend von den Vorbildern in § 24 SEG und § 15 SEG über die Anmeldung der beabsichtigten Verschmelzung zum Zweck der Gründung einer Europäischen Gesellschaft (SE) bzw. der beabsichtigten Sitzverlegung einer Europäischen Gesellschaft (SE), soll ein zweistufiges System für die firmenbuchrechtliche Behandlung von Gesellschaften, die ihr Vermögen auf eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland übertragen wollen, eingeführt werden. Demnach wäre zunächst die „beabsichtigte Verschmelzung“ beim Gericht, in dessen Sprengel die übertragende Gesellschaft ihren Sitz hat, anzumelden. Im Rahmen der Prüfung dieser Anmeldung hat das Gericht sich davon zu überzeugen, dass die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten ordnungsgemäß durchgeführt wurden und die Forderungen der Gläubiger und sonstigen schuldrechtlich Beteiligten sowie die Abfindung der austrittswilligen Gesellschafter sichergestellt sind. Ist dies der Fall, so hat es die Eintragung durchzuführen und eine Bescheinigung hierüber auszustellen. In einem zweiten Schritt wäre die Durchführung der Verschmelzung und der Löschung der Gesellschaft zum Firmenbuch anzumelden, sobald die Verschmelzung nach dem Recht, dem die aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft unterliegt, wirksam geworden ist, und eine entsprechende Mitteilung des Registers dieser Gesellschaft vorliegt.

Bei der näheren Ausgestaltung dieser Regelung orientiert sich der Entwurf an den §§ 24 und 15 SEG einerseits und an § 225 AktG über die Anmeldung der (innerstaatlichen) Verschmelzung andererseits. Da eine Rechtmäßigkeitbescheinigung nur für die übertragende Gesellschaft, die über die Grenze verschmolzen wird, ausgestellt werden soll, sind auch nur die Unterlagen zur Prüfung der Vorbereitung der Verschmelzung hinsichtlich der übertragenden Gesellschaft vorzulegen. In Hinblick auf die Legitimation zur Anmeldung begnügt sich der Entwurf mit der Anmeldung durch das Vertretungsorgan der betroffenen Gesellschaft in vertretungsbefugter Zahl. Andererseits soll die Negativerklärung des Vertretungsgremiums nach Abs. 2 Z 1 sicherstellen, dass die Verschmelzung erst dann durchgeführt werden

kann, wenn der Gesellschafterbeschluss der übertragenden Gesellschaft nicht mehr bekämpft wird. Die Erklärung nach Abs. 2 Z 2 soll dem vorbeugenden Schutz überstimmter Minderheitsgesellschafter dienen. Für beide Fälle soll daher – in Hinblick auf die Schutzfunktion und haftungsrechtliche Bedeutung – eine Abgabe durch sämtliche Mitglieder des Leitungs- oder Verwaltungsorgans erforderlich sein.

Hinsichtlich des Begriffs der „aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft“ wird auf die Erläuterungen zu § 6 Abs. 2 verwiesen, wonach damit sowohl eine aufnehmende als auch eine neue Gesellschaft erfasst wird.

Zu Abs. 5:

Vgl. Art. 12, 13 und 14 der Richtlinie.

Gemäß Art. 12 der Richtlinie bestimmt sich der Zeitpunkt, an dem die grenzüberschreitende Verschmelzung wirksam wird, nach dem Recht des Mitgliedstaats, dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft unterliegt. Die Verschmelzung kann jedoch erst dann wirksam werden, wenn die Kontrolle nach Artikel 11 abgeschlossen ist.

Art. 13 spricht darüber hinaus die Offenlegung der Verschmelzung hinsichtlich der aus der Verschmelzung hervorgehenden wie der übertragenden Gesellschaften an und belässt es diesbezüglich bei dem allgemeinen Grundsatz, dass jeweils das Recht des Mitgliedstaates anzuwenden ist, dem die sich verschmelzenden Gesellschaften unterlagen. Darüber hinaus soll nach Art. 13 das Register, in dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft eingetragen wird, dem Register, bei dem jede der Gesellschaften ihre Unterlagen zu hinterlegen hatte, unverzüglich melden, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung wirksam geworden ist. Die Löschung der früheren Eintragung soll gegebenenfalls bei Eingang dieser Meldung, nicht aber vorher erfolgen.

Gemäß § 225a Abs. 3 AktG (iVm § 96 Abs. 2 GmbHG bzw. § 233 AktG) wird die Verschmelzung mit der Eintragung der Verschmelzung bei der übernehmenden (bzw. neuen) Gesellschaft wirksam. Die Eintragung kann selbstverständlich erst nach Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen erfolgen.

