

## **Erläuterungen**

### **Allgemeiner Teil**

Die Richtlinie (EU) 2019/2121 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. Nr. L 321 vom 12.12.2019 S. 1 (CELEX-Nummer 32019L2121), war bis 31. Jänner 2023 im nationalen Recht umzusetzen. Diese Richtlinie wird im Folgenden als „Mobilitäts-Richtlinie“ bezeichnet; soweit der Ausdruck „die Richtlinie“ verwendet wird, ist damit die Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. Nr. L 169 vom 30.06.2017 S. 46, in ihrer geänderten Fassung gemeint. Als Titel für dieses Legislativvorhaben bietet sich – in Anlehnung an die Kurzbezeichnung der Richtlinie 2019/2121 – „Gesellschaftsrechtliches Mobilitätsgesetz (GesMobG)“ an.

Da sich das österreichische Umgründungsrecht prinzipiell bewährt hat, besteht kein Anlass, es im Rahmen der Umsetzung der Mobilitäts-Richtlinie grundlegend zu verändern. Daher sollen bei dieser Umsetzung – auch was die Ausübung von Mitgliedstaaten-Wahlrechten betrifft – die grundsätzlichen Entscheidungen des historischen Gesetzgebers im Bereich des Verschmelzungs- und Spaltungsrechts im Wesentlichen beibehalten werden. Auch die bislang nicht gesetzlich geregelte grenzüberschreitende Umwandlung – die in Österreich bisher meist als grenzüberschreitende Verlegung des Sitzungssitzes bezeichnet wurde – soll dementsprechend ausgestaltet werden. Eine wesentliche unionsrechtliche Neuerung stellt freilich die Missbrauchskontrolle dar, die künftig bei allen drei grenzüberschreitenden Umgründungsarten durch die zuständige Behörde des Wegzugsmitgliedstaats (in Österreich: durch das Firmenbuchgericht) durchzuführen ist.

Die bisherige Gesetzessystematik des österreichischen Umgründungsrecht soll daher nur soweit verändert werden, als dies zur Umsetzung der Mobilitäts-Richtlinie erforderlich ist. Daher soll das bisherige EU-Verschmelzungsgesetz (EU-VerschG) durch ein einheitliches „Bundesgesetz über grenzüberschreitende Umgründungen von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union (EU-Umgründungsgesetz – EU-UmgrG)“ ersetzt werden, das Regelungen für alle drei grenzüberschreitenden Umgründungsarten (Umwandlung, Verschmelzung und Spaltung) enthält.

Auch von Folgeanpassungen im innerstaatlichen Verschmelzungs-, Spaltungs- und Umwandlungsrecht soll bewusst Abstand genommen werden: Teilweise sieht das EU-UmgrG richtlinienbedingt strengere Voraussetzungen (z.B. längere Fristen) vor; hier hätte eine Angleichung eine – weder unionsrechtlich gebotene noch rechtspolitisch erwünschte – Erschwerung innerstaatlicher Umgründungen zur Folge. Zu bisweilen abweichenden Formulierungen im EU-UmgrG ist anzumerken, dass auch schon im geltenden Umgründungsrecht einige parallele Bestimmungen nicht gleichlautend sind, womit die Praxis aber umzugehen gelernt hat. Durch punktuelle Eingriffe in das bisherige System könnten an sich bereits geklärte dogmatische Fragen neuerlich virulent werden. Es erscheint daher vorzugswürdig, die neuen Regelungen des EU-UmgrG nicht explizit in das AktG, das GmbHG, das SpaltG und das UmwG zu übernehmen. Aus der unterbliebenen Angleichung ist somit nicht der Schluss zu ziehen, dass der Gesetzgeber durch unterschiedliche Formulierungen der gesetzlichen Regelungen bewusst abweichende Auslegungsergebnisse herbeiführen wollte. Dies ist insbesondere dort nicht der Fall, wo eine im EU-UmgrG neu formulierte Bestimmung in den Erläuterungen mit der herrschenden Meinung zu einer bestehenden Regelung begründet wird.

Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung der vorgeschlagenen Neuregelungen gründet sich auf die Kompetenztatbestände Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens (Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG), Börse- und Bankwesen (Art. 10 Abs. 1 Z 5 B-VG) sowie Bundesabgaben (§ 7 Abs. 1 F-VG).

## Besonderer Teil

### Zu Art. 1 (EU-UmgrG)

#### Zu §§ 1 und 2:

In Anlehnung an den bisherigen § 1 EU-VerschG, aber in zwei separaten Paragraphen werden hier der Zweck dieses Bundesgesetzes sowie die Begriffsbestimmungen geregelt.

In § 2 Z 1 wird der Begriff der „Kapitalgesellschaft“ definiert, wie er durch Art. 86b Z 1, Art. 119 Z 1 lit. a und Art. 160b Z 1 der Richtlinie vorgegeben wird. Art. 119 Z 1 lit. b wird hingegen in § 27 Z 2 umgesetzt, weil diese Ergänzung der Definition nur die grenzüberschreitende Verschmelzung betrifft.

Während die Definitionen in § 2 Z 1 und 2 generell formuliert sind, orientieren sich die Z 3 bis 6 am geltenden österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht, weil von diesem Gesetz in erster Linie inländische Gesellschaften angesprochen sind. Soweit dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, ist der jeweilige Begriff der Richtlinie entsprechend auszulegen. Dies wird auch durch den Wortlaut der Definitionen ermöglicht, weil der jeweilige Begriff die konkret angeführten österreichischen Ausprägungen „umfasst“, aber nicht darauf beschränkt ist (vgl. etwa den in Z 6 definierten Begriff „Anteile“, der sich auch auf Aktien etc. nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats beziehen kann).

Die Begriffswahl orientiert sich teilweise an der österreichischen aktienrechtlichen Terminologie (z.B. „Vorstand“, „Satzung“); teilweise werden die in der Richtlinie verwendeten Begriffe (z.B. „Gesellschafter“, „Gesellschafterversammlung“) übernommen.

#### Zu § 3:

Die für alle drei Arten von grenzüberschreitenden Umgründungen geltende Bestimmung dient der Umsetzung von Art. 86a Abs. 2 bis 4, Art. 120 Abs. 3 bis 5 sowie Art. 160a Abs. 3 bis 5 der Richtlinie.

Bei den Ausschlussgründen nach Z 1 bis 3 handelt es sich um zwingende unionsrechtliche Vorgaben, wobei in Z 3 der durch die Verordnung (EU) 2021/23 über einen Rahmen für die Sanierung und Abwicklung zentraler Gegenparteien nochmals geänderte Wortlaut von Art. 86a Abs. 3 lit. b, Art. 120 Abs. 4 lit. b und Art. 160a Abs. 4 lit. b zu berücksichtigen ist.

Durch Z 4 soll vom Mitgliedstaaten-Wahlrecht nach Art. 86a Abs. 4, Art. 120 Abs. 5 und Art. 160a Abs. 5, insolventen Gesellschaften eine grenzüberschreitende Umgründung zu verbieten, im Einklang mit der bisherigen Rechtslage bei innerstaatlichen Verschmelzungen (vgl. näher dazu *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 219 AktG Rz 14 mwN.) teilweise Gebrauch gemacht werden. Es sollen daher nur solche Gesellschaften keine grenzüberschreitende Umgründung vornehmen dürfen, über deren Vermögen rechtskräftig ein Konkursverfahren eröffnet wurde. Dem Konkurs gleichzuhalten ist ein rechtskräftiger Beschluss, mit dem das Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet oder aufgehoben wird (vgl. dazu §§ 71b und 123a IO). Handelt es sich hingegen um ein Sanierungsverfahren (mit oder ohne Eigenverwaltung), ist eine grenzüberschreitende Umgründungsmaßnahme trotz Insolvenz grundsätzlich zulässig.

#### Zu § 4:

Hier wird in sprachlicher und inhaltlicher Anlehnung an § 2 EU-VerschG die gerichtliche Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Umgründungen geregelt. Diese Zuständigkeit umfasst auch die Ausstellung der Vorabbescheinigung nach Art. 86m Abs. 1, Art. 127 Abs. 1 und Art. 160m Abs. 1, wozu sich in § 21 Abs. 6 bis 11 (iVm. § 42 Abs. 3 bzw. § 62 Abs. 3) noch nähere Bestimmungen finden.

#### Zu § 5:

In dieser Bestimmung wird analog zu § 3 Abs. 5 SpaltG die Haftung der Vorstandsmitglieder und allenfalls der Aufsichtsratsmitglieder geregelt. Der im SpaltG formell noch enthaltene Verweis auf § 225c Abs. 3 Z 2 AktG hat dabei zu entfallen, weil diese Bestimmung vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben wurde.

#### Zu § 6:

Der Richtlinienvorgabe der Art. 86t, 134 und 160u, wonach eine bereits wirksam gewordene grenzüberschreitende Umwandlung, Verschmelzung oder Spaltung nicht mehr für nichtig erklärt werden kann, soll durch eine einheitliche Regelung für alle drei Umgründungsarten entsprochen werden, deren Formulierung an § 230 Abs. 2 AktG und § 14 Abs. 3 SpaltG angelehnt ist.

#### Zu §§ 7 und 9:

Die Bestimmungen dienen der systematischen Gliederung des Gesetzes.

**Zu § 8:**

Durch die Definition der grenzüberschreitenden Umwandlung in Z 1 wird zunächst Art. 86a Abs. 1 der Richtlinie umgesetzt. Wenn dort davon die Rede ist, dass die Gesellschaft nach dem Recht des Wegzugsmitgliedstaats „gegründet“ wurde, wird damit auf den praktisch häufigsten Fall Bezug genommen. Eine grenzüberschreitende Umwandlung ist aber freilich auch dann möglich, wenn es in der betreffenden Gesellschaft bereits zu einem Wechsel des anwendbaren Rechts gekommen ist (z.B. eine in Frankreich gegründete SARL hat sich zunächst grenzüberschreitend in eine italienische SRL umgewandelt und plant in weiterer Folge eine grenzüberschreitende Umwandlung in eine österreichische GmbH). In Z 1 wird daher neben der Gründung im Wegzugsstaat auch der allgemeinere Fall erwähnt, dass die Gesellschaft dessen Recht „unterliegt“.

Z 1 dient außerdem der Umsetzung von Teilen des Art. 86b der Richtlinie. Dass eine grenzüberschreitende Umwandlung „ohne Auflösung, Abwicklung oder Liquidation“ der Gesellschaft erfolgen kann, muss dabei nicht eigens normiert werden, sondern ergibt sich aus den weiteren Regelungen für diesen Vorgang.

Neben dem Begriff der grenzüberschreitenden Umwandlung werden in Z 2 und 3 auch die „Hinaus-Umwandlung“ und die „Herein-Umwandlung“ definiert, um in weiterer Folge in separaten Abschnitten auf diese beiden Umwandlungsfälle Bezug nehmen zu können. Dieselbe Systematik kommt grundsätzlich auch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung und bei der grenzüberschreitenden Spaltung zur Anwendung. Wenn in der Richtlinie von der „dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegenden Kapitalgesellschaft“ die Rede ist, so ist damit das Gesellschaftsrecht dieses Staates gemeint; das wird in Z 2 und 3 auch explizit klargestellt.

**Zu § 10:**

Mit dieser Bestimmung wird Art. 86d der Richtlinie umgesetzt; die vergleichbare Regelung im geltenden österreichischen Recht findet sich in § 5 EU-VerschG über den Verschmelzungsplan. Nicht übernommen wird dabei die bisherige Formvorschrift des § 5 Abs. 5 EU-VerschG (notarielle Beurkundung); siehe näher dazu die Erläuterungen zu § 34 Abs. 4. Es reicht daher aus, wenn der Umwandlungsplan schriftlich erstellt wird.

Zu Abs. 1:

Zu Z 1 und 2: Dass mit dem „Sitz“ stets der „satzungsmäßige Sitz“ gemeint ist, ergibt sich im Unionsrecht aus Art. 4 lit. a der Richtlinie und im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht aus § 17 Z 1 AktG sowie aus § 4 Abs. 1 Z 1 GmbHG.

Zu Z 3: Obwohl im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht die Satzung einer AG bzw. der Gesellschaftsvertrag einer GmbH selbst den „Errichtungsakt“ darstellen, wird der insofern differenzierende Wortlaut der Richtlinie (vgl. Art. 86d lit. c) vollständig übernommen, weil es insofern um die Rechtslage im Zuzugsmitgliedstaat geht.

Zu Z 6: Die Gesellschaft hat die Möglichkeit, Gläubigern schon im Umwandlungsplan bestimmte Sicherheiten anzubieten. Die Rechte der Gläubiger nach § 20 bestehen freilich unabhängig von einem solchen Angebot.

Zu Z 7: Die Bezugnahme auf den „Vorstand“ ist ausreichend, weil dieser Begriff in § 2 Z 3 entsprechend der österreichischen Rechtslage definiert wurde und es sich in diesem Stadium noch um das Organ der österreichischen Gesellschaft handelt. Von der gewählten Formulierung wird daher das gesamte Spektrum des Art. 86d lit. g der Richtlinie („Verwaltungs-, Leitungs-, Aufsichts- oder Kontrollorgane der Gesellschaft“) vollständig abgedeckt.

Zu Z 8: Die Angabe, „ob die Gesellschaft in den letzten fünf Jahren im Wegzugsmitgliedstaat irgendwelche Förderungen oder Beihilfen erhalten hat“, wird von der Richtlinie ausschließlich bei der grenzüberschreitenden Umwandlung verlangt (vgl. Art. 86d lit. h). Falls es keine derartigen Förderungen oder Beihilfen gab, reicht diesbezüglich eine negative Aussage; falls solche Unterstützungsleistungen bezogen wurden, müssen diese auch näher spezifiziert werden.

