



KAMMER DER
WIRTSCHAFTSTREUHÄNDER

Unser Zeichen 448/11/KG

Sachbearbeiter Mag. Goldhahn/WS

Telefon +43 | 1 | 811 73-250

eMail goldhahn@kwt.or.at

Datum 07. März 2011

BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ
BMJ – Sektion I (Zivilrecht)
z.H. Herrn SC Hon.-Prof. Dr. Georg Kathrein
Museumstraße 7
1070 Wien

Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Aktiengesetz, das Spaltungsgesetz, das EU-Verschmelzungsgesetz, das GmbH-Gesetz, das SE-Gesetz und das Firmenbuchgesetz zur Vereinfachung von Verschmelzungen und Spaltungen geändert werden (Umgründungs-Vereinfachungsgesetz – UmVerG)
(GZ Z10.001/0004-I 3/2010)

Sehr geehrter Herr Dr. Kathrein,

die Kammer der Wirtschaftstreuhänder dankt für die Einladung zur Abgabe einer Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Aktiengesetz, das Spaltungsgesetz, das EU-Verschmelzungsgesetz, das GmbH-Gesetz, das SE-Gesetz und das Firmenbuchgesetz zur Vereinfachung von Verschmelzungen und Spaltungen geändert werden (Umgründungs-Vereinfachungsgesetz – UmVerG).

Stellungnahme

Zu Artikel 1 Änderung des Aktiengesetzes

Zu § 221a Abs 4 AktG (gleichermaßen zu § 7 Abs 3a SpaltG)

Es sollte klargestellt werden, dass der Halbjahresfinanzbericht nur dann an die Stelle der Zwischenbilanz tritt, falls das Wahlrecht, eine solche nicht aufzustellen, auch tatsächlich ausgeübt wird.

Textvorschlag 2. Satz: „Wird keine Zwischenbilanz aufgestellt, so tritt der Halbjahresfinanzbericht bei der Vorbereitung der Hauptversammlung an die Stelle der Zwischenbilanz.“

Zu § 223 Abs 2 und § 233 Abs 3 AktG

Diese gesetzliche Einführung einer Prüfungspflicht erscheint im Widerspruch mit dem Grundtenor des Entwurfes zum UmVerG, Umgründungsvorgänge weniger aufwendig zu gestalten und kostenmäßig zu entlasten. Auf der anderen Seite ist der Aspekt der Überprüfbarkeit durch das Firmenbuchgericht, ob im Zuge einer Verschmelzung dem Kapitalerhaltungsgrundsatz Rechnung getragen wurde, nachvollziehbar.

Zu § 232 Abs 1 AktG

Die vorgeschlagene Formulierung könnte dahingehend missverstanden werden, dass der Verschmelzungsbericht des Vorstands sowie die Verschmelzungsprüfung und die Prüfung und Berichterstattung des Aufsichtsrats nur bei der übertragenden Gesellschaft nicht erforderlich ist. Es sollte folglich klargestellt werden, dass sich – wie von Art 24 der Verschmelzungs-Richtlinie gefordert – die Befreiung von den genannten Prüfungen sowohl auf die übertragende als auch auf die übernehmende Gesellschaft bezieht.

Weiters sollte die Formulierung des letzten Satzes (Haftungsbefreiung) überdacht werden, da zum einen ein Verschmelzungsprüfer für die übertragende Gesellschaft gerade nicht bestellt ist (somit erscheint eine Haftungsbefreiung in Bezug auf den Verschmelzungsprüfer nicht notwendig) und zum anderen aufgrund der Anforderungen des ersten Satzes („alle Aktien“) eine Mehrzahl von Aktionären an der übertragenden Gesellschaft nicht existiert.

Textvorschlag: „Befinden sich alle Aktien einer übertragenden Gesellschaft in der Hand der übernehmenden Gesellschaft, so sind die Angaben über den Umtausch der Aktien (§ 220 Abs. 2 Z 3 und 4), die Verschmelzungsberichte der Vorstände (§§ 220a und 221a Abs. 2 Z 4), die Prüfung der Verschmelzung durch die Verschmelzungsprüfer (§§ 220b und 221a Abs. 2 Z 5) und die Prüfung sowie Berichterstattung durch die Aufsichtsräte (§§ 220c und 221a Abs. 2 Z 6) nicht erforderlich, soweit sie nur die Aufnahme dieser Gesellschaft betreffen. In Bezug auf eine solche Verschmelzung besteht keine Haftung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats der übertragenden Gesellschaft sowie des Verschmelzungsprüfers gegenüber den beiden Gesellschaften und ihren Aktionären.“

Zu § 232 Abs 3 AktG (gleichermaßen zu § 6 Abs 2 SpaltG und § 16a Abs 2 SpaltG)

Wir regen an, die neu eingeführte Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat genauer zu präzisieren (zB durch expliziten Verweis auf § 81), um eine faktische Pflicht zur vollinhaltlichen „Nachholung“ des (idR ebenfalls verzichteten) Vorstandsberichts gem § 220a AktG über den Umweg dieser Bestimmung auszuschließen.

