



Bundesministerium für Justiz
z. H. Herrn Mag. Christian Auinger
Museumsstraße 7
1070 Wien

Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195
1040 Wien
T +43 (0) 5 90 900DW | F +43 (0) 5 90 900233
E rp@wko.at
W <http://wko.at/rp>

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
	Dr. Manfred Grünanger	4075	16.05.2007

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union erlassen wird sowie das Firmenbuchgesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Rechtspflegergesetz und das GmbH-Gesetz geändert werden (Gesellschafts-Änderungsgesetz 2007);
Stellungnahme der WKÖ**

Die Wirtschaftskammer Österreich bedankt sich für die Übermittlung des Entwurfs des Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007 und nimmt wie folgt Stellung.

Allgemeine Bemerkungen:

Es wird begrüßt, dass mit der Umsetzung der EU-Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften den österreichischen Kapitalgesellschaften erstmals ein gesicherter rechtlicher Rahmen für grenzüberschreitende Verschmelzungen zur Verfügung gestellt wird.

Damit eröffnen sich vor allem kleinen und mittleren Unternehmen Möglichkeiten, die in mehr als einem Mitgliedstaat, aber nicht europaweit operieren wollen und nicht auf das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) zurückgreifen können. Mit Umsetzung der EU-Richtlinie wird auch national eine zentrale Maßnahme der Lissabonner Agenda zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung getätigt.

Zu den einzelnen Bestimmungen:

1) Grundsätzliches - Gesetzsterminologie

Im Gesetzesentwurf werden, obwohl er sich ausdrücklich nur auf die AG und die GmbH bezieht, Begriffe verwendet, die der Terminologie des AktG und des GmbHG fremd sind. In Folge dessen stellt sich auch die Frage was beispielsweise das "Leitungsorgan", das "Verwaltungsorgan" bzw. das "Vertretungsorgan" (§§ 6/1, 7, 15, 16 EU-VerschG) ist. Die Unterschiede zwischen diesen Organen sind nicht klar.

Die Terminologie ist deshalb missverständlich und sollte daher zwecks Klarheit definiert werden. Wir empfehlen die österreichische Gesetzeterminologie und Systematik zu verwenden.

2) § 2 - Gericht

§ 2 sollte wie folgt lauten: "...entscheidet der für den Sitz der beteiligten inländischen Gesellschaft zuständige, zur Ausübung der Gerichtsbarkeit.... zuständige Gerichtshof...". Damit wird bestimmt, dass für österreichische Gesellschaften ein österreichisches Gericht zuständig ist.

3) § 5 - Voraussetzungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung

• § 5 Abs 2

"....soweit österreichisches Recht anzuwenden ist...".

Bei dieser Formulierung bleibt jedoch unklar, wann österreichisches Recht tatsächlich anzuwenden ist. Den erläuternden Bemerkungen ist zu entnehmen, dass jede beteiligte Gesellschaft das nach ihrem Personalstatut geltende innerstaatliche Recht einhalten muss. Dies sollte auch im Gesetz selbst klar geregelt werden.

• § 5 Abs 3

"Der Zeitpunkt, an dem die grenzüberschreitende Verschmelzung wirksam wird, ist nach dem Personalstatut der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft zu beurteilen."

Hier stellt sich jedoch die Frage, ob damit gemeint ist, dass mit Entstehen dieser Gesellschaft automatisch die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft endet. Weiters sollte geklärt werden, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn die Entstehung der ausländischen Gesellschaft erfolgreich bekämpft wird oder eine Gründungsvoraussetzung oder sonstige Zulässigkeitsvoraussetzung wegfällt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob dann wieder die inländische Gesellschaft entsteht.

4) § 6 - Verschmelzungsplan

• § 6 Abs 2 Z3

Die Bestimmung, dass die Gründe anzugeben sind, wenn keine Anteile nach der grenzüberschreitenden Verschmelzung gewährt werden, sollte entfallen.