Etwas offener als in § 24 Abs. 5 SEG ist das Wirksamwerden der Verschmelzung als Voraussetzung für die Verpflichtung zur Anmeldung der Löschung der übertragenden Gesellschaft mit Sitz in Österreich zu formulieren. Während nämlich Art. 12 der Verordnung Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft eine „Eintragung“ der SE in ein Register vorsieht, belässt es Art. 13 der Richtlinie für die Offenlegung der grenzüberschreitenden Verschmelzung bei den nach Art. 3 der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 68/151/EWG zulässigen Möglichkeiten, sodass etwa auch die Hinterlegung der Dokumente in einer (wenn auch elektronischen) Akte und die Veröffentlichung eines Hinweises auf die Hinterlegung für die Offenlegung ausreichend wäre. Die damit verbundene Unsicherheit soll dadurch ausgeglichen werden, dass das für die aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft zuständige Register den anderen beteiligten Registern von Amts wegen eine Meldung über das Wirksamwerden der Verschmelzung erstattet, die „gegebenenfalls“ zur Löschung der früheren Eintragung führt.

Der Entwurf geht davon aus, dass damit nicht zwingend eine amtswegige Löschung der übertragenden Gesellschaft vorgegeben ist und die österreichische Umsetzung das auch sonst im Firmenbuchverfahren ganz allgemein übliche Antragsprinzip nicht aufzugeben hat. Freilich wird aber das direkte Einlangen einer solchen Bestätigung von einem ausländischen Register Anlass für das zuständige Firmenbuchgericht sein, die Umsetzung der Verpflichtung zur Anmeldung der Löschung der übertragenden Gesellschaft im Sinn des § 24 FBG einzumahnen.

Eine besondere Umsetzung der Bestimmungen des Art. 14 der Richtlinie über die Wirkungen der Verschmelzung ist nicht erforderlich, weil ihr Regelungsgehalt ohnedies weitestgehend mit Art. 19 RL 78/855/EWG ident und damit durch den Verweis des § 5 Abs. 2 auf die § 225a Abs. 3 AktG iVm §§ 224, 233 AktG und § 96 Abs. 2 GmbHG umgesetzt ist. Dasselbe gilt für Art. 17 der Richtlinie, wonach eine einmal wirksam gewordene grenzüberschreitende Verschmelzung nicht mehr für nichtig erklärt werden kann, da schon § 230 Abs. 2 AktG einen absoluten Bestandschutz für die eingetragene Verschmelzung etabliert.

Zu § 16 (Anmeldung, Prüfung und Eintragung der Verschmelzung):

Vgl. Art. 11 und Art. 13 der Richtlinie, §§ 225, 225a AktG.

Zu Abs. 1 und 5:

Nach den §§ 225 und 225a iVm § 233 AktG ist die Verschmelzung bei den jeweils für die übertragenden Gesellschaften zuständigen Gerichten für jede dieser Gesellschaften gesondert anzumelden; die befassten Gerichte leiten daraufhin die Anmeldungen an das für die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft zuständige Gericht weiter. Im Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzung kommt es zu

einer solchen amtsweigigen Weiterleitung – von dem Fall abgesehen, dass bei einer Verschmelzung auf eine österreichische Gesellschaft neben einer ausländischen auch eine österreichische Gesellschaft als übertragende Gesellschaft beteiligt ist – aber nicht. Für die grenzüberschreitenden Verschmelzung ist daher die Eintragung durch die Vertretungsorgane aller an der Verschmelzung beteiligten ausländischen Gesellschaften bei dem Gericht, in dessen Sprengel die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat, anzumelden.

Zu Abs. 2 und 3:

Welche Unterlagen der Anmeldung anzuschließen sind, ergibt sich zum einen schon aus den §§ 225, 233 AktG und § 96 Abs. 2 GmbHG, wobei der Verweis weit zu verstehen ist und in Bezug auf ausländische Gesellschaften die Unterlagen erfasst, die den in den §§ 225, 233 AktG genannten Unterlagen entsprechen. Zum anderen ist für ausländische Gesellschaften auch die Vorlage der Vorabbescheinigung nach Art. 10 der Richtlinie erforderlich, die nach Art. 11 Abs. 2 nicht älter als 6 Monate sein darf. Darüber hinaus ist nach Art. 11 Abs. 1 letzter Satz der Richtlinie anlässlich der Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung auch zu prüfen, ob gegebenenfalls eine Vereinbarung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer geschlossen wurde. Damit wird wohl – nach dem Muster des Art. 12 der SE-VO, auf die auch Art. 16 der Richtlinie verweist – angeordnet, dass anlässlich der Kontrolle der Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung auch zu prüfen ist, ob die nach Art. 16 der Richtlinie vorgesehenen Verhandlungen mit den Arbeitnehmervertretern über die Beteiligung der Arbeitnehmer ordnungsgemäß durchgeführt und abgeschlossen wurden, oder – wie in Art. 16 Abs. 4 Buchstabe a der Richtlinie vorgesehen – dass die Vertretungsorgane der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften beschlossen haben, ohne Verhandlungen mit den Arbeitnehmervertretern die Auffangregelung zur Mitbestimmung anzuwenden. Ist dies nicht der Fall, wird die Eintragung abzulehnen sein. Darüber hinaus hebt die Richtlinie die Prüfung der Zustimmung über einen gemeinsamen gleich lautenden Verschmelzungsplan hervor.