Zu Z 10: Die eher vage Formulierung des Art. 86d lit. j („die voraussichtlichen Auswirkungen der grenzüberschreitenden Umwandlung auf die Beschäftigung“) soll nach dem Vorbild des § 5 Abs. 2 Z 4 EU-VerschG dahingehend konkretisiert werden, dass insbesondere die Auswirkungen auf die in der Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer, die Beschäftigungslage und die Beschäftigungsbedingungen anzugeben sind.

Zu Z 11: Damit sind die im VIII. Teil des ArbVG geregelten Verfahren über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umgründungen – bei der grenzüberschreitenden Umwandlung konkret die §§ 263 ff. ArbVG – gemeint.

Zu Abs. 2:

In Anlehnung an § 220 Abs. 3 AktG und § 2 Abs. 2 SpaltG wird hier das Erfordernis der Aufstellung einer Schlussbilanz vorgesehen. In der Umgründungspraxis handelt es sich dabei freilich zumeist um die letzte reguläre Jahresbilanz, weil die Frist von neun Monaten eingehalten wird. Diese Frist muss sich bei der grenzüberschreitenden Hinaus-Umwandlung allerdings auf die Anmeldung der beabsichtigten Umwandlung beziehen (vgl. näher dazu § 21).

#### **Zu § 11:**

Hier werden die Abs. 1 bis 5, 8 und 9 von Art. 86e der Richtlinie umgesetzt; zu Art. 86e Abs. 6, 7 und 10 vgl. § 14.

Aus dem Wortlaut der Richtlinie, wonach der Umwandlungsbericht „auch“ einen Abschnitt für die Gesellschafter und einen Abschnitt für die Arbeitnehmer zu enthalten hat (vgl. Art. 86e Abs. 2), lässt sich der Schluss ziehen, dass es auch einen allgemeinen Abschnitt geben muss, der insbesondere die in Abs. 1 geforderten Informationen enthält. Dies soll in Abs. 2 deutlicher als in der Richtlinie zum Ausdruck gebracht werden, wobei sich die Gesellschaft – also konkret der Vorstand als Verfasser des Berichts – entscheiden kann, ob es einen einheitlichen Umwandlungsbericht mit allen drei Abschnitten oder separate Umwandlungsberichte für Gesellschafter und Arbeitnehmer geben soll, die jeweils den allgemeinen Abschnitt und den zielgruppenspezifischen Abschnitt enthalten (vgl. auch die ähnliche Umsetzung in Deutschland in § 309 Abs. 2 und 3 dUmwG).

Die in Abs. 4 Z 1 vorgesehene Verzichtsmöglichkeit der Gesellschafter auf ihren Abschnitt des Umwandlungsberichts ergibt sich unmittelbar aus der Richtlinie (vgl. Art. 86e Abs. 4). Da ein solcher Verzicht nach geltendem österreichischen Umgründungsrecht schriftlich oder in der Niederschrift zur Haupt- bzw. Generalversammlung zu erfolgen hat (vgl. § 232 Abs. 2 AktG und § 4 Abs. 2 SpaltG), soll dieses Formerfordernis auch bei der grenzüberschreitenden Umwandlung bestehen.

Außerdem räumt die Richtlinie nach ihrem Wortlaut den Mitgliedstaaten scheinbar ein Wahlrecht ein, Einpersonen-Gesellschaften generell von der Verpflichtung zur Erstellung eines Umwandlungsberichts auszunehmen (vgl. Art. 86e Abs. 4 Satz 2: „Die Mitgliedstaaten können Gesellschaften mit einem einzigen Gesellschafter von den Bestimmungen dieses Artikels ausnehmen.“) Nach dem klaren Sinn und Zweck der Vorschrift kann sich die Befreiungsmöglichkeit allerdings nur auf den Abschnitt für die Gesellschafter – und nicht auch auf den Abschnitt für die Arbeitnehmer – beziehen. Unter Zugrundelegung dieses Verständnisses wird vorgeschlagen, vom Wahlrecht Gebrauch zu machen.

In Abs. 5 wird der Inhalt des Abschnitts für die Arbeitnehmer geregelt; in Abs. 6 dessen Entbehrlichkeit in Gesellschaften, in denen und in deren Tochtergesellschaften es abgesehen von den Vorstandsmitgliedern keine Arbeitnehmer gibt.

In Fällen, in denen weder ein Abschnitt für die Gesellschafter noch ein Abschnitt für die Arbeitnehmer erstellt werden muss (z.B. in einer Einpersonen-Gesellschaft ohne Arbeitnehmer), besteht nach der erkennbaren Intention der Richtlinie überhaupt kein Erfordernis zur Erstellung eines Umwandlungsberichts (vgl. Art. 86e Abs. 9: „ist ein Bericht nicht erforderlich“); es gibt dann also auch keinen allgemeinen Abschnitt. Diese Konsequenz soll in Abs. 7 noch deutlicher zum Ausdruck gebracht werden („kann die Erstellung des Umwandlungsberichts gänzlich unterbleiben“).

#### **Zu § 12:**

Die Bestimmung dient der Umsetzung der Art. 86f und 86s der Richtlinie, wobei die Prüfung durch einen unabhängigen Sachverständigen analog zum geltenden österreichischen Umgründungsrecht als Umwandlungsprüfung bezeichnet werden soll (vgl. Abs. 1).

In Abs. 2 wird – in enger Anlehnung an den Wortlaut des Art. 86f – der Inhalt des Berichts des Umwandlungsprüfers geregelt.

Hinsichtlich der Bestellung, der Auswahl, des Auskunftsrechts und der Verantwortlichkeit des Umwandlungsprüfers wird in Abs. 3 auf § 5 Abs. 2 und 3 SpaltG verwiesen, wo wiederum zentrale Regelungen des UGB zur Abschlussprüfung für anwendbar erklärt werden. Das bedeutet im Wesentlichen, dass der Aufsichtsrat, in Ermangelung eines solchen der Vorstand der Gesellschaft nur einen Wirtschaftsprüfer oder eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zum Umwandlungsprüfer bestellen kann, der die strengen Unabhängigkeitskriterien für Abschlussprüfer erfüllt. Durch den Verweis auf § 272 UGB kommt dem Umwandlungsprüfer auch das von der Richtlinie verlangte umfassende Einsichts- und Auskunftsrecht gegenüber der Gesellschaft zu. Aus dem ebenfalls sinngemäß anzuwendenden § 275 UGB kann sich die von Art. 86s Abs. 1 verlangte zivilrechtliche Haftung des Umwandlungsprüfers ergeben.

Neben der jedenfalls vorzusehenden Möglichkeit eines Verzichts aller Gesellschafter soll in Abs. 4 auch in Bezug auf die Umwandlungsprüfung vom Mitgliedstaaten-Wahlrecht Gebrauch gemacht werden, Einpersonen-Gesellschaften von dieser Verpflichtung auszunehmen.

#### **Zu § 13:**

In Gesellschaften, in denen ein Aufsichtsrat eingerichtet ist, soll dieser zur Prüfung der beabsichtigten grenzüberschreitenden Umwandlung und zur Erstattung eines schriftlichen Berichts verpflichtet sein, wie dies bereits nach geltendem Recht in § 220c AktG und § 6 SpaltG für innerstaatliche Verschmelzungen und Spaltungen und kraft Verweises in § 3 Abs. 2 EU-VerschG für grenzüberschreitende Verschmelzungen vorgesehen ist. Der Bericht des Aufsichtsrats ist in der Richtlinie zwar nicht explizit geregelt, aber nach Erwägungsgrund 17 als zusätzliche Vorschrift zum Schutz der Gesellschafter zulässig.

Die bei Verschmelzungen und Spaltungen bestehende Verzichtsmöglichkeit der Gesellschafter auf die Prüfung durch den Aufsichtsrat soll auch bei der grenzüberschreitenden Umwandlung vorgesehen werden. Außerdem soll diese Prüfung – analog zu § 11 Abs. 4 und § 12 Abs. 4 – in Einpersonen-Gesellschaften stets entbehrlich sein.

Unterbleibt demnach eine Prüfung durch den Aufsichtsrat, muss der Vorstand den Aufsichtsrat über die geplante grenzüberschreitende Umwandlung dennoch informieren. Da die voraussichtlichen Auswirkungen auf die Arbeitnehmer bereits im Umwandlungsbericht des Vorstands darzustellen sind, erübrigt sich eine Übernahme des besonderen Informationsrechts nach § 232 Abs. 3 Satz 2 AktG und § 6 Abs. 2 Satz 3 SpaltG gegenüber Aufsichtsräten, denen gemäß § 110 ArbVG entsandte Mitglieder angehören.

#### **Zu § 14:**

Die Richtlinie sieht für grenzüberschreitende Umgründungen einen zeitlichen Ablauf vor, der sich vom geltenden österreichischen Recht deutlich unterscheidet: So müssen der Verschmelzungsplan und der Verschmelzungsbericht den Gesellschaftern und den Arbeitnehmervertretern bereits sechs Wochen vor dem Tag der Beschlussfassung über die Umgründungsmaßnahme zugänglich gemacht werden (vgl. Art. 86e Abs. 6, Art. 124 Abs. 6 und Art. 160e Abs. 6). Zusätzlich wird verlangt, dass dieses Zugänglichmachen „in jedem Fall in elektronischer Form“ erfolgen muss.

Es ist daher notwendig, die bestehenden Regelungen über die Vorbereitung der Beschlussfassung (vgl. § 221a AktG, § 7 SpaltG und § 8 EU-VerschG) an diese Vorgaben anzupassen. Soweit dies möglich ist, soll das geltende Recht inhaltlich jedoch beibehalten werden; dies betrifft vor allem die weiteren Unterlagen, die den Gesellschaftern und der Arbeitnehmervertretung zur Verfügung zu stellen sind (insb. die letzten drei Jahresabschlüsse und u.U. eine gesonderte Schlussbilanz sowie eine Zwischenbilanz). Dass dies unionsrechtlich zulässig ist, ergibt sich eindeutig aus Erwägungsgrund 17, demzufolge die Mitgliedstaaten zusätzliche Vorschriften über den Schutz von Gesellschaftern beibehalten oder einführen können. Es wäre sachlich auch nicht zu rechtfertigen, bei grenzüberschreitenden Umgründungsmaßnahmen hinter den innerstaatlichen Schutzstandards zurückzubleiben.

Die „Information der Gesellschafter und der Arbeitnehmervertretung“ soll daher Gegenstand einer – an § 221a AktG etc. angelehnten, aber neu formulierten – Bestimmung sein, während die Informationsmöglichkeiten der Gläubiger (vgl. dazu insb. § 8 Abs. 3 EU-VerschG) im Zusammenhang mit der Offenlegung geregelt werden (vgl. dazu § 15).

Gemäß Abs. 1 hat die Einberufung der Gesellschafterversammlung – die grundsätzlich den allgemeinen Bestimmungen für die jeweilige Rechtsform unterliegt – bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung bereits sechs Wochen vor dem Tag dieser Versammlung zu erfolgen. In der Einberufung ist den Gesellschaften auch konkret mitzuteilen, wie und wann sie die Unterlagen nach Abs. 2 erhalten können.

Die Art und Weise des Zugänglichmachens ist für die AG sowie die SE in Abs. 2 und für die GmbH in Abs. 5 geregelt. Während die Unterlagen nach dem AktG stets auch in elektronischer Form verfügbar sind (über die Gesellschaftswebsite oder mit elektronischer Post, vgl. § 108 Abs. 3 bis 5 AktG), wird diese Möglichkeit für die GmbH in Abs. 5 ausdrücklich geregelt.

Die erforderlichen Unterlagen werden – in Anlehnung an § 221a Abs. 2 AktG und § 7 Abs. 2 SpaltG – in Abs. 2 Z 1 bis 6 aufgezählt. Die Frist von sechs Wochen vor der Gesellschafterversammlung ist nach Art. 86e Abs. 6 der Richtlinie scheinbar nur für den Umwandlungsbericht zwingend vorgesehen, während es beim Umwandlungsplan davon abhängen soll, ob dieser (bereits) „verfügbar“ ist. Da die Erstellung eines Umwandlungsberichts jedoch nur auf der Grundlage eines bereits vorliegenden Umwandlungsplans möglich ist, soll die sechswöchige Frist für beide Unterlagen normiert werden. In Bezug auf den Umwandlungsbericht ist gemäß Abs. 2 Z 4 auch ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Arbeitnehmervertretung dazu noch eine Stellungnahme abgeben kann (vgl. näher dazu Abs. 8), um die Gesellschafter möglichst frühzeitig und umfassend zu informieren.

Die Frist von sechs Wochen vor der Gesellschafterversammlung soll außerdem für die letzten drei Jahresabschlüsse (Abs. 2 Z 2) sowie gegebenenfalls für die Zwischenbilanz (Abs. 2 Z 3) gelten. Für den Bericht des Umwandlungsprüfers (Abs. 2 Z 5) reicht es gemäß Art. 86f Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie hingegen aus, wenn er den Gesellschaftern spätestens einen Monat vor der Beschlussfassung zugänglich gemacht wird. Auch für den Bericht des Aufsichtsrats (Abs. 2 Z 6) scheint diese Frist angemessen.

Durch den letzten Satz des Abs. 2 wird den Aktionären einer AG oder SE die Möglichkeit eingeräumt, auf die Bereitstellung der in Z 1 bis 6 aufgezählten Unterlagen zu verzichten. Eine solche Verzichtsmöglichkeit ist in der Richtlinie zwar nicht explizit geregelt; ihre unionsrechtliche Zulässigkeit folgt aber aus dem Umstand, dass bereits auf die Erstellung des Umwandlungsberichts (für die Gesellschafter) sowie des Berichts des Umwandlungsprüfers verzichtet werden kann. Der Umwandlungsplan muss zwar jedenfalls erstellt werden; eine Verpflichtung zum Zugänglichmachen an die Gesellschafter ist jedoch nur gemeinsam mit dem – wie erwähnt verzichtbaren – Umwandlungsbericht vorgesehen (vgl. Art. 86e Abs. 6 der Richtlinie).

