



REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERSTER GERICHTSHOF
DIE PRÄSIDENTIN

509 Präs 5/23s

**Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs zum Entwurf eines Bundesgesetzes,
mit dem zur Umsetzung der Gesellschaftsrechtlichen
Mobilitäts-Richtlinie 2019/2121 ein Bundesgesetz über grenzüberschreitende
Umgründungen von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union
(EU-Umgründungsgesetz - EU-UmgrG) erlassen wird und mit dem
das Firmenbuchgesetz, das Rechtspflegergesetz, das Übernahmegesetz sowie
das Gerichtsgebührengesetz geändert werden
(Gesellschaftsrechtliches Mobilitäts-Gesetz - GesMobG)**

Die Umsetzung der Richtlinie 2019/2121 zur Abänderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. Nr. L 321 vom 12.12.2019 S. 1 ("Mobilitäts-Richtlinie"; im Folgenden nur „Richtlinie“), ins nationale Recht erfolgt in übersichtlicher, komprimierter und die Wiederholungen in der Richtlinie vermeidender Form.

Die Kodifikation aller drei grenzüberschreitenden Umgründungen in einem Gesetz (unter Aufhebung des EU-VerschG) ist zu begrüßen.

Da die inhaltlich weitgehend detailliert gestaltete Richtlinie keinen großen Spielraum bei der inhaltlichen Ausgestaltung der nationalen Normen eröffnet hat und die Frage, inwieweit von einem den Mitgliedstaaten fallweise eingeräumten Wahlrecht Gebrauch gemacht wird, in den Bereich der Rechtspolitik fällt, wird – abseits der nachfolgenden Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen – generell bloß auf die vermehrte Arbeitsbelastung der Firmenbuchgerichte durch die Mehraufgaben hingewiesen:

Insbesondere kann weder die generelle Komplexität grenzüberschreitender Umgründungen noch die personelle Ausstattung der Gerichte per se eine Verlängerung des vorgesehenen dreimonatigen Prüfungszeitraum für die grenzüberschreitende Umwandlung bewirken. Allein

im Rahmen einer vom Firmenbuchgericht durchgeführten Missbrauchskontrolle kann diese Frist um höchstens weitere drei Monate verlängert werden. Bei der Missbrauchskontrolle, deren Bedeutung für den Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz nur unterstrichen werden kann, überlassen Richtlinie und EU-UmgrG die inhaltliche Beurteilung, wann ein solcher Missbrauch vorliegt, weitgehend (und ohne konkrete Prüfparameter) den Gerichten. Erwähnung finden in den Erwägungsgründen der Richtlinie aber dann doch die Bereiche Steuerrecht, Arbeitnehmerrechte, Sozialversicherungszahlungspflichten und ganz allgemein die Absicht, kriminelle Zwecke hintanzuhalten und gegen Schein- oder Strohfirmen vorzugehen (ErwGr 35). Mit der Missbrauchskontrolle kann also die Prüfung umfangreicher Rechtsvorschriften unterschiedlichster Rechtsbereiche verknüpft sein. Es erscheint daher angesichts dieser Mehraufgaben in Verbindung mit dem einzuhaltenden Prüfungszeitraum zweifelhaft, dass bei realistischer Einschätzung der Arbeitsbelastung – wie in der Folgenabschätzung (1f) angeführt – aus dem erwarteten „merklichen“ Anstieg der Fälle kein in richterlichen Vollbeschäftigtenäquivalenten darstellbarer personeller Mehrbedarf resultiert.

1. Zu Art I (EU-UmgrG):

Allgemeine Bestimmungen

Zu § 3 Z 3 und 4 EU-UmgrG (Ausgeschlossene Gesellschaften):

Aufgezählt werden in dieser Bestimmung ausgeschlossene Fälle, wobei in Z 3 nur Titel IV der Richtlinie 2014/59/EU erwähnt wird. In Art 86a Abs 3 lit b der Richtlinie wird jedoch zusätzlich (verpflichtend) Titel V der Verordnung (EU) 2021/23 genannt.

Z 4 nennt als Ausschlussgrund den Fall, dass über das Vermögen der Gesellschaft rechtskräftig ein Konkursverfahren eröffnet wurde.