Zu Abs. 4:

Wie bereits ausgeführt, soll nach Art. 13 der Richtlinie das Register, in dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft eingetragen wird, dem Register, bei dem jede der Gesellschaften ihre Unterlagen zu hinterlegen hatte, unverzüglich melden, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung wirksam geworden ist. In Abs. 4 wird daher die entsprechende Verpflichtung des die Verschmelzung eintragenden Firmenbuchgerichtes vorgesehen.

Zu den §§ 17 (Verweisungen), 18 (Inkrafttreten) und 19 (Vollziehung):

Die §§ 17 bis 19 enthalten die üblichen Schluss- und Übergangsbestimmungen.

Gemäß der Annahme in Rat und Parlament zugrunde liegenden Textfassung des Art. 19 der Richtlinie sollte sie 24 Monate nach ihrem Inkrafttreten, also bis spätestens 15. Dezember 2007, umzusetzen sein. Wenn auch die im Amtsblatt veröffentlichte deutsche Sprachfassung diesbezüglich von einer Umsetzung bis „zum Dezember 2007“ spricht, endet die Umsetzungsfrist richtig mit 15. Dezember 2007. Dies ergibt sich im Übrigen auch eindeutig aus den meisten anderen Sprachfassungen der Richtlinie.

Zu Art. 2 (FBG)

Zu Z 1 (§ 4 Z 5 FBG):

Mit dieser Änderung soll eine terminologische Anpassung an das UGB vorgenommen werden.

Zu Z 2 (§ 5 Z 4 FBG):

Die grenzüberschreitende Verschmelzung soll als weiterer Eintragungstatbestand in die verschiedene Umgründungsfälle von Kapitalgesellschaften aufzählende Ziffer 4 des § 5 FBG aufgenommen werden.

Zu Z 3 (§ 5 Z 4a FBG):

Die Ziffer 4a des § 5 erfasst derzeit die beabsichtigte Verschmelzung durch Übertragung des Vermögens einer AG oder GmbH auf eine Europäische Gesellschaft (SE) mit Sitz im Ausland nach dem SE-Gesetz als Eintragungstatbestand und soll um die in § 15 EU-VerschG vorgesehene Eintragung ergänzt werden.

Zu Art. 3 (GGG)

Zu Z 1 (TP 10 I lit. b Z 15):

Die Eintragung der beabsichtigten Verschmelzung nach § 15 EU-VerschG soll gebührenrechtlich wie der gleichgelagerte Tatbestand der beabsichtigten Verschmelzung auf eine SE oder SCE behandelt werden.

Zu Art. 4 (RPfIG)**Zu Z 1 (§ 22 Abs. 2 Z 4 lit. a RPfIG):**

Maßnahmen auf Grund von Anmeldungen auf Eintragung in das Firmenbuch im Zusammenhang mit Verschmelzungen nach dem EU-VerschG sollen wie bei Verschmelzungen allgemein der Zuständigkeit des Firmenbuchrichters vorbehalten bleiben.

Zu Z 2 (§ 22 Abs. 2 Z 8 RPfIG):

Auch die Angelegenheiten nach dem Bundesgesetz über den Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern sollen in die Zuständigkeit des Firmenbuchrichters fallen.

Zu Art. 5 (GmbHG):**Zu Z 1 (§ 29 Abs. 1 GmbHG)**

Gemäß Art. 16 Abs. 6 der Richtlinie ist eine Gesellschaft verpflichtet, eine Rechtsform anzunehmen, die die Ausübung von Mitbestimmungsrechten ermöglicht, „wenn in mindestens einer der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ein System der Arbeitnehmermitbestimmung besteht und diese Regelung des Absatzes 2 auf die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft angewandt werden soll.“ Vereinfacht gesagt muss, wenn die Anwendung der Richtlinie zu einer Mitbestimmung in der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft führt, diese Gesellschaft rechtlich auch für eine solche Mitbestimmung geeignet sein. Aus Sicht des österreichischen Gesellschaftsrechts ist dies keine Frage der Rechtsform sondern der Aufsichtsratspflicht.