Ein einvernehmlicher Verzicht auf die Übersendung oder das elektronische Zugänglichmachen der Unterlagen ist auch durch die Gesellschafter einer GmbH möglich, weil die in Abs. 5 angeordnete sinngemäße Anwendbarkeit des Abs. 2 auch dessen letzten Satz umfasst.

Abs. 6, der eine Auflage der Unterlagen in der Gesellschafterversammlung und eine Erläuterungspflicht des Vorstands vorsieht, entspricht dem geltenden § 221a Abs. 5 AktG und den Parallelbestimmungen im SpaltG und im EU-VerschG.

In Abs. 7 wird das – von einem allfälligen Verzicht der Gesellschafter nach Abs. 2 letzter Satz völlig unabhängige – Informationsrecht des zuständigen Organs der Arbeitnehmervertretung (vgl. näher dazu § 113 ArbVG) oder der Arbeitnehmer selbst geregelt, das sich nach Art. 86e Abs. 6 der Richtlinie jedenfalls auf den Umwandlungsplan und den Umwandlungsbericht erstreckt. Außerdem soll die Arbeitnehmervertretung im Einklang mit dem geltenden Recht auch die Jahresabschlüsse und gegebenenfalls die Zwischenbilanz erhalten.

Durch Abs. 8 wird Art. 86e Abs. 7 umgesetzt. Die demnach im nationalen Recht festzulegende Frist für eine Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung soll vier Wochen betragen, damit im Anschluss auch noch ausreichend Zeit für die Kenntnisnahme durch die Gesellschafter besteht. Eine unverzügliche Verurteilung der Gesellschafter von einer Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung ist nach dem letzten Halbsatz auch dann geboten, wenn die Gesellschafter grundsätzlich auf die Bereitstellung der Unterlagen nach Abs. 2 verzichtet haben.

#### **Zu § 15:**

Das Offenlegungsregime der Richtlinie für den Plan für eine grenzüberschreitende Umwandlung (Art. 86g), Verschmelzung (Art. 123) oder Spaltung (Art. 160g) unterscheidet sich vor allem dadurch grundlegend von den entsprechenden unionsrechtlichen Vorschriften für innerstaatliche Verschmelzungen (vgl. Art. 92) und Spaltungen (vgl. Art. 138), dass bestimmte Unterlagen bzw. Informationen zwingend im „Register“ – in Österreich also im Firmenbuch – öffentlich zugänglich gemacht werden müssen (vgl. z.B. Art. 86g Abs. 1 und 3). Dies ist erforderlich, damit die betreffenden Informationen für die Öffentlichkeit auch über das Business Registers Interconnection System (BRIS) im Europäischen Justizportal abrufbar sind, was überdies kostenlos möglich sein muss (vgl. Art. 86g Abs. 6 Unterabs. 1). Eine zusätzliche Veröffentlichung in einem Amtsblatt oder über eine zentrale elektronische Plattform – in Österreich also in der Wiener Zeitung oder in der Ediktsdatei – kann nach Art. 86g Abs. 5 zwar verlangt werden; allerdings muss dann das Register die Informationen an das Amtsblatt bzw. die zentrale elektronische Plattform weiterleiten. Außerdem dürfen die Gebühren für die vorgeschriebenen Veröffentlichungen maximal kostendeckend sein (vgl. Art. 86g Abs. 6 Unterabs. 2).

Um sowohl diesen unionsrechtlichen Vorgaben als auch den bisherigen nationalen Publizitätsstandards bei Umgründungen zu entsprechen, wird eine Kombination einer Urkundeneinreichung zum Firmenbuch (vgl. Abs. 1) mit einer amtswegigen Firmenbucheintragung, einer Aufnahme in die Urkundensammlung und der Anordnung einer kostenlosen Abrufbarkeit (vgl. Abs. 2) vorgeschlagen. Durch die amtswegige Eintragung kommt es gemäß § 10 Abs. 1 UGB auch zu einer Veröffentlichung des Eintragungsinhalts in der Ediktsdatei sowie in der Wiener Zeitung, die in Österreich die geläufigen Informationsmedien für die Öffentlichkeit darstellen. Dass nur der Inhalt der Firmenbucheintragung (Umstand und Datum der Einreichung) – und nicht der Umwandlungsplan sowie die Mitteilung nach Abs. 1 Z 2 selbst – in der Ediktsdatei und der Wiener Zeitung veröffentlicht werden, stellt eine zulässige teilweise Ausübung des Mitgliedstaaten-Wahlrechts nach Art. 86g Abs. 5 dar.

Die von der Gesellschaft für die Offenlegung zu tragenden Kosten beschränken sich auf die Eingabengebühr im Firmenbuchverfahren (derzeit 100 Euro bei einer AG oder SE und 36 Euro bei einer

GmbH) sowie die Veröffentlichungskosten in der Wiener Zeitung (ca. 50 Euro) und entsprechen daher der Vorgabe des Art. 86g Abs. 6 Unterabs. 2.

Das Wahlrecht nach Art. 86g Abs. 1 Unterabs. 2 soll nicht ausgeübt werden, weil der Bericht des unabhängigen Sachverständigen ausschließlich für die Gesellschafter erstellt wird und daher nur ihnen zugänglich gemacht werden muss (vgl. dazu § 12 Abs. 1). Auch nach der bisherigen österreichischen Rechtslage war eine Offenlegung des Prüfungsberichts nicht erforderlich.

Vom Wahlrecht nach Art. 86g Abs. 2 soll ebenfalls kein Gebrauch gemacht werden, weil sich die Gesellschaften auch durch ein Zugänglichmachen der Unterlagen auf ihrer eigenen Website die Einreichung bestimmter Informationen bei Gericht nicht ersparen würden.

Abs. 3 regelt das Informationsrecht der Gläubiger, das wie nach geltendem Recht (vgl. § 8 Abs. 3 EU-VerschG und § 7 Abs. 5 SpaltG) ein entsprechendes „Verlangen“ voraussetzt.

#### **Zu § 16:**

Hier wird – in sprachlicher und inhaltlicher Anlehnung an § 221 AktG sowie § 98 GmbHG – Art. 86h Abs. 1 bis 4 der Richtlinie umgesetzt.

Durch die Anordnung der sinngemäßen Anwendbarkeit des § 147 AktG („Begründung von Nebenverpflichtungen“) in Abs. 2 Z 3 und Abs. 3 Z 2 wird sowohl für die AG und die SE als auch für die GmbH vom Wahlrecht nach § 86h Abs. 4 der Richtlinie Gebrauch gemacht. Außerdem soll bei allen drei genannten Rechtsformen § 99 GmbH („Besondere Zustimmungserfordernisse“) sinngemäß anzuwenden sein, wie dies in Bezug auf die Verschmelzung einer AG schon derzeit vertreten wird (vgl. näher dazu *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 99 GmbHG Rz 1).

Während sich die Notwendigkeit einer notariellen Beurkundung (§ 87 NO) des Umwandlungsbeschlusses für eine AG oder SE bereits aus dem für alle Beschlüsse der Hauptversammlung geltenden § 120 Abs. 1 AktG ergibt, soll dies für die GmbH durch Abs. 3 Z 4 ausdrücklich klargestellt werden (vgl. dazu auch § 98 Satz 3 GmbHG und § 8 Abs. 4 Satz 1 SpaltG). Zu den Fällen, in denen auch ein Notariatsakt erforderlich ist, siehe die Erläuterungen zu § 24 und § 34.

Durch Abs. 4 soll vom Wahlrecht nach Art. 86h Abs. 2 Gebrauch gemacht werden, dass die Gesellschafter die Umwandlung unter dem Vorbehalt ihrer späteren Zustimmung zur Mitbestimmungsregelung beschließen können, wie dies auch schon nach geltendem Recht bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung der Fall ist (vgl. § 9 Abs. 1 EU-VerschG).

#### **Zu § 17:**

Die Vorschrift setzt Art. 86i Abs. 1 bis 3 der Richtlinie um und regelt das Austrittsrecht bei Umwandlungen, bei denen die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft nach österreichischem Recht nach der Umwandlung Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft sein werden, auf die ein anderes Gesellschaftsrecht Anwendung findet. Für die Herein-Umwandlung liegt die Gesetzgebungszuständigkeit gemäß Art. 86i Abs. 5 der Richtlinie nicht bei Österreich, sondern beim Wegzugsmitgliedstaat.

Abs. 1 übernimmt grundsätzlich das Regelungskonzept von § 10 Abs. 1 Satz 1 EU-VerschG. Deswegen steht das Recht nicht nur stimmberechtigten, sondern allen Gesellschaftern zu, was nach Art. 86i Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie zulässig ist. Das Erfordernis eines Widerspruchs wird ebenfalls fortgeschrieben; dies setzt – zumindest im Regelfall – voraus, dass der betreffende Gesellschafter gegen den Umwandlungsplan gestimmt hat (näher dazu *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 10 EU-VerschG Rz 16; *Winner/Obradović* in *Talos/Winner*, EU-VerschG<sup>2</sup> § 10 Rz 56 f.). Da das Recht auf Barabfindung nach der Richtlinie als Anteilsveräußerung konzipiert ist, kann auch verlangt werden, dass der Gesellschafter die Anteile bei Geltendmachung des Rechts noch hält. Klarstellend hält die Norm fest, dass ein Verzicht auf die Barabfindung möglich ist.

Als Abfindungsschuldner lässt Abs. 1 weiterhin die Gesellschaft oder einen Dritten zu. Da Art. 86i Abs. 4 der Richtlinie aber implizit voraussetzt, dass die Gesellschaft Schuldnerin ist, sieht die Abs. 1 vor, dass die Gesellschaft jedenfalls Gesamtschuldnerin der Barabfindung ist.

Der Umwandlungsplan muss die Ausübungsmodalitäten vorsehen (vgl. § 10 Abs. 1 Z 9). Abs. 2 übernimmt die Anordnungen aus § 10 Abs. 1 Satz 2 bis 4 EU-VerschG, die den Anforderungen in Art. 86i Abs. 2 und 3 der Richtlinie entsprechen. Es genügt die schriftliche Annahme; ein Notariatsakt ist auch bei der GmbH nicht erforderlich. Die von Art. 86i Abs. 2 der Richtlinie verlangte Möglichkeit, das Abfindungsangebot in elektronischer Form anzunehmen, wird einerseits durch die Notwendigkeit der Bekanntgabe einer elektronischen Adresse (siehe Abs. 1) und andererseits dadurch erfüllt, dass gemäß Abs. 2 die Textform iSd. § 13 Abs. 2 AktG ausreicht.

Abs. 3 und Abs. 4 entsprechen § 10 Abs. 2 und 3 EU-VerschG.

**Zu § 18:**

Die Vorschrift setzt Art. 86h Abs. 5 der Richtlinie um und enthält einen Anfechtungsausschluss, der in der Sache weitgehend § 11 Abs. 1 EU-VerschG entspricht. Dieser Ausschluss erfasst auch Nichtigkeitsklagen iSd. §§ 199 ff AktG, weil der europarechtliche Anfechtungsbegriff (in der englischen Fassung von Art. 86h Abs. 5 der Richtlinie: „cannot be challenged“) diesbezüglich weit zu verstehen ist; das entspricht im Übrigen ohnehin der herrschenden Ansicht in Österreich (vgl. *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 225b AktG Rz 10). Allerdings verlangt Art. 86h Abs. 5 einen Anfechtungsausschluss für alle fehlerhaften Informationen über die Barabfindung, während § 11 Abs. 1 EU-VerschG bisher nur auf Fehler in den dort genannten Berichten anwendbar war. Deswegen wird festgehalten, dass fehlerhafte Informationen über die Barabfindung nie zur Anfechtung berechtigen, und zwar unabhängig davon, in welchen Berichten sie erteilt wurden und ob die Information schriftlich oder mündlich erfolgte. Auch fehlerhafte Auskünfte in der Gesellschafterversammlung sind somit erfasst (vgl. dazu auch den schon nach geltendem Recht bestehenden Anfechtungsausschluss nach § 195 Abs. 4 Satz 2 AktG).

**Zu § 19:**

Die Vorschrift setzt Art. 86i Abs. 4 der Richtlinie um und entspricht in der Sache § 11 Abs. 2 EU-VerschG. Sie gewährt den Gesellschaftern, die das Barangebot angenommen haben, das Recht, eine höhere Barabfindung gerichtlich zu verlangen. Zuständig ist das österreichische Gericht, auch nach Eintragung der Umwandlung (vgl. Art. 86i Abs. 5) Im Gegensatz zu § 11 Abs. 2 EU-VerschG soll das Recht in Einklang mit der Richtlinie nur denjenigen Gesellschaftern zustehen, die das Angebot auch angenommen haben. An der Wirkung erga omnes, welche diese Richtlinie den Mitgliedstaaten als Option gewährt, soll hingegen festgehalten werden.

Der zweite Satz des § 19 schreibt eine Bekanntmachung durch das Gericht gemäß § 18 AktG – also grundsätzlich in der Wiener Zeitung – vor, was lege non distinguente auch dann gilt, wenn die sich umwandelnde Gesellschaft eine GmbH ist. Dies entspricht im Ergebnis der herrschenden Ansicht zu § 11 Abs. 2 zweiter Satz EU-VerschG, wo von den „Bekanntmachungsblättern“ die Rede ist (vgl. *Winner/Obradović in Talos/Winner*, EU-VerschG<sup>2</sup> § 11 Rz 24 mwN.: analoge Geltung des § 18 AktG für die GmbH).

**Zu § 20:**

Die Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 86j der Richtlinie betreffend den Gläubigerschutz und lehnt sich inhaltlich an § 226 AktG, § 15 SpaltG und § 13 EU-VerschG an.