Zu § 232 Abs 1 und 2 AktG (gleichermaßen zu § 6 Abs 2 SpaltG)

Die Möglichkeit auf die bisher verpflichtende Prüfung durch den Aufsichtsrat zu verzichten, ist zu begrüßen.

Zu Artikel 2 Änderung des Spaltungsgesetzes

Zu § 3 Abs 4 SpaltG

Im Zusammenhang mit der im Rahmen einer Spaltung erforderlichen Restvermögensprüfung schlagen wir vor, die Bestimmung insoweit zu ergänzen, als im Falle einer Down-Stream-Abspaltung von Vermögen in die 100% Tochter der abspaltenden Gesellschaft eine Restvermögensprüfung nicht erforderlich ist. Dies erscheint dadurch gerechtfertigt, dass bei Down-Stream-Abspaltungen in 100%-ige Tochtergesellschaften die abspaltende Gesellschaft mittelbar keine Vermögenseinbuße erleidet und sich ihr buchmäßiges Nettoaktivvermögen nicht reduziert. Dies deshalb, weil die zu übertragenden Vermögenswerte auf Ebene der abspaltenden Gesellschaft nicht verloren gehen, sondern in Form einer spaltungsbedingten Werterhöhung der Anteile an der Tochtergesellschaft mittelbar fortbestehen (lediglich buchmäßiger „Aktivtausch“ auf Ebene der spaltenden Gesellschaft). Folglich wäre eine Restvermögensprüfung in oa Szenario überflüssig und ein Restvermögensprüfer kann sich faktisch – ohne tatsächlich materielle Prüftätigkeiten durchzuführen – in seinem Bericht auf die Aussage beschränken, dass das Nettoaktivvermögen der abspaltenden Gesellschaft durch die Abspaltung unverändert bleibt. Aufgrund des mit einer Restvermögensprüfung in diesem speziellen Fall unnötigen Aufwandes sprechen im Einklang mit der Zielsetzung des UmVerfG gute Gründe für die Aufnahme einer diesbezüglichen Befreiung in § 3 (4) SpaltG.

Der obige Standpunkt (nämlich keine Restvermögensprüfung erforderlich) wurde bereits bisher über eine teleologische Reduktion der Norm aus § 3 (4) SpaltG abgeleitet.¹ In der administrativen Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass seitens der Firmenbuchgerichte – aufgrund der fehlenden expliziten gesetzlichen Regelung – oftmals einer Erleichterung nicht zugestimmt und ein Restvermögensprüfbericht eingefordert wurde.

¹ Vgl. *Huber* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, Umgründungen, Handelsspaltungen, ad § 32 Rz 91, FN 186 unter Verweis auf *Hügel*, „Aktuelle Probleme des Spaltungsrechts“, wbl, 2001, 387 (394f.).

Zu § 3 Abs 4

Zumindest in den Erläuterungen der Regierungsvorlage sollte entsprechend der hL klargestellt werden, dass bei der Spaltung zur Neugründung auf eine Gesellschaft mbH bei dieser nur die Kapitalaufbringung, nicht jedoch die Eröffnungsbilanz selbst zu prüfen ist (vgl. *Karollus*, RdW 2009/793, 823).

EB zu § 3 Abs 4

In den EB wird darauf hingewiesen, dass unter der neuen Regelung der „Gründungs- und der Sachprüfer“ ein und die selbe Person sein kann.

Um Unklarheiten hinsichtlich der Interpretation des gesetzlichen Begriffes des „Prüfers“ zu vermeiden, empfehlen wir, die EB insoweit zu ergänzen, als nicht bloß der „Gründungsprüfer“ als Spaltungsprüfer fungieren kann sondern auch der Abschlussprüfer welcher die Prüfung gemäß § 268 (1) UGB durchführt.

Zu § 7 Abs 3a SpaltG

Unter der Neuregelung wird unter bestimmten Voraussetzungen der Entfall der Verpflichtung einer Zwischenbilanz vorgesehen. In den EB wird dazu angemerkt, dass von einem generellen Verzicht auf die Erstellung einer Zwischenbilanz aus Gründen des Gläubigerschutzes abgesehen wird. In diesem Zusammenhang darf explizit auf die Kommentierung von *Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung*², § 7 SpaltG Rz 4 verwiesen werden.