Es soll daher § 29 GmbHG um einen neuen Tatbestand für die Aufsichtsratspflicht ergänzt werden, der darauf abstellt, dass als Ergebnis des neu in das ArbVG einzufügenden VIII. Teils über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften den Arbeitnehmern Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats zukommen soll. Dabei lehnt sich der Entwurf sprachlich an den Wortlaut des geltenden § 245 ArbVG über das Recht auf Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft an, auf den der Art. 16 der Richtlinie umsetzende Entwurf eines VIII. Teils des ArbVG voraussichtlich verweisen wird.

Textgegenüberstellung

Artikel 2

Änderung des Firmenbuchgesetzes

Geltende Fassung

Besondere Eintragungen

§ 4. Bei Einzelunternehmern und eingetragenen Personengesellschaften sind ferner einzutragen:

- 1. bis 3.
- 5. Name und Geburtsdatum der nicht vertretungsbefugten persönlich haftenden Gesellschafter, gegebenenfalls ihre Firmenbuchnummer;
- 6. bis 7.

§ 5. Bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind ferner einzutragen:

- 1. bis 3.
- 4. die Verschmelzung in den Fällen der §§ 219 ff Aktiengesetz 1965, die Vermögensübertragung in den Fällen der §§ 235 ff Aktiengesetz 1965, die Umwandlung in den Fällen der §§ 239 ff Aktiengesetz 1965 und nach dem UmwG, die Verschmelzung nach §§ 96 ff GmbHG sowie die Spaltung nach dem SpaltG;

4a. die beabsichtigte Verschmelzung durch Übertragung des Vermögens der Gesellschaft auf eine Europäische Gesellschaft (SE) mit Sitz im Ausland und die Erfüllung der Gründungsbedingungen für die beabsichtigte Gründung einer Holding-SE;

- 5. bis 6.

In-Kraft-Treten

§ 43. (1) bis (4)....

Vorgeschlagene Fassung

Besondere Eintragungen

§ 4. Bei Einzelunternehmern und eingetragenen Personengesellschaften sind ferner einzutragen:

- 1. bis 3. unverändert
- 5. Name und Geburtsdatum der nicht vertretungsbefugten unbeschränkt haftenden Gesellschafter, gegebenenfalls ihre Firmenbuchnummer;
- 6. bis 7. unverändert

§ 5. Bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind ferner einzutragen:

- 1. bis 3. unverändert
- 4. die Verschmelzung in den Fällen der §§ 219 ff Aktiengesetz 1965, die Vermögensübertragung in den Fällen der §§ 235 ff Aktiengesetz 1965, die Umwandlung in den Fällen der §§ 239 ff Aktiengesetz 1965 und nach dem UmwG, die Verschmelzung nach §§ 96 ff GmbHG, die Spaltung nach dem SpaltG sowie die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem EU-VerschG;

4a. die beabsichtigte Verschmelzung durch Übertragung des Vermögens der Gesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft oder eine Europäische Gesellschaft (SE) mit Sitz im Ausland und die Erfüllung der Gründungsbedingungen für die beabsichtigte Gründung einer Holding-SE;

- 5. bis 6. unverändert

In-Kraft-Treten

§ 43. (1) bis (4) unverändert

(5) § 5 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XX/XXXX tritt am 15. Dezember 2007 in Kraft.