Die Angabe von Gründen ist in der Richtlinie nicht vorgesehen. Dass es Fälle der Verschmelzung gibt, bei denen keine Aktien gewährt werden, rechtfertigt nicht eine Pflicht zur Angabe von Gründen zu normieren.

- **§ 6 Abs 4**

Das im vorliegenden Entwurf vorgesehene Erfordernis, dass der Verschmelzungsplan auch die Bedingungen für die Barabfindungen enthalten muss, erschwert grenzüberschreitende Verschmelzungen. Solche Vorschriften sind in der Richtlinie auch nicht vorgesehen. In der Praxis ist die Aufstellung von Bedingungen für die Barabfindungen zeit- und kostenaufwendig. Da diese Regelung über das Ziel der Richtlinie, den Minderheitsgesellschaftern Schutz zu gewährleisten, hinausgeht, sollte sie entfallen.

5) § 7 - Verschmelzungsbericht

Mit dieser Vorschrift wird die Möglichkeit, auf den Verschmelzungsbericht der Leitungs- oder Verwaltungsorgane iSd § 220a AktG zu verzichten, ausgeschlossen. Gegen eine solche Regelung sprechen folgende Gründe:

- Erwägungsgrund 3 der Richtlinie sieht vor, dass zwecks Erleichterung der grenzüberschreitenden Verschmelzungen das nationale Recht weiter anwendbar sein sollte, wenn die Richtlinie keine anderen Bestimmungen vorsieht. In der Richtlinie ist kein Ausschluss der Möglichkeit, auf den Verschmelzungsbericht zu verzichten, zu finden. Weiters enthält § 5 Abs 2 EU-VerschG einen allgemeinen Verweis auf das nationale Recht. Sowohl § 232 Abs 2 AktG als auch § 100 Abs 1 erster Satz GmbHG regeln die Möglichkeit, auf den Verschmelzungsbericht zu verzichten, wenn sämtliche Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften schriftlich oder in der Niederschrift zur Hauptversammlung bzw. Generalversammlung einen solchen Verzicht abgeben. Es ist daher nicht einzusehen, warum der Entwurf für das EU-VerschG eine solche Verzichtsmöglichkeit nun ausschließt.
- Zweck der Richtlinie ist es, grenzüberschreitende Verschmelzungen zu erleichtern, was auch in den Erwägungsgründen 1, 2 und 3 explizit dargestellt wird. Wenn sämtliche Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften auf den Verschmelzungsbericht der Leitungs- oder Verwaltungsorgane verzichten, erleichtert dies die beabsichtigte grenzüberschreitende Verschmelzung aufgrund des wesentlich geringeren organisatorischen, zeitlichen und finanziellen Aufwandes in hohem Maße. Durch das Erfordernis der schriftlichen Zustimmung bleibt der Schutz der Aktionäre ausreichend gewahrt.

Der vorgesehene Ausschluss der Möglichkeit, auf den Verschmelzungsbericht zu verzichten, wird abgelehnt und sollte daher entfallen.

6) § 8 - Prüfung der Verschmelzung

- **§ 8 Abs 3**

Diese Bestimmung ordnet eine Prüfung der Angemessenheit der Bedingungen der Barabfindungen im Rahmen der Prüfung der Verschmelzung an. Diese Prüfung sollte entfallen.

Eine derartige Prüfung ist von der Richtlinie nicht vorgeschrieben. Durch die Notwendigkeit einer Prüfung wird der Verschmelzungsprozess erschwert. Die detaillierte Prüfung der Methoden, der Gründe und der Ergebnisse, wie sie in Ziffer 1-4 vorgeschrie-

ben ist, ist sowohl für die sich verschmelzenden Gesellschaften als auch für die Prüfer zeit- und kostenaufwendig.