Unseres Erachtens liegt der Hauptzweck der Zwischenbilanz in der zeitnahen Information der Aktionäre und nicht im Gläubigerschutz. Der Zweck des Gläubigerschutzes wird im Schrifttum vielmehr bloß als sekundär eingestuft.² Darüber hinaus wird der Informationsgehalt der Zwischenbilanz – da keine gesonderte Darstellung des abzuspaltenden und des zurückbleibenden Vermögens erfolgt – für die Gläubiger als sehr beschränkt eingestuft. Daher wird in den von den EB bisher zitierten Quellen vielmehr davon ausgegangen, dass auch im Rahmen von Spaltungsvorgängen in Analogie zum Verschmelzungsrecht hinsichtlich der Erstellung von Zwischenbilanzen vom Bestehen einer Verzichtsmöglichkeit auszugehen ist.³ Das in den EB wiedergegebene Verständnis lässt sich daher mit dem darin zitierten Schrifttum inhaltlich nicht abstimmen.

Auf Basis der im Schrifttum vorgebrachten Argumentation ist folglich vielmehr davon auszugehen, dass – analog zum Verschmelzungsrecht – hinsichtlich der Erstellung einer Zwischenbilanz durch die *übertragende Gesellschaft* eine Verzichtsmöglichkeit im SpaltG vorgesehen wird. Bezüglich der

² Vgl *Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung*², § 7 SpaltG Rz 78.

³ Vgl *Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung*², § 7 SpaltG Rz 80.

übernehmenden Gesellschaft ist nach wie vor davon auszugehen, dass auf Basis von § 17 Z 5 SpaltG Verschmelzungsrecht zur Anwendung gelangt und diesbezüglich eine Verzichtsmöglichkeit besteht.⁴

Zusammenfassend halten wir es für erstrebenswert und auch sachlich gerechtfertigt, sowohl für die übertragende als auch die übernehmende Gesellschaft eine Verzichtsmöglichkeit für die Zwischenbilanz einzuräumen.

Die KWT schlägt daher vor, dass generell von der Erstellung der Zwischenbilanz abgesehen werden kann, wenn sämtliche Gesellschafter aller beteiligten Gesellschaften darauf verzichten. Die Zwischenbilanz ist nicht offenzulegen bzw zu veröffentlichen, sodass eine Gläubigerschutzfunktion uE damit nicht verbunden ist. Folgender Textvorschlag im Anschluss an den neu vorgeschlagenen Text:

„Weiters muss die Zwischenbilanz (Abs. 2 Z 3) nicht aufgestellt werden, wenn sämtliche Gesellschafter aller beteiligten Gesellschaften schriftlich oder in einer Niederschrift zur Haupt- bzw. Generalversammlung darauf verzichten.“

Zu § 16a

Für die verhältnismäßige Spaltung zur Neugründung sieht § 16a SpaltG viele Erleichterungen vor. Hinsichtlich der Spaltung zur Aufnahme wird auf die §§ 2 bis 16 SpaltG verwiesen. Ist damit auch § 16a SpaltG erfasst? Dies sollte auf jeden Fall klargestellt werden, da in der Praxis die verhältnismäßige Spaltung zur Aufnahme überwiegt und auch hier die Erleichterungen gelten sollen.

Zu § 17

Die KWT regt an, eine neue Z 2a einzufügen, wodurch entsprechend der Rz 67 der Stellungnahme KFS/RL Nr 25 des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision der KWT klargestellt wird, dass bei der Spaltung zur Aufnahme keine Eröffnungsbilanz der übernehmenden Gesellschaft hinsichtlich des übernommenen Vermögens aufgestellt werden muss:

„2a. die übernehmende Gesellschaft hat keine Eröffnungsbilanz iSd § 2 Abs. 1 Z 12 aufzustellen.“

EB zu § 17 Z 3a

Siehe unsere Ausführungen zu EB zu § 3 Abs 4.

⁴ Vgl *Ka/ss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 7 SpaltG Rz 80 mwH.

Sonstige Anmerkungen:

Ziel des vorliegenden Gesetzesentwurfes ist die Reduzierung von Verwaltungskosten im Zusammenhang mit Umgründungen von Kapitalgesellschaften.

Nach Ansicht der KWT besteht – abseits von Verschmelzungen/Spaltungen – auch im Bereich von Arbeitsgemeinschaften eine Notwendigkeit, Verwaltungslasten für Unternehmen zu reduzieren. Gemäß § 8 Abs 3 UGB sind Arbeitsgemeinschaften (Gesellschaften bürgerlichen Rechts), die einen bestimmten Umsatz überschreiten, in offene Gesellschaften oder Kommanditgesellschaften umzuwandeln und im Firmenbuch einzutragen. Nach der herrschenden Lehre gilt dies nicht für reine Innengesellschaften. Allerdings ist für viele Arbeitsgemeinschaften, die die Schwellenwerte übersteigen, aber nur oder fast ausschließlich nur für die Gesellschafter tätig sind, nicht klar, ob eine Umwandlungspflicht besteht.