Die Richtlinie räumt den Mitgliedstaaten bei allen drei Umgründungsvorgängen ein (Art 86 a Abs 4 lit a [grenzüberschreitende Umwandlung]; Art 120 Abs 5 lit a [grenzüberschreitende Verschmelzung]; Art 160a Abs 5 lit a [grenzüberschreitende Spaltung]), zu beschließen, davon Gesellschaften, die „Gegenstand von Insolvenzverfahren oder präventiven Restrukturierungsrahmen“ sind, auszunehmen. Von diesem Mitgliedstaaten-Wahlrecht wird nach den Materialien zu Z 4 erklärtermaßen (nur) teilweise Gebrauch gemacht. Die Ausführungen dazu scheinen aber auf die Unterscheidung zwischen Konkursverfahren und Sanierungsverfahren („dagegen“ [Erläuterungen 2]) abzielen. Möglicherweise wurde dabei übersehen, dass mit der Formulierung „*rechtskräftig ein Konkursverfahren eröffnet*“ der Fall

der Abweisung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens (§ 71b IO) nicht erfasst ist. Auch dann, wenn der Konkurseröffnungsbeschluss erster Instanz vom Gericht zweiter Instanz aufgehoben wurde, bleiben die Wirkungen der Konkurseröffnung nach § 71c Abs 2 IO iVm § 79 Abs 1 IO bis zur rechtskräftigen Zurück- oder Abweisung des Konkurseröffnungsantrags aufrecht (RS0118048; zuletzt 8 Ob 156/22g) und die Gesellschaft bis dahin „Gegenstand“ eines Konkursverfahrens, sodass – soweit der Einschluss auch dieser Phase beabsichtigt ist - „rechtskräftig“ entfallen sollte.

Zu § 5 EU-UmgrG (Haftung der Organmitglieder):

Im letzten Satz heißt es :“*....seit dem Tag, an dem die Eintragung der grenzüberschreitenden Umgründung in das Firmenbuch gemäß § 10 UGB als bekanntgemacht gilt.*“

§ 10 UGB wurde mit BGBl I 2022/186 novelliert, sodass der erste Satz von Abs 1 nun lautet: *„Eintragungen im Firmenbuch gelten mit dem Beginn des Tages ihres Vollzugs (§ 32 Abs. 1 FBG) als bekannt gemacht.“* Vollzug der Eintragung iSd § 32 FBG ist (nicht die Eingabe der Daten, sondern) die Übertragung der Daten in das Hauptbuch (mit dem „Tagwechsel“).

Um die Gesetzesverweisung auf § 10 UGB zu vermeiden, wird vorgeschlagen, die Wendung zu fassen wie folgt:

„....seit dem Tag des Vollzugs der Eintragung der grenzüberschreitenden Umgründung in das Firmenbuch.“

Grenzüberschreitende Umwandlung

Zu § 11 Abs EU-UmgrG (Umwandlungsbericht):

Abs 2, 3 und 5 formulieren: *„Der Bericht enthält ...“* bzw *„Im Abschnitt ... wird erläutert“*. Es wird vorgeschlagen, auch diese Passagen eindeutig als Anordnungen im Imperativ zu halten (*„Der Bericht hat ... zu enthalten“* bzw *„Im Abschnitt ... ist ... zu erläutern“*).

Zu § 12 EU-UmgrG (Umwandlungsprüfung):

In Abs 3 wird zur Bestellung, zur Auswahl, zum Auskunftsrecht und zur Verantwortlichkeit des Umwandlungsprüfers auf § 5 Abs 2 und 3 SpaltG verwiesen. Danach wird der Spaltungsprüfer vom Aufsichtsrat, mangels eines solchen vom Vorstand der übertragenden Gesellschaft bestellt. Die Richtlinie verlangt in Art 86f Abs 1 einen „unabhängigen“ Sachverständigen. In Erwägungsgrund 38 der Richtlinie wird diese Unabhängigkeit betont und zur Vorabbescheinigung weiter ausgeführt:

„Der Sachverständige sollte von der zuständigen Behörde ernannt werden und sollte weder in der Vergangenheit noch in der Gegenwart eine Verbindung mit der betreffenden Gesellschaft gehabt haben bzw. haben, die Auswirkungen auf die Unabhängigkeit des Sachverständigen haben könnte.“

Es scheint daher fraglich, ob die Umsetzung in § 12 Abs 3 richtlinienkonform ist.