Der allgemeine Anspruch von Gläubigern auf Sicherheitsleistung ist in Abs. 1 geregelt. Da die Richtlinie ausdrücklich auf die Involvierung einer „Verwaltungs- oder Justizbehörde“ Bezug nimmt, bei der die Sicherheitsleistung innerhalb von drei Monaten beantragt werden kann, soll binnen dieses Zeitraums eine klagsweise Geltendmachung erforderlich sein. Zu laufen beginnt die dreimonatige Frist mit der Offenlegung des Umwandlungsplans nach § 15, konkret mit jenem Tag, an dem die Eintragung der Einreichung des Umwandlungsplan gemäß § 10 Abs. 1 UGB als bekannt gemacht gilt.

Nach Art. 86j Abs. 1 der Richtlinie müssen Forderungen erfasst werden, die „noch nicht fällig geworden“ (engl. „claims not fallen due“; franz. „créances pas encore échues“) sind. Dieses Erfordernis soll – angelehnt an die gesetzliche Formulierung in § 226 Abs. 1 AktG, § 15 Abs. 2 SpaltG und § 13 Abs. 1 EU-VerschG – dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass der Gläubiger „keine Befriedigung verlangen“ kann; ob dies auch andere Konstellationen als die fehlende Fälligkeit abdecken kann, bleibt der Rechtsprechung überlassen. Während nach den zitierten Bestimmungen eine bloße Glaubhaftmachung nur in Bezug auf die Erfüllungsgefährdung ausreichend ist, soll das niedrigere Beweismaß bei grenzüberschreitenden Umgründungen auch für das Entstehen der Forderung und die fehlende Möglichkeit eines Leistungsbegehrens gelten; das vermeidet Abgrenzungsprobleme und dient der Effektivität des Gläubigerschutzes.

Die – in der Richtlinie so nicht vorgesehene – Regelung des § 13 Abs. 1 Satz 3 EU-VerschG, wonach es keiner Glaubhaftmachung der Gefährdung bedarf, wenn die Summe des gebundenen Kapitals in der aus der grenzüberschreitenden Umgründung hervorgehenden Gesellschaft niedriger ist als in der übertragenden Gesellschaft, soll nicht übernommen werden. In derartigen Fällen wird es dem Gläubiger aber ohnehin nicht schwerfallen, eine Gefährdung zu bescheinigen.

Ebenso nicht ins EU-UmgrG übernommen wird § 13 Abs. 1 Satz 4 EU-VerschG, demzufolge Gläubiger, die im Insolvenzfall ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichteten und behördlich überwachten Deckungsmasse haben, kein Recht auf Sicherheitsleistung haben. Allerdings dürfte solcherart gesicherten Gläubigern die Glaubhaftmachung einer Gefährdung typischerweise nicht gelingen.

Für den Fall, dass die grenzüberschreitende Umwandlung letztlich nicht zustande kommt, sieht Abs. 1 Satz 4 einen Anspruch der Gesellschaft auf Rückübertragung oder Auflösung der Sicherheit vor. Diese im geltenden Umgründungsrecht nicht explizit vorgesehene Regelung setzt Art. 86j Abs. 1 Unterabs. 3 der Richtlinie um.

Für Inhaber von Schuldverschreibungen oder Genussrechten der sich umwandelnden Gesellschaft behält Abs. 2 das aus § 226 Abs. 3 AktG und § 15 Abs. 5 SpaltG bekannte Schutzsystem bei (vgl. näher dazu *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 226 AktG Rz 24 ff.). Im Einklang mit der Vorschrift des Art. 101 der Richtlinie sind diesen Sonderrechtsinhabern in erster Linie gleichwertige Rechte einzuräumen. Nur wenn dies im konkreten Fall faktisch unmöglich ist, haben die Sonderrechtsinhaber ein Wahlrecht zwischen einer Änderung und einer vollständigen Beendigung ihrer Rechte jeweils gegen angemessene Abgeltung (vgl. *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 13 EU-VerschG Rz 17; *Winner* in *MünchKommAktG*<sup>5</sup> § 221 Rz 508).

Abs. 3 schreibt in Anlehnung an § 14 Abs. 2 EU-VerschG vor, dass die Vorabbescheinigung erst ausgestellt werden darf, wenn die Ansprüche der Gläubiger nach Abs. 1 und 2 erfüllt wurden. Diesbezüglich hat der Vorstand der sich umwandelnden Gesellschaft gemäß § 21 Abs. 2 Z 9 bei der Anmeldung der beabsichtigten Umwandlung einen eigenen Nachweis zu erbringen und eine entsprechende Erklärung abzugeben.

Zur Umsetzung von Art. 86j Abs. 4 der Richtlinie ordnet Abs. 4 einen fakultativen internationalen allgemeinen Gerichtsstand im Inland an (vgl. dazu auch Art. 8 Abs. 16 SE-Verordnung). Dieser tritt neben allgemeine oder besondere internationale Gerichtsstände des Unionsrechts, wie sie sich insbesondere aus der EuGVVO ergeben. Diese genießt überdies Anwendungsvorrang, soweit sie ausschließliche gesetzliche oder prorogierte Gerichtsstände anordnet. Überdies wird ein Wahlgerichtsstand am ehemaligen inländischen Sitz der Gesellschaft normiert.

#### **Zu § 21:**

Die Vorschrift setzt Art. 86m und 86n der Richtlinie um. Abs. 1 und 2 entsprechen weitgehend dem bisherigen § 14 Abs. 1 EU-VerschG. Während dort der Verschmelzungsplan einerseits und die Niederschrift über den Verschmelzungsbeschluss andererseits separat geregelt sind (vgl. Z 1 und 2), wird hier – im Hinblick auf die Anordnung, dass der Umwandlungsplan in die Niederschrift über den Umwandlungsbeschluss aufzunehmen oder dieser beizufügen ist (vgl. jeweils Z 3 in § 16 Abs. 2 und 3) – eine einheitliche Z 1 betreffend Beschluss und Plan vorgeschlagen. Weitere Abweichungen zur bisherigen Rechtslage erklären sich aus den Anforderungen von Art. 86m Abs. 2 der Richtlinie.

Abs. 3 übernimmt § 14 Abs. 2 EU-VerschG; das ist so wie die weiteren in Abs. 2 geforderten Angaben durch Art. 86m Abs. 3 der Richtlinie gedeckt. Vom Wahlrecht in Art. 86m Abs. 3 der Richtlinie wird in Abs. 4 Gebrauch gemacht, weil diese Angaben unter Umständen für die Missbrauchskontrolle nach Abs. 7 relevant sein können. Da die Antragstellung beim Firmenbuchgericht schon nach geltendem Recht stets rein online möglich ist, muss Art. 86m Abs. 4 der Richtlinie nicht gesondert umgesetzt werden.

Abs. 5 übernimmt die bisherige Regelung des § 14 Abs. 2a EU-VerschG, was wegen der durch die Richtlinie angestrebte Mindestharmonisierung zulässig ist.

Die Prüfbefugnisse werden in Umsetzung von Art. 86m Abs. 5 bis 7 der Richtlinie zunächst in Abs. 6 geregelt. Dabei muss nicht gesondert erwähnt werden, dass der Antrag auf Vollständigkeit zu prüfen ist, weil sich dies bereits aus den Bestimmungen des FBG ergibt. Die Eintragung der beabsichtigten Umwandlung darf jedenfalls nicht vor dem Ablauf der Fristen zur Annahme des Barabfindungsangebots und zur Geltendmachung des Sicherstellungsanspruchs durch Gläubiger erfolgen.

Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang auch die Angabe der Gesellschaft, dass das Verfahren, nach dem die Einzelheiten für die Beteiligung von Arbeitnehmern an der Festlegung ihrer Mitbestimmungsrechte in der umgewandelten Gesellschaft geregelt werden, begonnen hat. Das ist dann der Fall, wenn aufgrund einer schriftlichen Aufforderung des Leitungs- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft das besondere Verhandlungsgremium errichtet wurde (vgl. § 215 Abs. 1 ArbVG).

Abs. 7 führt eine Missbrauchskontrolle ein und setzt damit Art. 86m Abs. 8 bis 10 der Richtlinie um. Das erfordert eine Kontrolle anhand der Umstände des Einzelfalls, wobei das Gericht bei Fehlen konkreter Anhaltspunkte aus der Anmeldung oder möglicherweise auch aus von Dritten übermittelten Informationen grundsätzlich davon ausgehen kann, dass kein Missbrauch vorliegt; es muss dann keine weiteren Untersuchungsschritte vornehmen. Dabei ist auch zu beachten, dass die Eintragung im Regelfall längstens innerhalb von drei Monaten erfolgen soll.

Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn die Umwandlung zur Umgehung der Rechte der Arbeitnehmer, von Sozialversicherungszahlungen, von Steuerpflichten, von Forderungen anderer Gläubiger oder zu kriminellen Zwecken benutzt wird. Primär sind freilich die vorgesehenen spezifischen Schutzinstrumente zugunsten dieser Gruppen anzuwenden. Nur wenn deren Anwendung in einer Gesamtbetrachtung

ausnahmsweise zu aus Schutz Gesichtspunkten völlig inadäquaten Lösungen führen, kommt ein Rückgriff auf die allgemeine Missbrauchskontrolle in Betracht.

Als missbräuchlich ist eine grenzüberschreitende Umwandlung demnach unter anderem dann anzusehen, wenn die betreffende Gesellschaft Verhaltensweisen gesetzt hat, die als Sozialbetrug iSd. § 2 SBBG zu qualifizieren sind. In einem solchen Fall kann das Amt für Betrugsbekämpfung gemäß § 8 SBBG einen Feststellungsbescheid erlassen, dass die Gesellschaft als Scheinunternehmen gilt; nach Rechtskraft dieses Bescheids ist die Feststellung der Scheinunternehmenschaft auch im Firmenbuch einzutragen (vgl. § 8 Abs. 11 SBBG iVm. § 3 Abs. 1 Z 15a FBG). Die Existenz einer solchen Eintragung soll daher gemäß Abs. 7 Z 1 bewirken, dass die Umwandlung jedenfalls als missbräuchlich gilt. Bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte kann das Gericht aber freilich auch dann Missbrauch annehmen, wenn es keine rechtskräftige Feststellung der Scheinunternehmenschaft und daher auch keine entsprechende Firmenbucheintragung gibt.

Für den in der Praxis besonders wichtigen steuerlichen Bereich ist das Gericht gemäß Abs. 7 Z 2 an einen Auskunftsbeseid zum (Nicht-)Vorliegen von Missbrauch nach § 22 BAO (§ 118 Abs. 2 Z 5 BAO) gebunden, sofern ein solcher vorgelegt wird. Die Gesellschaft ist zu dieser Vorlage nicht verpflichtet, kann dadurch aber einen wichtigen Beitrag zur Vereinfachung der gerichtlichen Missbrauchsprüfung leisten.

Abs. 8 setzt Art. 86m Abs. 12 der Richtlinie um.

Abs. 9 enthält in Umsetzung von Art. 86m Abs. 7, 10 und 11 grundsätzlich eine Entscheidungsfrist von drei Monaten; eine Genehmigungsfiktion ist damit nicht verbunden. Die Prüffrist von drei Monaten ab Anmeldung bezieht sich auf die formrichtige und vollständige Anmeldung. Im Einzelfall kann die Frist wegen der besonderen Komplexität des Verfahrens verlängert werden. Jedenfalls ist bei jeder Verlängerung – auch bei der von drei auf sechs Monate – die Nichteinhaltung der Frist der antragstellenden Gesellschaft im Vorhinein mitzuteilen.

Abs. 10 entspricht grundsätzlich § 14 Abs. 4 EU-VerschG und ergänzt dies um nähere Vorgaben zum Inhalt der Vorabbescheinigung, die Art. 86m Abs. 1 der Richtlinie entsprechen.

Gemäß Art. 18 Abs. 3 lit. aa sowie Art. 24 lit. e und ea der Richtlinie müssen die in den Artikeln 86g, 86n, 86p, 123, 127a, 130, 160g, 160n und 160p bezeichneten Unterlagen und Informationen einerseits über das EU-Justizportal öffentlich zugänglich sein; andererseits sind sie Gegenstand des Informationsaustauschs über das System der Registervernetzung. In Bezug auf die grenzüberschreitende Umwandlung handelt es sich dabei um die gemäß § 15 offenzulegenden Unterlagen (Umwandlungsplan und Mitteilung zu möglichen Bemerkungen durch Gesellschafter, Gläubiger oder die Arbeitnehmervertretung), die Vorabbescheinigung nach § 21 und die Eintragung einer Herein-Umwandlung im Firmenbuch gemäß § 24. Die zur Umsetzung dieser Vorgaben erforderlichen gesetzlichen Regelungen finden sich grundsätzlich in § 37 FBG. Damit auch die Vorabbescheinigung öffentlich zugänglich ist, wird in Abs. 11 ihre Aufnahme in die Urkundensammlung angeordnet.

Durch Abs. 12 wird Art. 86p Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie umgesetzt. Demnach haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Eintragung der Gesellschaft „unmittelbar“ (engl. „immediately“) nach Eingang der – vom Zuzugsmittgliedstaat über das System der Registervernetzung zu übersendenden – Mitteilung über die Wirksamkeit der grenzüberschreitenden Umwandlung aus dem Register gelöscht wird. Nach der klaren Intention der Richtlinie soll also die Mitteilung selbst Grundlage der Löschung sein; eine Verpflichtung der Gesellschaft, die Löschung im Wegzugsmittgliedstaat gesondert anzumelden, wie sie § 14 Abs. 5 EU-VerschG derzeit vorsieht, wäre demnach nicht richtlinienkonform.

Die Löschung nach Abs. 12 setzt also keine (weitere) Anmeldung durch die Gesellschaft voraus, sondern wird gewissermaßen schon in der Anmeldung der beabsichtigten grenzüberschreitenden Umwandlung beantragt. Bei dieser Löschung sind auch die in Abs. 12 Satz 2 vorgesehenen Angaben einzutragen.