Artikel 2
Änderung des Firmenbuchgesetzes

Geltende Fassung

Vorgeschlagene Fassung

Tarif-post	Tarifpost 10 Gegenstand	Höhe der Gebühren	Artikel 3		Höhe der Gebühren
			Tarif-post	Tarifpost 10 Gegenstand	
10	D. Firmenbuch- und Schiffsregistersachen		10	D. Firmenbuch- und Schiffsregistersachen	
	I. Firmenbuch			I. Firmenbuch	
	a) ...			a) unverändert	
	b) Eintragungsgebühren für Neueintragungen und Änderungen betreffend:			b) Eintragungsgebühren für Neueintragungen und Änderungen betreffend:	
	1. bis 14. ...			1. bis 14. unverändert	
	15. Satzung, Stiftungs(zusatz)urkunde, Verlegungsplan, die beabsichtigte Verlegung des Sitzes einer Europäischen Gesellschaft (SE) oder einer Europäischen Genossenschaft (SCE) in einen anderen Mitgliedstaat, die beabsichtigte Verschmelzung durch Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft auf eine Europäische Gesellschaft (SE) mit Sitz im Ausland, die beabsichtigte Verschmelzung durch Übertragung des Vermögens einer Genossenschaft auf eine Europäische Genossenschaft (SCE) mit Sitz im Ausland und die Erfüllung der Gründungsbedingungen für die beabsichtigte Gründung einer Holding-SE	131 Euro		15. Satzung, Stiftungs(zusatz)urkunde, Verlegungsplan, die beabsichtigte Verlegung des Sitzes einer Europäischen Gesellschaft (SE) oder einer Europäischen Genossenschaft (SCE) in einen anderen Mitgliedstaat, die beabsichtigte Verschmelzung durch Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft oder eine Europäische Gesellschaft (SE) mit Sitz im Ausland, die beabsichtigte Verschmelzung durch Übertragung des Vermögens einer Genossenschaft auf eine Europäische Genossenschaft (SCE) mit Sitz im Ausland und die Erfüllung der Gründungsbedingungen für die beabsichtigte Gründung einer Holding-SE	131 Euro
	16. ...			16. unverändert	
	c) ...			c) unverändert	

**Artikel 2
Änderung des Firmenbuchgesetzes**

Geltende Fassung

1. bis 26. ...

Vorgeschlagene Fassung

ARTIKEL VI

In-Kraft-Treten, Übergangsbestimmungen, Aufhebungen

1. bis 26. unverändert

27. Tarifpost 10 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XX/XXXX tritt mit 15. Dezember 2007 in Kraft.

Artikel 4

Änderung des Rechtspflegergesetzes

Wirkungskreis in Sachen des Firmenbuchs

§ 22. (1) ...

(2) Dem Richter bleiben vorbehalten:

1. bis 3....

4. Maßnahmen auf Grund von Anmeldungen auf Eintragung in das Firmenbuch im Zusammenhang mit

a) Verschmelzungen und Vermögensübertragungen nach dem neunten und zehnten Teil des AktG, nach § 96 GmbHG, nach dem Genossenschaftsverschmelzungsgesetz und nach den §§ 59, 60 VAG,

b) und c) ...

5. bis 6. ...

7. Angelegenheiten nach dem SCEG, ausgenommen Beschlüsse über Eintragungen nach § 3 Z 8 und § 5a Z 3 FBG.

Wirkungskreis in Sachen des Firmenbuchs

§ 22. (1) unverändert

(2) Dem Richter bleiben vorbehalten:

1. bis 3. unverändert

4. Maßnahmen auf Grund von Anmeldungen auf Eintragung in das Firmenbuch im Zusammenhang mit;

a) Verschmelzungen und Vermögensübertragungen nach dem neunten und zehnten Teil des AktG, nach § 96 GmbHG, nach dem Genossenschaftsverschmelzungsgesetz, nach den §§ 59, 60 VAG und nach dem EU-VerschG,

b) und c) unverändert

5. bis 6 unverändert

7. Angelegenheiten nach dem SCEG, ausgenommen Beschlüsse über Eintragungen nach § 3 Z 8 und § 5a Z 3 FBG;

8. Angelegenheiten nach dem GesAusG.

Artikel 5

Änderung des GmbH-Gesetzes

§ 29. (1) Ein Aufsichtsrat muss bestellt werden, wenn

:1. bis 3. ...

§ 29. (1) Ein Aufsichtsrat muss bestellt werden, wenn

1. bis 3. unverändert

Artikel 2

Änderung des Firmenbuchgesetzes

Geltende Fassung

4. die Gesellschaft persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft ist und die Anzahl der Arbeitnehmer in ihrem Unternehmen und im Unternehmen der Kommanditgesellschaft im Durchschnitt zusammen dreihundert übersteigt.

§ 127. (1) bis (6) ...

Vorgeschlagene Fassung

4. die Gesellschaft persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft ist und die Anzahl der Arbeitnehmer in ihrem Unternehmen und im Unternehmen der Kommanditgesellschaft im Durchschnitt zusammen dreihundert übersteigt, oder
5. aufgrund des VIII. Teils des Arbeitsverfassungsgesetzes die Organe zur Vertretung der Arbeitnehmer einer aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft das Recht haben, einen Teil der Mitglieder des Aufsichtsrates zu wählen oder zu bestellen oder deren Bestellung zu empfehlen oder abzulehnen.

§ 127. (1) bis (6) unverändert

(7) § 29 in der Fassung des Bundesgesetzes, BGBl. I Nr. XX/XXXX, tritt mit 15. Dezember 2007 in Kraft.