Zur Reduzierung von Verwaltungslasten sollte in § 8 Abs 3 UGB folgender Satz angefügt werden: *"(3) Betreiben mehrere Personen ein Unternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 1175ff ABGB), **das am Markt auftritt und nicht nur überwiegend für seine Gesellschafter tätig ist**, und überschreitet die Gesellschaft den Schwellenwert des § 189, so sind sie zur Eintragung der Gesellschaft als offene Gesellschaft oder als Kommanditgesellschaft verpflichtet."*

Im Übrigen wird auf die Stellungnahme des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision vom 16. Februar 2011, verfasst von Herrn Univ.-Prof. Dr. Christian Nowotny, verwiesen.

Wir ersuchen höflich, unsere Vorschläge bzw Anregungen zu berücksichtigen und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Karl Bruckner e.h.
(Vizepräsident und Vorsitzender
des Fachsenats für Steuerrecht)

Dr. Gerald Klement
(Kammerdirektor)

Referenten:

Dr. Herbert Greinecker
Dr. Martin Jann
Dr. Rudolf Krickl
Prof. Mag. Dr. Walter Schwarzinger
Mag. Gottfried Maria Sulz
MMag. Dr. Verena Trenkwalder LL.M.
Mag. DDr. Hans Zöchling

o. Univ.-Prof. Dr. Christian Nowotny

c/o Institut für Unternehmensrecht
Wirtschaftsuniversität Wien
Althanstraße 39-45
1090 Wien

An das
Bundesministerium für Justiz
z. Hd. Herrn Dr. Matthias Potyka

Wien, am 16. Februar 2011

Betrifft: **Entwurf für ein Umgründungs- Vereinfachungsgesetz**

Sehr geehrter Herr Doktor Potyka,

zu dem mir übermittelten, sehr sorgfältig ausgearbeiteten Entwurf habe ich nur folgende Anmerkungen:

- In § 13 Abs 5 AktG sollte nicht die sonst in Gesetzen kaum anzutreffende Bezeichnung „Homepage“ verwendet werden, sondern „Internetseite der Gesellschaft“.
- Zu Zwischenbilanz nach § 221a Abs 3 und 4 AktG: Nach meiner Auffassung würde es die Richtlinie auch erlauben, dass mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter auf eine Zwischenbilanz verzichtet werden kann, da diese nur den Zweck hat, die Gesellschafter zu informieren. Diese

Verzichtsmöglichkeit ist dann auch für die entsprechenden Bestimmungen im SpaltG und UmbG übernehmbar.

- Zu § 232 Abs 1 AktG: Die Bestimmung sollte auf indirekt gehaltene 100 %ige Tochtergesellschaften ausgeweitet werden. Sie könnte dann wie folgt lauten:

„Befinden sich alle Aktien einer übertragenden Hand direkt oder indirekt in der Hand der übernehmenden Gesellschaft, so sind die Angaben ...“

Dies wäre dann auch in § 17 Abs 1 Z 7 SpaltG idF des Entwurfes zu berücksichtigen.

- In § 232 Abs 1a AktG wird für die Wahrung der Frist auf den Tag abgestellt, an dem die Eintragung der Verschmelzung gemäß § 225a erfolgt. Der Zeitpunkt ist freilich völlig ungewiss und kann daher für die Berechnung einer Frist schwerlich herangezogen werden. Deswegen könnte auf die Anmeldung der Verschmelzung beim Firmenbuch der übertragenden Gesellschaft gemäß § 225 AktG abgestellt werden.
- In § 232 Abs 3 AktG wird auf eine „schriftliche oder mündliche“ Berichterstattung gegenüber dem Aufsichtsrat abgestellt. Ich empfehle den Einschub zu streichen, da dann jede Form der Berichterstattung (etwa auch eine gemischte) in Betracht kommt. Dies gilt dann auch für § 16a Abs 2 SpaltG.
- Unverändert soll gemäß § 227 Abs 1 AktG und § 15 Abs 2 SpaltG gelten, wonach zu Gunsten von Gläubigern der beteiligten Gesellschaften nur dann Sicherheit zu leisten ist, soweit diese nicht Befriedigung verlangen können. Meines Erachtens ist dies nicht sachgerecht, wenn man entsprechend der hL diese Bestimmung auf alle bereits fälligen Forderungen

ausdehnt (so etwa Kalss, Verschmelzung/Spaltung/Umwandlung² § 226 Rz 14). Denn diese Gläubiger sind genauso gefährdet wie die Gläubiger noch nicht fälliger Forderungen, da es uU lange Zeit dauern kann, bis ein vollstreckbarer Exekutionstitel vorliegt. Sachgerecht wäre es daher nur solche Gläubiger vom Sicherstellungsanspruch auszuschließen, die bereits über einen vollstreckbaren Titel verfügen.

Gerne stehe ich für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Ch. Nowotny