#### **Zu § 22:**

Die Bestimmung dient der systematischen Gliederung des Gesetzes.

#### **Zu § 23:**

Hier wird in Abs. 1 zunächst festgeschrieben, dass bei einer Herein-Umwandlung die rechtsformspezifischen Gründungsvorschriften sinngemäß einzuhalten sind. Das ist nach dem Konzept der Richtlinie zulässig, wie insbesondere Erwägungsgrund 44 zeigt. Abs. 2 hält abweichend dazu und in Orientierung an § 3 Abs. 4 SpaltG fest, dass für die Vorschriften über die Kapitalaufbringung nicht auf Einlagen ankommt, die im Zeitpunkt der Umwandlung nicht geleistet werden, sondern auf das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft abzustellen ist. Eine externe Gründungsprüfung ist jedenfalls vorzunehmen, weil die Sachlage vergleichbar einer Werthaltigkeitsprüfung bei einer Sacheinlage eines Unternehmens ist.

Der in Abs. 2 verwendete Begriff „Nennkapital“ umfasst – wie auch im SpaltG – sowohl das Stammkapital einer GmbH als auch das Grundkapital einer AG oder SE. Dass der Gründungsprüfer zugleich der – nach den Vorschriften des Wegzugsmitgliedstaats bestellte – Umwandlungsprüfer ist, wird in der Praxis nur selten vorkommen, soll aber wie auch bei innerstaatlichen Umgründungen (vgl. § 233 Abs. 3 AktG und § 3 Abs. 4 SpaltG) zulässig sein.

#### **Zu § 24:**

Die Vorschrift behandelt das Eintragungsverfahren bei der Herein-Umwandlung. Abs. 1 benennt die zuständige Stelle gemäß Art. 86o Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie, Abs. 2 enthält die vorzulegenden Unterlagen, wobei dies über die Anforderungen von Art. 86o Abs. 2 der Richtlinie hinausgeht, was wegen des Verweises auf die Gründungsvorschriften jedenfalls zulässig ist. Ausgenommen ist die sonst erforderliche Bankbestätigung, da es keinen „eingezahlten Betrag“ gibt. Nicht vorzulegen sind – anders als nach § 15 Abs. 2 EU-VerschG – die für das ausländische Register maßgeblichen Unterlagen (siehe § 21 Abs. 2), weil diese aus Sicht des österreichischen Firmenbuchverfahrens nicht mehr relevant sind; das spart auch Übersetzungskosten, die vor allem für Umwandlungen im KMU-Bereich eine Barriere sein können. Eine Vorlage des Umwandlungsbeschlusses ist allerdings geboten, um dem Gericht die formale Überprüfung zu ermöglichen, ob sich der nach dem Recht des Wegzugsmitgliedstaats gefasste Beschluss tatsächlich auf den eingereichten Umwandlungsplan bezieht.

Zu den gemäß Abs. 2 Z 2 vorzulegenden Unterlagen zählt insbesondere die Satzung (vgl. zu diesem Begriff § 2 Z 4), die auch in Bezug auf ihre Form den inländischen Vorschriften entsprechen muss (z.B. Notariatsaktpflicht für den Gesellschaftsvertrag einer GmbH gemäß § 4 Abs. 3 GmbHG). Entsprechend der bisherigen Rechtslage bei innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen (vgl. § 225 Abs. 1 Z 6 AktG und § 15 Abs. 2 EU-VerschG) wird auch die Vorlage einer Schlussbilanz der sich umwandelnden Gesellschaft verlangt.

Die Nachweise, die bei der Anmeldung in Bezug auf die Beteiligung der Arbeitnehmer zu erbringen sind, ergeben sich aus Abs. 3. Falls es diesbezüglich einen Beschluss des besonderen Verhandlungsgremiums gibt, wird dieser als Nachweis vorzulegen sein.

Abs. 4 regelt die Prüfungshandlungen des Gerichts und setzt Art. 86o Abs. 1 Unterabs. 2, Abs. 4 und 5 der Richtlinie um. Damit hat das Gericht die Umwandlung nach Österreich im Ergebnis so wie eine Neugründung zu behandeln, wobei freilich auf die Sondervorschrift in § 23 Abs. 2 Bedacht zu nehmen ist. Durch Abs. 4 Satz 3 wird klargestellt, dass die Herein-Umwandlung nur auf Grundlage einer gültigen Vorabbescheinigung des Wegzugsmitgliedstaats eingetragen werden kann, die dem Firmenbuchgericht über das System der Registerverknüpfung zur Verfügung gestellt wird.

Abs. 5 normiert in Umsetzung von Art. 86p Abs. 2 lit. a und b der Richtlinie die einzutragenden Tatsachen, wobei sich die Registrierung des Eintragungstags bereits aus den geltenden Vorschriften des FBG ergibt und deswegen nicht gesondert geregelt wird.

#### **Zu § 25:**

Die Regelung setzt Art. 86q und 86r der Richtlinie um. Z 3 ist zwar weitgehend redundant und bereits durch Z 1 abgedeckt, soll aber zur Klarstellung in Einklang mit der Richtlinie in das österreichische Recht übernommen werden.

Dass eine bereits wirksam gewordene grenzüberschreitende Umwandlung nicht mehr für nichtig erklärt werden kann (vgl. Art. 86t der Richtlinie), ergibt sich bereits aus der allgemeinen Regelung des § 6.

#### **Zu § 26:**

Die Bestimmung dient der systematischen Gliederung des Gesetzes.

#### **Zu § 27:**

Anders als bei der nationalen Verschmelzung wird die Verschmelzung zur Neugründung in keinem separaten Abschnitt geregelt (vgl. § 233 AktG), sondern im jeweiligen Kontext mitbehandelt. Das liegt daran, dass die Gliederung des Textes nach der für das System und die Anwendung der Normen zentralen Verschmelzungsrichtung erfolgen soll. Die praktisch geringe Bedeutung der Verschmelzung zur Neugründung rechtfertigt diese Behandlung. Soweit im Gesetz von der neuen Gesellschaft statt von der übernehmenden gesprochen wird, geht es um die Verschmelzung zur Neugründung. Hingegen erfasst der Begriff „aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft“ sowohl die übernehmende Gesellschaft bei der Verschmelzung zur Aufnahme als auch die neue Gesellschaft bei der Gesellschaft zur Neugründung.

Zu dem in Z 3 mehrmals verwendeten Begriff „Anteile“ vgl. die Definition in § 2 Z 6 sowie die Erläuterungen dazu.

**Zu § 28:**

Hier wird Art. 122 der Richtlinie umgesetzt. Da sich die Mindestinhalte des Verschmelzungsplans deutlich von jenen des Umwandlungsplans unterscheiden, erscheint eine eigenständige Regelung zweckmäßiger als ein Verweis auf § 10, der in mehrfacher Hinsicht ergänzt und modifiziert werden müsste.

Das Erfordernis einer Schlussbilanz nach Abs. 2 besteht im Einklang mit § 220 Abs. 3 AktG nur für inländische übertragende Gesellschaften, also bei grenzüberschreitenden Hinaus-Verschmelzungen. Die Bestimmung findet sich dennoch in diesem Abschnitt („Gemeinsame Vorschriften“), um den Verschmelzungsplan möglichst kohärent mit dem Umwandlungs- und Spaltungsplan zu regeln.

Abs. 3 dient der Umsetzung von Art. 132 Abs. 1 (hier: erster Spiegelstrich) der Richtlinie, der insbesondere für die Verschmelzung zur Aufnahme einer 100%igen Tochtergesellschaft diverse Erleichterungen vorsieht; vgl. dazu auch § 29 Abs. 2 Z 3, § 30 Abs. 5, § 31 Abs. 2 und § 34 Abs. 2 Z 3.

**Zu § 29:**

Abgesehen davon, dass im Verschmelzungsbericht auch das Umtauschverhältnis zu erläutern ist, kann zur Umsetzung des Art. 124 weitgehend mit einem Verweis auf die Regelung über den Umwandlungsbericht (§ 11) das Auslangen gefunden werden.

Abs. 2 Z 3 dient der Umsetzung von Art. 132 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich der Richtlinie. Da der Verschmelzungsbericht in diesem Fall nur in der übertragenden Gesellschaft entbehrlich ist, gilt die Bestimmung ausschließlich für die Hinaus-Verschmelzung. Trotzdem erscheint es vorzugswürdig, die Regelung hier in ihrem sachlichen Zusammenhang – und nicht isoliert im Abschnitt über die Hinaus-Verschmelzung – vorzusehen. Außerdem kann eine konzernmäßige Verbindung zwischen den sich verschmelzenden Gesellschaften iSd. § 28 Abs. 3 nur dazu führen, dass der Abschnitt für die Gesellschafter nicht erforderlich ist. Für die Entbehrlichkeit des Abschnitts für die Arbeitnehmer muss es hingegen nach dem eindeutigen Regelungszweck des Art. 124 Abs. 8 der Richtlinie auf die dort genannten Kriterien ankommen (vgl. dazu den sinngemäß anzuwendenden § 11 Abs. 6).

**Zu § 30:**

Durch diese Bestimmung wird Art. 125 der Richtlinie umgesetzt.

Da sich die Verschmelzungsprüfung in mehrfacher Hinsicht von der Umwandlungsprüfung unterscheidet (z.B. Frage der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses), wird sie in Abs. 1 und 2 grundsätzlich eigenständig geregelt. Dabei soll das Umtauschverhältnis auch in Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich erwähnt werden: Während nach dem Wortlaut der Richtlinie ein allfälliger Marktpreis oder der nach anerkannten Bewertungsmethoden ermittelte Wert der Gesellschaften nur für die Bewertung der Barabfindung zu berücksichtigen sein soll, muss dies nach dem Sinn und Zweck der Regelung auch für das Umtauschverhältnis gelten, für dessen Festlegung die Unternehmenswerte ebenfalls den Ausgangspunkt darstellen.

In Abs. 3 wird für die Bestellung, die Auswahl, das Auskunftsrecht und die Verantwortlichkeit des Verschmelzungsprüfers auf § 220b Abs. 2 und 3 AktG verwiesen, wobei in einer Gesellschaft ohne Aufsichtsrat die Bestellung dem Vorstand (bzw. in einer GmbH den Geschäftsführern) obliegt. Die für innerstaatliche GmbH-Verschmelzungen vorgesehene gerichtliche Bestellung erscheint insofern nicht geboten, als die Prüfung dort nur auf Verlangen eines Gesellschafters durchzuführen ist, während sie bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung nur aufgrund eines allseitigen Verzichts unterbleiben kann.

Durch die Anwendbarkeit des § 220b Abs. 2 AktG wird auch der Richtlinien-Vorgabe des Art. 125 Abs. 2 entsprochen, wonach derselbe Prüfer für alle an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften einen einheitlichen Bericht verfassen darf, sofern er von einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde bestellt wird. Damit es auch bei einer Hinaus-Verschmelzung ein für die Bestellung des gemeinsamen Prüfers zuständiges inländisches Gericht gibt, wird auch die bisher in § 7 Abs. 2 EU-VerschG enthaltene Regelung übernommen.

Da die Voraussetzungen, unter denen eine Verschmelzungsprüfung entbehrlich ist, mit jenen bei der Umwandlungsprüfung übereinstimmen, kann in Abs. 4 insofern auf § 12 Abs. 4 verwiesen werden. Darüber hinaus ist gemäß Abs. 5 auch insbesondere bei einer Verschmelzung zur Aufnahme einer 100%igen Tochtergesellschaft keine Verschmelzungsprüfung erforderlich (vgl. Art. 132 Abs. 1 erster Spiegelstrich der Richtlinie).

**Zu § 31:**

Soweit die an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten inländischen Gesellschaften über einen Aufsichtsrat verfügen, soll dieser die geplante Umgründungsmaßnahme grundsätzlich prüfen müssen, was durch einen Verweis auf § 13 zum Ausdruck gebracht wird. Zusätzlich zu den dort in Abs. 2

genannten Fällen kann diese Prüfung in der übernehmenden Gesellschaft gemäß § 31 Abs. 1 auch unterbleiben, wenn für den Erwerb von Unternehmen gemäß § 95 Abs. 5 Z 1 AktG eine Betragsgrenze festgesetzt wurde und der Buchwert der übertragenden Gesellschaft diese Betragsgrenze nicht überschreitet (vgl. § 220c Satz 2 AktG).

Nach Abs. 2 ist – analog zu § 29 Abs. 2 Z 3 – insbesondere bei einer Verschmelzung zur Aufnahme einer 100%igen Tochtergesellschaft in der übertragenden inländischen Gesellschaft auch keine Prüfung durch den Aufsichtsrat erforderlich.

**Zu § 32:**

Das Informationsrecht der Gesellschafter und der Arbeitnehmervertretung bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung kann weitestgehend durch einen Verweis auf § 14 geregelt werden.

**Zu § 33:**

Auch bei der Offenlegung des Verschmelzungsplans kann auf die entsprechende Bestimmung bei der grenzüberschreitenden Umwandlung verwiesen werden.