Dem Schutz der Minderheitsgesellschafter wird durch die Bestimmung des § 11 Abs 2 EU-VerschG ohnehin ausreichend Rechnung getragen. (Gemäß § 11 Abs 2 EU-VerschG darf die Bescheinigung für die Verschmelzung erst dann ausgestellt werden, wenn die Barabfindungen der Gesellschafter ausreichend sichergestellt sind oder nachgewiesen wird, dass alle Gesellschafter auf die Barabfindung verzichtet haben.)

- **§ 8 Abs 4 und § 9 Abs 2 Z 3:**

Es sollte geklärt werden, was unter dem Begriff „gebundenes Kapital“ zu verstehen ist. (Vgl. § 224 UGB) In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, was dem „gebundenen Kapital“ im Ausland entspricht.

7) § 9 - Vorbereitung der Generalversammlung

- **§ 9 Abs 3**

Hierbei wären die Rechtsfolgen im Falle der Nichteinhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu klären.

- **§ 9 Abs. 4**

Diese Vorschrift sieht vor, dass auf die Einreichung des Verschmelzungsplans zum Firmenbuch und die Veröffentlichung des Hinweises nicht verzichtet werden kann. Wie bei § 7 EU-VerschG sprechen zwei Gründe dafür, dass diese Verzichtsmöglichkeit nicht ausgeschlossen werden sollte:

- Die Richtlinie sieht kein ausdrückliches Verbot einer Verzichtsmöglichkeit vor. Vielmehr sollen aufgrund des Erwägungsgrunds 3 der Richtlinie die Vorschriften des innerstaatlichen Rechts weiter Anwendung finden, um die grenzüberschreitende Verschmelzung zu erleichtern, wenn die Richtlinie nichts anderes bestimmt. Im § 5 Abs 2 EU-VerschG ist ein allgemeiner Verweis auf innerstaatliches Recht enthalten. § 232 Abs 2 AktG sieht ausdrücklich vor, dass ein derartiger Verzicht möglich ist, wenn sämtliche Gesellschafter aller beteiligten Gesellschaften schriftlich zugestimmt oder zur Niederschrift der Hauptversammlung einen Verzicht abgegeben haben. Aus diesen Gründen ist kein Grund ersichtlich, warum ein solcher Verzicht auf die Einreichung des Verschmelzungsplans zum Firmenbuch und die Veröffentlichung des Hinweises ausgeschlossen sein sollte.
- Der im Entwurf vorgesehene ausdrückliche Ausschluss einer Verzichtsmöglichkeit erschwert den Verschmelzungsprozess, was eine Zweckverfehlung iSd Richtlinie darstellt. Auch die Gläubiger werden in ihren Rechten nicht verletzt, wenn auf die angesprochene Einreichung und Veröffentlichung verzichtet wird. Der Gläubigerschutz wird durch § 14 Abs 2 EU-VerschG, wonach die Bescheinigung der Eintragung der Verschmelzung vom Gericht erst dann erfolgen darf, wenn allen Gläubigern eine angemessene Sicherheit für ihre Ansprüche auf Sicherheitsleistung geleistet wurde, ausreichend gewährleistet. Das gleiche gilt für die Inhaber von Schuldverschreibungen und Genussrechten.

Der Ausschluss der Verzichtsmöglichkeit in § 9 Abs 4 EU-VerschG sollte daher entfallen.

8) § 12 - gerichtliche Überprüfung der Barabfindung

Nach dem bisherigen Verschmelzungsrecht können Ansprüche sowohl der Gesellschafter, die mit dem Abfindungsbetrag nicht einverstanden waren, aber auch der Gläubiger in Österreich bei der übernehmenden Gesellschaft geltend gemacht werden.

Bei einer Verschmelzung mit einer ausländischen Gesellschaft, die ja in letzter Konsequenz zu einer Löschung der österreichischen Gesellschaft führt, ist das nicht möglich. Es ist ja ohne weiteres denkbar, dass etwa auch die österreichische Niederlassung in weiterer Folge aufgelassen wird.