**Zu § 34:**

Die Regelung über die Fassung des Verschmelzungsbeschlusses setzt Art. 126 der Richtlinie um und kann grundsätzlich durch einen Verweis auf § 16 erfolgen, wobei in Abs. 2 drei Abweichungen vorgesehen sind: Zunächst hat sich der mögliche Mitbestimmungsvorbehalt der Gesellschafter, der sowohl in der übertragenden als auch in der übernehmenden oder neuen Gesellschaft beschlossen werden kann, auf die Mitbestimmung in der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft zu beziehen (Z 1). Durch Z 2 soll klargestellt werden, dass die Regelung des § 231 AktG – nach der bei bestimmten Verschmelzungen (im Konzern oder bei geringfügiger Anteilsgewährung) eine Beschlussfassung in der übernehmenden Gesellschaft entbehrlich ist – auch für die grenzüberschreitende Herein-Verschmelzung gilt. In diesem Zusammenhang ist zur Umsetzung von Art. 132 Abs. 3 der Richtlinie auch der Fall zu regeln, dass es in der übertragenden ausländischen Gesellschaft ebenfalls zu keiner Beschlussfassung über die Verschmelzung kommt, was sich nach dem Recht des Wegzugsmitgliedstaats richtet. Dann soll die einmonatige Frist, innerhalb derer doch eine Beschlussfassung in der übernehmenden Gesellschaft verlangt werden kann (vgl. § 231 Abs. 3 AktG), mit jenem Zeitpunkt zu laufen beginnen, zu dem die für die übertragende Gesellschaft ausgestellte Vorabbescheinigung über das System der Registervernetzung zugänglich ist. Schließlich setzt Z 3 insbesondere für die Hinaus-Verschmelzung zur Aufnahme einer 100%igen inländischen Tochtergesellschaft durch die ausländische Muttergesellschaft Art. 132 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich der Richtlinie um. In einem solchen Fall darf die Eintragung der beabsichtigten Verschmelzung erst erfolgen, wenn seit der Information der Gesellschafter und der Arbeitnehmervertretung nach § 32 und der Offenlegung nach § 33 bestimmte Mindestzeiträume verstrichen sind, wobei dieser Zeitraum in Bezug auf die Information der Gesellschafter und der Arbeitnehmervertretung durch die Mobilitäts-Richtlinie auf sechs Wochen verlängert wurde (vgl. näher dazu § 32 iVm. § 14 Abs. 1 und 7).

In Abs. 3 wird geregelt, wie bei einer Herein-Verschmelzung zur Neugründung einer AG der erste Aufsichtsrat und der erste Abschlussprüfer zu bestellen sind (vgl. dazu auch § 233 Abs. 2 Satz 2 AktG).

Im Unterschied zur grenzüberschreitenden Umwandlung und Spaltung, die stets nur von einer einzigen Kapitalgesellschaft zu beschließen sind, stellt die Verschmelzung nach österreichischem Recht einen Vertrag zwischen zwei oder mehr Gesellschaften dar (vgl. dazu insb. § 220 AktG). Für diesen Vertrag normiert § 222 AktG eine Formpflicht, die nach herrschender Ansicht als Pflicht zur Errichtung eines Notariatsakts zu verstehen ist (vgl. *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 222 AktG Rz 4). Diese Formvorschrift soll durch Abs. 4 ausdrücklich auch für die grenzüberschreitende Verschmelzung gelten. Bei der grenzüberschreitenden Umwandlung und Spaltung, die wie erwähnt nicht als Verträge zwischen Gesellschaften zu qualifizieren sind, besteht diese Formpflicht für den Umwandlungs- bzw. Spaltungsplan nicht; eine Notariatsaktspflicht kann sich aber aus anderen anzuwendenden Vorschriften ergeben (z.B. bei einer Herein-Umwandlung für den Gesellschaftsvertrag der GmbH, vgl. näher dazu die Erläuterungen zu § 24).

**Zu § 35:**

Abs. 1 setzt Art. 126 Abs. 4 der Richtlinie um und entspricht grundsätzlich § 18 zur Hinaus-Umwandlung, wobei der Anfechtungsausschluss sowohl für die Herein- als auch für die Hinaus-Verschmelzung, aber nur für die Gesellschaft gilt, die österreichischem Recht unterliegt. Für die Gesellschaft aus dem anderen Mitgliedstaat liegt die Regelungskompetenz bei jenem. Da es an der Anfechtungsbefugnis fehlt, kann das Firmenbuchgericht die Eintragung auch nicht nach § 19 FBG aussetzen, womit in Einklang mit Art. 126a Abs. 6 Unterabs. 1 Satz 2 der Richtlinie auch keine Eintragungssperre besteht, wenn ein Überprüfungsverfahren eingeleitet wird.

**Zu § 36:**

Die Vorschrift setzt Art. 126a Abs. 6 und 7 der Richtlinie um. Auch diese Norm gilt für Herein- und Hinausverschmelzung, aber immer nur für die Gesellschaft, die vor der Verschmelzung österreichischem Recht unterliegt; vgl. auch Art. 126a Abs. 6 Unterabs. 1 Satz 2.

Abs. 1 gewährt grundsätzlich allen Aktionären – also nicht nur denjenigen, die gegen die Verschmelzung gestimmt haben – ein Recht auf Überprüfung des Umtauschverhältnisses, was Art. 126a Abs. 6 Unterabs. 1 Satz 1 entspricht, der keine Gegenstimme bei der Beschlussfassung verlangt. Dieses Recht steht nur denjenigen Gesellschaftern nicht zu, die (bei einer Hinaus-Verschmelzung) ihr Austrittsrecht ausgeübt haben.

Gemäß Art. 126a Abs. 6 Unterabs. 1 Satz 2 der Richtlinie liegt die Zuständigkeit bei dem Gericht des Mitgliedstaats, dessen Recht die jeweilige Gesellschaft unterliegt, d.h. für eine Gesellschaft nach GmbHG oder AktG in Österreich; das greift Abs. 2 auf. Diese österreichische Zuständigkeit bleibt auch nach Durchführung der Verschmelzung bestehen, und zwar auch für die übertragende Gesellschaft bei der Hinaus-Verschmelzung. Da dieselbe Regel der Richtlinie aber auch für die Gesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat gilt, kommt es zu konkurrierenden Zuständigkeiten. Wenn Gesellschafter aus beiden Gesellschaften das Umtauschverhältnis aus ihrer Sicht für unangemessen halten, kann es zu widersprechenden Entscheidungen kommen, die wegen Art. 126a Abs. 6 Unterabs. 1 Satz 3 der Richtlinie beide für die übernehmende Gesellschaft verbindlich sind. Diese Problemlage ergibt sich aus der Richtlinie und kann vom österreichische Gesetzgeber nicht alleine gelöst werden. Abs. 2 Satz 2 ordnet aber an, dass möglichst koordiniert vorgegangen werden soll. Das kann z.B. durch Austausch von Informationen oder durch die Bestellung derselben Sachverständigen erfolgen. Im Übrigen kann zumindest ein sinnloser Abfluss von Bargeld sowohl zu den ehemaligen Gesellschaftern der einen als auch der anderen Gesellschaft durch eine Ausgabe von Anteilen vermieden werden.

Aus dem Verweis auf die §§ 225c ff. AktG in Abs. 2 ergibt sich die Anwendung der Vorschriften über die Überprüfung des Umtauschverhältnisses bei der innerstaatlichen Verschmelzung. Soweit das die Vorschriften der Richtlinie betrifft, bedeutet das, dass sich das Verlangen auf bare Zuzahlung richtet (Art. 126a Abs. 6 Unterabs. 1 Satz 1), wobei aber zugunsten der Gesellschafter der österreichischen Gesellschaft die übernehmende Gesellschaft auf Antrag auch zur Anteilsgewähr verpflichtet werden kann (§ 225e Abs. 3 Satz 2 AktG und Art. 126a Abs. 7 der Richtlinie). Weiters wirkt die Entscheidung für die übernehmende Gesellschaft (§ 225i Abs. 1 Satz 1 AktG und Art. 126a Abs. 6 Unterabs. 1 Satz 3 der Richtlinie) und alle ihre Aktionäre, also nicht nur die Antragsteller (§ 225i Abs. 1 Satz 1 AktG und das Wahlrecht in Art. 126a Abs. 6 Unterabs. 2 der Richtlinie).

Abs. 3 greift Art. 126a Abs. 6 Unterabs. 1 Satz 2 und 3 der Richtlinie auf.

**Zu § 37:**

Die Bestimmung dient der Umsetzung von Art. 126b der Richtlinie und entspricht weitgehend § 20, wobei sich ein wesentlicher Unterschied daraus ergibt, dass eine Gefährdung der Gläubiger sowohl durch eine Hinaus- als auch durch eine Herein-Verschmelzung möglich ist. Zur Ausstellung einer Vorabbescheinigung durch ein inländisches Gericht kommt es freilich nur in ersterem Fall, weshalb Abs. 3 auf Hinaus-Verschmelzungen zu beschränken ist. Außerdem unterbleibt eine § 20 Abs. 4 entsprechende Regelung, weil die Richtlinie bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung keinen zusätzlichen Gerichtsstand vorschreibt.

**Zu § 38:**

Die Regelung setzt Art. 129 und 131 der Richtlinie um. Anzumerken ist, dass weder bei der Verschmelzung auf die Alleingesellschafterin noch bei der Verschmelzung ohne Anteilsausgabe iSd. § 27 Z 3 lit. c und d neue Gesellschafterpositionen entstehen, weswegen dies anders als in der Richtlinie bereits im Text der Z 2 berücksichtigt wird. Z 3 ist zwar weitgehend redundant und bereits durch Z 1 abgedeckt, soll aber zur Klarstellung in Einklang mit der Richtlinie in das österreichische Recht übernommen werden. Art. 131 Abs. 3 der Richtlinie muss nicht gesondert umgesetzt werden, da die dort angesprochenen Probleme in Österreich durch die Gesamtrechtsnachfolge nicht entstehen.

Die Art. 134 der Richtlinie umsetzende Regelung findet sich – als gemeinsame Bestimmung für alle drei grenzüberschreitenden Umgründungsarten – in § 6.

**Zu § 39:**

Die Bestimmung dient der systematischen Gliederung des Gesetzes.

**Zu § 40:**

Die Vorschrift setzt Art. 126a Abs. 1 bis 3 der Richtlinie um und regelt das Austrittsrecht bei Verschmelzungen, bei denen die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft nach österreichischem Recht nach der Verschmelzung Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft sein werden, auf die ein anderes Gesellschaftsrecht Anwendung findet. Bei der Herein-Verschmelzung besteht hingegen kein Austrittsrecht für die Gesellschafter der österreichischen übernehmenden Gesellschaft. Die Norm entspricht daher grundsätzlich § 17 zur Hinaus-Umwandlung.

Abfindungsschuldner ist nach Abs. 1 die übertragende Gesellschaft; die entsprechende Verbindlichkeit geht mit Eintragung der Verschmelzung auf die übernehmende Gesellschaft über (vgl. dazu Art. 131 Abs. 1 lit. a der Richtlinie). Abs. 2 hält fest, dass die Annahmeerklärung grundsätzlich an die übertragende Gesellschaft zu richten ist; allerdings ist die Erklärung an die übernehmende Gesellschaft zu richten, wenn die übertragende Gesellschaft (ausnahmsweise) bereits vor Ende der Annahmefrist untergegangen ist.

**Zu § 41:**

Die Vorschrift setzt Art. 126a Abs. 4 und 5 der Richtlinie um. Der Anspruch auf Überprüfung der Barabfindung ist nur auf die Hinaus-Verschmelzung anwendbar. Zuständig ist jedenfalls das österreichische Gericht, auch nach Eintragung der Verschmelzung.

**Zu § 42:**

Die Vorschrift setzt Art. 127 und 127a der Richtlinie um. Abs. 1 und 2 entsprechen weitgehend dem bisherigen § 14 Abs. 1 EU-VerschG; vgl. dazu auch § 21. Abweichungen zur bisherigen Rechtslage erklären sich aus den Anforderungen von Art. 127 Abs. 2 der Richtlinie; außerdem wird in Abs. 2 Z 2 auch eine Verpflichtung zur Vorlage des gemäß § 34 Abs. 4 in Notariatsaktsform abzuschließenden Verschmelzungsvertrags normiert. Im Übrigen gilt die Regelung für die Hinaus-Umwandlung sinngemäß auch für die Hinaus-Verschmelzung, weil insofern keine Besonderheiten bestehen.

**Zu § 43:**

Die Bestimmung dient der systematischen Gliederung des Gesetzes.

**Zu § 44:**

Abs. 1 übernimmt für die Verschmelzung zur Aufnahme jene Regelungen des AktG und des GmbHG, die bei der innerstaatlichen Verschmelzung den Schutz der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft bezwecken. Damit wird auch Art. 131 Abs. 5 der Richtlinie umgesetzt. Der verwiesene § 224 Abs. 1 AktG regelt unter anderem, dass die übernehmende Gesellschaft keine Aktien gewähren darf, soweit sie Aktien der übertragenden Gesellschaft besitzt; das deckt auch die in § 27 Z 3 lit. c definierte Verschmelzung auf die Alleingesellschafterin ab. Dass die Anteilsgewährung bei gleichen Beteiligungsverhältnissen unterbleiben kann, ergibt sich bereits aus der Definition der Verschmelzung ohne Anteilsgewähr in § 27 Z 3 lit. d (siehe Art. 119 Z 2 lit. d der Richtlinie); deswegen erschöpft sich die Bedeutung des Verweises darin, dass diese Option nicht ausgeübt werden darf, wenn dadurch gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen würde, was durch den Zugangsstaat geregelt werden kann (vgl. *Eckert* in *Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung*<sup>3</sup> § 3 EU-VerschG Rz 42, 45). Ein Verweis auf § 224 Abs. 5 AktG ist nicht erforderlich; das Verbot ergibt sich bereits aus § 28 Abs. 1 Z 2.

Abs. 2 normiert für die Verschmelzung zur Neugründung, dass die Gründungsvorschriften Anwendung finden. Das entspricht § 233 Abs. 3 AktG für die innerstaatliche Verschmelzung. Zur Zulässigkeit siehe die Erläuterungen zu § 23.

Abs. 3 ordnet für den seltenen Fall, dass bei einer Herein-Verschmelzung auch ein österreichischer Rechtsträger übertragende Gesellschaft ist, die sinngemäße Geltung der Vorschriften über die Eintragung der Hinaus-Verschmelzung an. Davon ausgenommen sind freilich die Regelungen, die mit der Barabfindung oder der Vorabbescheinigung zu tun haben.

**Zu § 45:**

Die Vorschrift behandelt das Eintragungsverfahren bei der Herein-Verschmelzung. Abs. 1 benennt die zuständige Stelle gemäß Art. 128 Abs. 1 der Richtlinie. Die Anmeldung muss durch die Vorstände der übertragenden bzw. allenfalls auch der aufnehmenden Gesellschaft erfolgen. Abs. 2 nennt die vorzulegenden Unterlagen, wobei dies über die Anforderungen von Art. 128 Abs. 2 der Richtlinie zulässigerweise hinausgeht. Für die Verschmelzung zur Neugründung sind alle für die Gründung erforderlichen Unterlagen beizulegen, was § 233 Abs. 4 AktG für die innerstaatliche Verschmelzung entspricht.

Abs. 3 beinhaltet die bei der Anmeldung abzugebenden Erklärungen und wird durch Abs. 4 um für die grenzüberschreitende Verschmelzung zusätzlich erforderliche Punkte ergänzt. Abs. 5 regelt die

Prüfungshandlungen des Gerichts und setzt Art. 128 Abs. 1 Abs. 4 und 5 der Richtlinie um. Angeordnet wird unter anderem, dass die Prüfung sich insbesondere auch auf die Einhaltung gläubigerschützender Vorschriften erstrecken muss. Abs. 6 regelt in Umsetzung von Art. 130 Abs. 2 der Richtlinie und in Anlehnung an § 225a Abs. 1 AktG die einzutragenden Tatsachen.

**Zu §§ 46 und 48:**

Die Bestimmungen dienen der systematischen Gliederung des Gesetzes.

**Zu § 47:**

Hier werden zentrale Begriffe für die grenzüberschreitende Spaltung definiert.

**Zu § 49:**

Hier wird Art. 160d der Richtlinie umgesetzt; vgl. dazu auch § 10 und § 28.

**Zu § 50:**

Die vorliegende Vorschrift beschäftigt sich mit dem Gläubigerschutz bei der übertragenden Gesellschaft im Rahmen der Abspaltung zur Neugründung und der Ausgliederung. Die Richtlinie lässt es generell zu, dass die Mitgliedstaaten einen solchen institutionellen Gläubigerschutz vorsehen (*Winner*, Protection of Creditors and Minority Shareholders in Cross-border Transactions, ECFR 2019, 44, 53 f.), was ohnehin schon die Zulässigkeit der Anwendung von Gründungsvorschriften für neue Gesellschaften gemäß Erwägungsgrund 44 zeigt; für die übertragende Gesellschaft kann nichts anderes gelten.

Zunächst kann der in § 3 Abs. 1 SpaltG vorgesehene Summengrundsatz nicht übernommen werden, weil die Regelungen der Kapitalausstattung der begünstigten Gesellschaft dem Recht des Zuzugsmitgliedstaats unterliegen. Ganz generell kann die Idee des Summengrundsatzes, nämlich das nicht ausschüttbare Vermögen gleich zu halten, im Kontext der grenzüberschreitenden Spaltung nicht herangezogen werden, weil die Ausschüttungsfähigkeit des Vermögens in der begünstigten Gesellschaft nicht mehr der Regelungshoheit des österreichischen Gesetzgebers unterliegt.

Stattdessen geht die vorgeschlagene Regelung von einem anderen Konzept aus: Das Nennkapital, einschließlich der gebundenen Rücklagen, muss gemäß Abs. 1 gleich bleiben, außer die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung werden eingehalten; eine vereinfachte Kapitalherabsetzung nach Art von § 3 Abs. 2 SpaltG ist nicht zulässig. Abs. 2 schreibt vor, dass das Nettoaktivvermögen der übertragenden Gesellschaft wie nach § 3 Abs. 4 SpaltG dieses unveränderte Nennkapital zuzüglich der gebundenen Rücklagen weiter abdecken muss, was auch zu prüfen ist. Das gilt auch für die Ausgliederung, wengleich bei dieser der Ansatz der Beteiligung an der empfangenden Gesellschaft im Regelfall den Wert des übertragenen Vermögens abdecken wird.

**Zu § 51:**

Zur Umsetzung von Art. 160e der Richtlinie kann weitgehend auf § 11 verwiesen werden. Bei der Ausgliederung ist gemäß Art. 160s kein Spaltungsbericht erforderlich.

**Zu § 52:**

Durch diese Bestimmung wird Art. 160f der Richtlinie umgesetzt. Bei der Ausgliederung ist gemäß Art. 160s keine Spaltungsprüfung erforderlich.

Da sich die Spaltungsprüfung im Unterschied zur Umwandlungsprüfung auch auf die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses zu erstrecken hat, soll der notwendige Inhalt des Berichts in Abs. 2 ausformuliert werden. Während nach dem Wortlaut der Richtlinie ein allfälliger Marktpreis oder der nach anerkannten Bewertungsmethoden ermittelte Wert der Gesellschaft nur für die Bewertung der Barabfindung zu berücksichtigen sein soll, muss dies nach dem Sinn und Zweck der Regelung auch für das Umtauschverhältnis gelten, für dessen Festlegung der Unternehmenswert ebenfalls den Ausgangspunkt darstellt. Daher soll auch das Umtauschverhältnis in Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich erwähnt werden.

Die weiteren Regelungen zur Spaltungsprüfung können demgegenüber durch einen Verweis in Abs. 3 auf die entsprechenden Bestimmungen für die Umwandlungsprüfung normiert werden.

**Zu § 53:**

Auch bei der grenzüberschreitenden Spaltung soll die Verpflichtung zur Prüfung durch den Aufsichtsrat durch einen Verweis auf § 13 normiert werden.

**Zu § 54:**

Das Informationsrecht der Gesellschafter und der Arbeitnehmervertretung bei einer grenzüberschreitenden Spaltung kann weitestgehend durch einen Verweis auf § 14 geregelt werden.

**Zu § 55:**

Bei der Offenlegung des Spaltungsplans kann ebenfalls auf die entsprechende Bestimmung bei der grenzüberschreitenden Umwandlung verwiesen werden.

**Zu § 56:**

Die Regelung über die Fassung des Spaltungsbeschlusses setzt Art. 160h der Richtlinie um und kann grundsätzlich durch einen Verweis auf § 16 erfolgen. Handelt es sich allerdings um eine nicht verhältnismäßige Spaltung, gelten die in § 8 Abs. 3 SpaltG genannten besonderen Zustimmungserfordernisse.

**Zu § 57:**

Die Vorschrift setzt Art. 160i Abs. 1 bis 3 der Richtlinie um und regelt das Austrittsrecht bei Spaltungen, bei denen die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft nach österreichischem Recht nach der Spaltung Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft sein werden, auf die ein anderes Gesellschaftsrecht Anwendung findet. Die Ausgliederung ist davon somit nicht betroffen; siehe auch Art. 160s der Richtlinie. Die Norm entspricht grundsätzlich § 17 zur Hinaus-Umwandlung; vgl. die Erläuterungen zu jener Norm.

Ebenso wie nach § 9 SpaltG haben Gesellschafter, die einer nicht verhältnismäßigen Spaltung nicht zugestimmt haben, ein Austrittsrecht. Die Richtlinie lässt dies zu, weil das Austrittsrecht gemäß Art. 160i Abs. 1 Unterabs. 2 auch weiteren Gesellschaftern eingeräumt werden kann, was Erwägungsgrund 18 auch ausdrücklich anspricht. Dem Gesellschafter steht somit bei der nicht verhältnismäßigen Hinaus-Spaltung anders als bei der innerstaatlichen Spaltung ein Wahlrecht zwischen den Rechtsbehelfen zu: Austrittsrecht oder Überprüfung der Anteilsaufteilung.

Abfindungsschuldner ist nach Abs. 1 grundsätzlich die übertragende Gesellschaft. Die entsprechende Verbindlichkeit geht – anders als nach § 9 SpaltG – gemäß Abs. 3 mit Eintragung der Spaltung auf die Gesellschaft über, der sie im Spaltungsplan zugeordnet ist (§ 49 Abs. 1 Z 12); wegen der Haftung gemäß § 61 Abs. 2 und der erforderlichen Sicherheitsleistung entsteht dadurch keine Schutzlücke. Abs. 3 hält weiters fest, dass die Annahmeerklärung grundsätzlich an die übertragende Gesellschaft zu richten ist; allerdings ist die Erklärung an die übernehmende Gesellschaft zu richten, wenn die übertragende Gesellschaft (ausnahmsweise) bereits vor Ende der Annahmefrist untergegangen ist.

**Zu § 58:**

Die Vorschrift über den Anfechtungsausschluss bei der Hinaus-Spaltung setzt Art. 160h Abs. 5 der Richtlinie um und entspricht grundsätzlich § 18 zur Hinaus-Umwandlung. Bei der Ausgliederung fehlt es schon an einer Anteilsaufteilung und an einem Barangebot, weswegen die Norm nicht einschlägig ist; siehe auch Art. 160s der Richtlinie. Zum Begriff der Anteilsaufteilung vgl. die Erläuterungen zu § 60. Da es an der Anfechtungsbefugnis fehlt, kann das Firmenbuchgericht die Eintragung auch nicht nach § 19 FBG aussetzen, womit in Einklang mit Art. 160i Abs. 6 Unterabs. 1 Satz 2 der Richtlinie auch keine Eintragungssperre besteht, wenn ein Prüfungsverfahren eingeleitet wird.

**Zu § 59:**

Die Vorschrift setzt Art. 160i Abs. 4 und 5 der Richtlinie um. Der Anspruch auf Überprüfung der Barabfindung gemäß Abs. 2 ist nur auf die Hinaus-Spaltung anwendbar. Zuständig ist jedenfalls das österreichische Gericht, auch nach Eintragung der Spaltung (vgl. Art. 160i Abs. 5).

**Zu § 60:**

Die Vorschrift setzt Art. 160i Abs. 6 und 7 der Richtlinie um, wiederum nur für die Auf- oder Abspaltung. Sie betrifft die Überprüfung der Angemessenheit der Transaktion bei der Hinaus-Spaltung. Dabei geht es in der Sache nicht um die verhältnismäßige Spaltung; denn bei dieser sind die Gesellschafter nach der Spaltung an allen Gesellschaften im gleichen Verhältnis wie zuvor beteiligt, weswegen eine Umverteilung zwischen den Gesellschaftern durch die Transaktion nicht möglich ist. Auch bei der Ausgliederung ändert sich das (nun mediatisierte) Beteiligungsverhältnis nicht. Hingegen kann es bei der (zulässigen, vgl. Art. 160d lit. o der Richtlinie) nicht verhältnismäßigen Spaltung zu Wertverschiebungen kommen. Das meint Art. 160i Abs. 6, wenn er vom „Umtauschverhältnis“ spricht; denn ein Umtauschverhältnis im engeren Sinn gibt es nicht, weil die Spaltung zur Aufnahme nicht von der Richtlinie erfasst ist. Das entspricht auch dem bisherigen Verständnis des Begriffs „Umtauschverhältnis“ in vergleichbaren Zusammenhängen (vgl. Art. 142 Abs. 2 iVm. Art. 96 Abs. 2 der Richtlinie und die Umsetzung in § 5 Abs. 4 SpaltG; dazu *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 5 SpaltG Rz 12). Der vorgeschlagene Normtext erfasst dies besser als die Anordnung der Richtlinie. Insgesamt führt dies zu einer Neuregelung, weil eine Überprüfung der spaltungsrechtlichen Anteilsaufteilung dem geltenden SpaltG unbekannt ist (für alle *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> § 9 SpaltG Rz 61).

Der Anspruch nach Abs. 1 steht nur den Gesellschaftern zu, die durch die festgelegte Anteilsaufteilung benachteiligt sind. Das sind immer nur einzelne, wobei auch das Ausmaß des Nachteils je nach Gesellschafter unterschiedlich sein kann. Schon deswegen kann die Entscheidung keine Wirkung erga omnes haben. Ein Widerspruch gegen den Beschluss ist nicht erforderlich; dem steht der Text der Richtlinie entgegen.

Gemäß Art. 160i Abs. 6 Unterabs. 1 Satz 2 der Richtlinie liegt die Zuständigkeit bei dem Gericht des Mitgliedstaats, dessen Recht die sich spaltende Gesellschaft unterliegt, d.h. für eine Gesellschaft nach GmbHG oder AktG in Österreich; das greift Abs. 2 auf. Diese österreichische Zuständigkeit bleibt auch nach Durchführung der Spaltung bestehen. Probleme mit konkurrierenden Zuständigkeiten wie bei der Verschmelzung (vgl. Erläuterungen zu § 36) gibt es bei der grenzüberschreitenden Spaltung nicht. Anspruchsgegner müssen alle an der Spaltung beteiligten Gegner sein, damit das Gericht den Ausgleichsschuldner festlegen kann.

Dieser Ausgleich muss jedenfalls unmittelbar zugunsten der Gesellschafter erfolgen; das Gericht kann somit nicht anordnen, dass Vermögensgegenstände zwischen den Gesellschaften verschoben werden. Freilich kann der beschwerte Gesellschafter solcherart klaglos gestellt werden. Bei baren Zuzahlungen sollte der Schuldner häufig die Gesellschaft sein, an welcher der benachteiligte Gesellschafter die geringste Beteiligung hat, weil dadurch der Geldabfluss minimiert werden kann. Jedenfalls ist das Verbot der Einlagenrückgewähr zu beachten. Wegen des Verweises auf § 225e Abs. 3 AktG kann das Gericht auf Antrag einer Gesellschaft diese auch ermächtigen, für den Ausgleich Gesellschaftsanteile auszugeben. Aus dem Verweis auf die §§ 225c ff. AktG in Abs. 2 ergibt sich im Übrigen die Anwendung der Vorschriften über die Überprüfung des Umtauschverhältnisses bei der innerstaatlichen Verschmelzung. Da die Ansprüche je Gesellschafter unterschiedlich sein können, ist die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters nicht sinnvoll; deswegen wird die Anwendung von § 255f AktG ausgeschlossen.