Wenn nun etwa im § 12 ausdrücklich festgehalten ist, dass die Anfechtung des Verschmelzungsbeschlusses nicht darauf gestützt werden kann, dass die gesetzlichen Bestimmungen nicht eingehalten wurden oder die Barabfindung nicht angemessen zu bemessen ist oder beim Gläubigerschutz (§ 14) eine Sicherstellung nur dann verlangt werden kann, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass die Verschmelzung die Erfüllung seiner Forderungen gefährden würde, so ist das im normalen Verschmelzungsrecht völlig in Ordnung. Bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen sollte hier aber die Beweislast etwa für die Nichtgefährdung wohl beim übernehmenden Unternehmen liegen bzw. für beide Fälle entsprechende Sicherstellung festgeschrieben werden.

Es könnte natürlich auch sichergestellt werden, dass österreichisches Recht und österreichischer Gerichtsstand auch nach Verlegung des Standortes jedenfalls für diese Streitigkeiten zur Anwendung kommt, wobei in diesem Falle auch wesentlich wäre, dass die Exekutierbarkeit eines entsprechenden Urteils im dann anzuwendenden Recht möglich ist.

9) § 14 Gläubigerschutz und Schutz sonstiger Beteiligter

Diese Bestimmung soll gemäß den erläuternden Bemerkungen neben der Bestimmung des § 226 AktG bestehen bleiben. Dies ergibt sich jedoch nicht aus dem Gesetzestext und widerspricht dem Grundsatz, dass allgemeine Bestimmungen nur insoweit bestehen bleiben sollen, als derselbe Sachverhalt nicht durch eine *lex specialis* - in diesem Fall das EU-VerschG - anders geregelt wird. Dies ist in concreto der Fall.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob § 226 AktG bei einer „Hinausverschmelzung“ angewendet werden kann.

Die Frist, die den Gläubigern in § 14 gewährt wird (ein Monat), ist zu kurz und beginnt bereits ab Fassung des Verschmelzungsbeschlusses zu laufen, ohne das sichergestellt ist, dass der Gläubiger erfährt, dass ein solcher Beschluss überhaupt gefasst wurde.

Dies führt zu Lücken im Rechtsschutz. Da mit der Errichtung der hervorgehenden Gesellschaft die nationale Gesellschaft zu existieren aufhört (§ 5 Abs 3), wäre der Gläubiger vor vollendete Tatsachen gestellt, weil er den Schuldner beispielsweise im Ausland klagen müsste. Der

Rechtsschutz der Gläubiger sollte aber jedenfalls vor Wirksamwerden der Verschmelzung gewährleistet werden und eine Bedingung für die Durchführung der Verschmelzung darstellen.

Die Terminologie des Entwurfes ist zwar der des § 14 SEG sowie des § 8 SCEG nachgebildet. Dies ändert aber nichts an der vorgebrachten Kritik. Hierbei sollte auch geklärt werden, was zB „...für bis dahin entstehende Forderungen Sicherheit zu leisten,...“ bedeutet. Es stellt sich die Frage, auf welchen Zeitpunkt dabei abgestellt wird.

Die Wirtschaftskammer regt weiters an im EU-Verschmelzungsgesetz evtl. zusätzlich eine Regelung aufzunehmen, wonach einer aufnehmenden bzw. im Zuge einer Verschmelzung neu entstehenden Gesellschaft bisher bescheidmäßig zuerkannte Befugnisse und Verfahrenserleichterungen aus dem Zoll- und Außenwirtschaftsrecht erhalten bleiben bzw. auf diese übergehen sollten (z.B. der verliehene Status eines zugelassenen Wirtschaftsbeteiligten, eines ermächtigten Exporteurs oder Verfahrenserleichterungen zolltechnischer Art). Dadurch könnte ein Beitrag zur notwendigen Kontinuität der operativen Abläufe im Unternehmen geleistet und darin ein zusätzliches Element zur Erfüllung des genannten Ziels des Gesetzes der Vereinfachung von Verschmelzungen gesehen werden.



Dr. Christoph Leitl
Präsident

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Reinhold Mitterlehner
Generalsekretärstellvertreter