#### **Zu § 61:**

Die Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 160j der Richtlinie und entspricht weitgehend § 20 sowie § 37. Im Unterschied zur grenzüberschreitenden Verschmelzung stellen sich Fragen des Gläubigerschutzes nur bei der Hinaus-Spaltung.

Hingegen stellt Abs. 2 eine spaltungsspezifische Regelung dar, die Art. 160j insofern überschießend umsetzt, als die dort vorgesehene Subsidiarität der Mithaftung beteiligter Gesellschaften entfällt. Dies gebietet die innere Kohärenz mit § 15 SpaltG. Umgekehrt können die nationalen Haftungsbefreiungen nach § 15 Abs. 1 Satz 2 und 3 SpaltG samt der Rückausnahme in § 15 Abs. 3 SpaltG nicht übernommen werden, weil sie Art. 160j Abs. 2 widersprechen.

Abs. 3 übernimmt die Erwägungen zu § 20 Abs. 2.

#### **Zu § 62:**

Die Vorschrift setzt Art. 160m und 160n der Richtlinie grundsätzlich nach dem gleichen Konzept wie bei Umwandlungen und Verschmelzungen um. Beizufügen ist jedenfalls auch der Bericht über die Prüfung hinsichtlich der Kapitalerhaltung.

Abs. 4 behandelt die Eintragung der Durchführung der Spaltung, die bei der Aufspaltung mit der Löschung der übertragenden Gesellschaft einhergeht; damit wird Art. 160p aus Sicht des Wegzugsstaats umgesetzt. Das österreichische Gericht muss mit dieser Eintragung und gegebenenfalls Löschung jedenfalls warten, bis es die Verständigung erhält, dass die begünstigten Gesellschaften eingetragen wurden; denn Art. 160q der Richtlinie verlangt, dass die Spaltung erst wirksam werden darf (siehe § 63 Abs. 1), wenn diese Mitteilungen eingelangt sind.

Auch die Eintragung bzw. Löschung nach Abs. 4 setzt keine (weitere) Firmenbuchanmeldung voraus; vgl. näher dazu § 21 Abs. 12.

#### **Zu § 63:**

Art. 160q sieht vor, dass das Recht des Wegzugsmitgliedstaats über die Wirksamkeit der grenzüberschreitenden Spaltung bestimmt. Das erfolgt durch § 63 Abs. 1: Ausschlaggebend ist die Eintragung der Durchführung der Spaltung.

Die Verpflichtung nach Art. 160p Abs. 4 der Richtlinie, die Register in den Zuzugsstaaten vom Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Spaltung zu verständigen, wird in § 37 Abs. 3 Z 7 FBG umgesetzt.

Abs. 2 bis 4 übernehmen weitgehend wörtlich die Bestimmungen in Art. 160r Abs. 1 bis 3 der Richtlinie. Die möglichst wortgetreue Übernahme ist wichtig, weil diesbezüglich Gleichklang zwischen den Vorschriften der beteiligten Mitgliedstaaten bestehen sollte. Im Vergleich zu § 14 Abs. 2 SpaltG fehlt damit

zunächst die ausdrückliche Anordnung der Gesamtrechtsnachfolge, was aber in der Sache nichts ändert, weil durch die Eintragung der Rechtsübergang erfolgt. Bei der Abspaltung wird in Einklang mit § 14 Abs. 2 Z 2 SpaltG angeordnet, dass etwaige Satzungsänderungen laut Spaltungsplan mit der Eintragung der Durchführung wirksam werden, wenngleich dies angesichts der Vorgabe, dass das Nennkapital grundsätzlich gleich bleiben soll, geringere Bedeutung als bei der innerstaatlichen Spaltung hat; da dies den Zuzugsmitgliedstaat nicht betrifft, ist die von der Richtlinie abweichende Anordnung unschädlich. Ob Rechte Dritter an den Anteilen weiterbestehen (siehe § 14 Abs. 2 Z 3 SpaltG), liegt aber in der Zuständigkeit des Zuzugsstaats. Ebenso können die Abs. 4 und 5 des § 14 SpaltG mangels Vereinheitlichung durch die Richtlinie nicht übernommen werden; diese Möglichkeiten richten sich nach den nach der Spaltung maßgeblichen Rechtsordnungen.

Abs. 5 übernimmt Art. 160r Abs. 4 der Richtlinie, auch wenn die Vorschrift wegen § 49 Abs. 1 Z 12 keine besondere Bedeutung haben sollte. Art. 160r Abs. 5 der Richtlinie wird mit Abs. 6, Art. 160r Abs. 6 mit Abs. 7 umgesetzt.

Da sich der Norminhalt des § 14 Abs. 3 SpaltG großteils bereits in der allgemeinen Bestimmung des § 6 wiederfindet, wird in Abs. 8 nur mehr geregelt, gegen welche Gesellschaft(en) eine Klage auf Anfechtung des Spaltungsbeschlusses oder auf Schadenersatz zu richten ist. Abs. 9 übernimmt die für die übertragende Aktiengesellschaft wichtige Vorschrift des § 14 Abs. 6 SpaltG.

#### **Zu § 64:**

Die Bestimmung dient der systematischen Gliederung des Gesetzes.

#### **Zu § 65:**

Die Vorschrift ordnet die Anwendung der Gründungsvorschriften für die neuen Gesellschaften an (vgl. dazu auch § 23) und setzt Art. 160o Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie um. Wie bei der innerstaatlichen Spaltung ist die Gründungsprüfung auch bei der GmbH jedenfalls erforderlich.

#### **Zu § 66:**

Die Vorschrift behandelt das Eintragungsverfahren bei der Herein-Spaltung für die inländische neue Gesellschaft. Abs. 1 benennt die zuständige Stelle gemäß Art. 160o Abs. 1 der Richtlinie. Die Anmeldung erfolgt wegen Art. 160o Abs. 2 der Richtlinie abweichend von § 12 Abs. 1 SpaltG nur durch den Vorstand der übertragenden Gesellschaft. Abs. 2 nennt die vorzulegenden Unterlagen, wobei dies über die Anforderungen von Art. 160o Abs. 2 der Richtlinie zulässigerweise hinausgeht. Jedenfalls sind alle für die Gründung erforderlichen Unterlagen beizulegen, was § 13 Z 4 SpaltG für die innerstaatliche Spaltung entspricht. Abs. 3 beinhaltet die bei der Anmeldung zu machenden Erklärungen und wird durch Abs. 4 um für die grenzüberschreitende Spaltung zusätzlich erforderliche Punkte ergänzt.

Abs. 5 regelt die Prüfungshandlungen des Gerichts und setzt Art. 160o Abs. 1 Abs. 4 und 5 der Richtlinie um. Angeordnet wird unter anderem, dass die Prüfung sich insbesondere auch auf die Einhaltung der Gründungsvorschriften erstrecken muss.

Abs. 6 regelt die Eintragung der gegründeten Gesellschaften. Aus Art. 160q iVm Art. 160p Abs. 3 der Richtlinie geht hervor, dass zunächst die neuen Gesellschaften eingetragen werden, dann eine Verständigung des Registers der übertragenden Gesellschaft erfolgt und erst danach die Spaltung (nach dem Recht des Wegzugsmitgliedstaats) wirksam werden kann. Deswegen gibt es einen Übergangszeitraum, in dem die neue Gesellschaft zwar schon eingetragen ist, aber die Spaltung noch nicht wirksam ist. Damit wissen die beteiligten Verkehrskreise vom entsprechenden Risiko. Siehe auch noch § 67 Abs. 2 für die deklaratorische Eintragung, dass die Gesellschaft entstanden ist.

#### **Zu § 67:**

Abs. 1 setzt Art. 160q, 160r und 160u der Richtlinie aus Sicht der begünstigten Gesellschaft um. Da sich die Wirksamkeit der Spaltung bei der Herein-Spaltung nach dem Recht des Wegzugsstaats richtet, beschränkt sich die Norm hinsichtlich des Wirksamwerdens auf einen Verweis.

Nach dem vorgeschlagenen Konzept entsteht die neue Gesellschaft nicht mit ihrer Eintragung, sondern erst mit der Wirksamkeit der Spaltung (zum deswegen erforderlichen Warnhinweis bei der Eintragung vgl. § 66 Abs. 6). Dies ist teilweise eine Neuerung, wenngleich vergleichbare Probleme bereits bisher bei der Hinausverschmelzung bestanden, wenn die Verschmelzung wegen Eintragung im Register des Zuzugsstaats zwar schon wirksam ist, aber die Löschung der österreichischen Gesellschaft noch nicht erfolgt ist. Jedenfalls wird dadurch sichergestellt, dass die Gesellschaft erst dann entsteht, wenn sie mit dem nach österreichischem Recht notwendigen Kapital ausgestattet ist.

Abs. 2 ordnet eine deklaratorische Eintragung zur Entstehung der Gesellschaft an. Diese hat unverzüglich zu erfolgen, sobald dem Gericht von der ausländischen Registerstelle die Wirksamkeit der Spaltung mitgeteilt wird.

**Zu §§ 68 bis 71:**

Hier finden sich die üblichen Schlussbestimmungen.

Nach Art. 3 Abs. 1 der Mobilitäts-Richtlinie hätte die Umsetzung dieser Richtlinie bis 31. Jänner 2023 erfolgen müssen. Da diese Frist nicht eingehalten werden konnte, wird in § 70 Abs. 1 als Tag des Inkrafttretens der 1. August 2023 vorgeschlagen; zu diesem Zeitpunkt soll auch das EU-VerschG außer Kraft treten. Angesichts der ohnehin verspäteten Umsetzung soll dabei von ausdrücklichen Übergangsvorschriften – im Sinn einer weiteren Anwendbarkeit des EU-VerschG über den 31. Juli 2023 hinaus – Abstand genommen werden, weil keineswegs gewährleistet erscheint, dass andere Mitgliedstaaten dann noch an einer nach früherer Rechtslage konzipierten grenzüberschreitenden Verschmelzung mitwirken würden.

**Zu Art. 2 (Änderung des FBG)**

**Zu Z 1 (§ 5 Z 4):**

In den besonderen Tatbeständen für Firmenbucheintragungen betreffend eine AG oder GmbH ist künftig auf das EU-UmgrG statt auf das EU-VerschG Bezug zu nehmen.

**Zu Z 2 (§ 37 Abs. 3):**

Zur Umsetzung von Art. 24 lit. ea der Richtlinie sind in Z 7 die im Rahmen der Registervernetzung an die zentrale Europäische Plattform zu übermittelnden Informationen im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Umgründungen entsprechend zu ergänzen; siehe dazu auch die Erläuterungen zu § 21 Abs. 11 EU-UmgrG.

**Zu Art. 3 (Änderung des RpfG)**

Die Erlassung des EU-VerschG und die Aufhebung des EU-VerschG machen auch eine Anpassung des § 22 RpfG erforderlich.

**Zu Art. 4 (Änderung des ÜbG)**

Dass neben grenzüberschreitenden Verschmelzungen künftig auch grenzüberschreitende Umwandlungen und Spaltungen ausdrücklich gesetzlich geregelt sind, ist auch in § 27f Abs. 1 ÜbG zu berücksichtigen. Vom vorgeschlagenen Verweis auf „Angebote iSd. § 21 Abs. 5 EU-UmgrG“ sind alle drei genannten Umgründungsarten erfasst, weil diese im Abschnitt für grenzüberschreitende Hinaus-Umwandlungen zu findende Regelung kraft Verweises (vgl. jeweils Abs. 3 in den §§ 42 und 62 EU-UmgrG) auch für Hinaus-Verschmelzungen und -Spaltungen gilt.

**Zu Art. 5 (Änderung des AktG)**

**Zu Z 1 (§ 95a Abs. 7):**

Der Verweis auf das EU-VerschG durch einen Verweis auf das EU-UmgrG zu ersetzen.

**Zu Z 2 (§ 262 Abs. 45):**

Die Änderung soll zum selben Zeitpunkt in Kraft treten wie das EU-UmgrG.

**Zu Art. 6 (Änderung des UmwG)**

**Zu Z 1 (§ 2 Abs. 1):**

Auch im UmwG sind die Verweise auf das EU-VerschG auf das EU-UmgrG umzustellen.

**Zu Z 2 (§ 6 Abs. 5):**

Hier wird das Inkrafttreten geregelt.

### **Zu Art. 7 (Änderung des BWG)**

#### **Zu Z 1 (§ 10a Abs. 2):**

Hiermit erfolgt eine Verweisanpassung, die aufgrund des Außerkrafttretens des EU-Verschmelzungsgesetzes (EU-VerschG) notwendig wird.

#### **Zu Z 2 (§ 107 Abs. 109):**

Es handelt sich um eine Bestimmung zum Inkrafttreten.

### **Zu Art. 8 (Änderung des GGG)**

#### **Zu Z 1 und 4 (§ 28 Z 4 und TP 12 lit. d):**

Da die Überprüfungsverfahren nach dem EU-UmgrG sowohl die Barabfindung als auch das Umtauschverhältnis betreffen können, sind die Zahlungspflicht und der Gebührentatbestand entsprechend umzuformulieren. An der Höhe der Gerichtsgebühren ändert sich dadurch nichts.

#### **Zu Z 2 und 3 (TP 10 I lit. c):**

Die Eintragung einer beabsichtigten grenzüberschreitenden Hinaus-Umwandlung, Hinaus-Verschmelzung oder Hinaus-Spaltung soll die Eintragungsgebühr nach TP 10 Z I lit. c Z 11 auslösen. Die spezifischen Gebührentatbestände für die SE und die SCE im Zusammenhang mit deren Sitzverlegung ins Ausland oder deren Gründung im Ausland finden sich künftig in Z 12 der TP 10 Z I lit. c.

### **Zu Art. 9 (Umsetzungshinweis)**

Hier wird auch im Gesetzestext klargestellt, welche Richtlinie durch das GesMobG umgesetzt wird.