Kalss (Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 220b AktG Rz 7) weist zur national analog geregelten Bestellung des Verschmelzungsprüfers durch den Aufsichtsrat gemäß § 220b Abs 2 Satz 1 AktG darauf hin, dass das Anliegen der Unabhängigkeit des Prüfers wegen der – oft bestehenden – faktischen Abhängigkeit des Aufsichtsrats vom maßgeblichen Aktionär vielfach nicht verwirklicht ist. Eine richtlinienkonforme Umsetzung könnte daher gebieten, dass der Umwandlungsprüfer vom Gericht bestellt werden muss. Dasselbe Problem stellte sich seinerzeit schon bei Umsetzung der Spaltungsrichtlinie (durch das EU-GesRÄG 1996), weil die Spaltungsrichtlinie (Sechste RL 82/891/EWG des Rates v. 17.12.1982 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften) in Art 8 Abs 1 ebenso vorsah, dass der Spaltungsplan durch „unabhängige Sachverständige, welche durch ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde bestellt oder zugelassen sind“, zu prüfen sei (siehe nun gleichlautend Art 142 bzw Art 96 Abs 1 [zur Prüfung des Verschmelzungsplans] sowie dessen Anwendung bei Verschmelzung zur Neugründung nach Art 109 Abs 1 der Richtlinie).

Zu § 20 Abs 1 Satz 3 EU-UmgrG (Gläubigerschutz):

Der Gläubiger muss glaubhaft machen, dass *„seine Forderung entstanden und nicht durchsetzbar ist ...“*

Die Richtlinie sieht in Art 86j Abs 1 ein angemessenes Schutzsystem für die Interessen der Gläubiger vor, *„deren Forderungen ... entstanden und ... noch nicht fällig geworden sind.“*

Zwar geht der Entwurf nach den Materialien von der in der Richtlinie gebrauchten Formulierung „noch nicht fällig“ bewusst ab, allerdings ist die Wendung „nicht durchsetzbar“ kein rechtlich klar definierter Terminus und somit mehrdeutig (weil auch bloß faktisch nicht durchsetzbar damit angesprochen sein könnte). Die Erklärung in den Erläuterungen (Seite 8): „Es [das Merkmal „nicht durchsetzbar“] meint das im Sinne der Leistungszeit fällige und einredefreie Bestehen der Gläubigerforderung“ bleibt unklar, sodass vorgeschlagen wird, auch in § 20 Abs 1 Satz 3 bei der in der RL gebrauchten Wendung „noch nicht fällig“ zu bleiben.

Zu § 21 EU-UmgrG (Anmeldung und Eintragung der beabsichtigten Umwandlung, Ausstellung der Vorabbescheinigung):

Die in Abs 7 neu eingeführte Missbrauchskontrolle durch das Firmenbuchgericht orientiert sich nach ihrem Wortlaut an Art 86m Abs 8 bis 10 der Richtlinie; die Erläuterungen gehen über Erwägungsgrund 35 nicht hinaus und bleiben vage. Auch wenn die Formulierung im Gesetz angesichts dieser (allgemein gehaltenen) Vorgaben durch die Richtlinie verständlich erscheint, wäre die Anführung von mehreren Missbrauchs(verdachts)fällen in den Erläuterungen wünschenswert, bleibt doch sonst offen, welche Vorstellung der Gesetzgeber vom zu unterbindenden Missbrauch bei Berücksichtigung des Umstands hat, dass die Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat zulässigerweise auch zur Inanspruchnahme in bestimmter Hinsicht günstigerer Rechtsnormen dieses Mitgliedsstaats führen wird. Da die bloße Absicht, in den Genuss günstiger Rechtsvorschriften zu gelangen, angesichts der Niederlassungsfreiheit für sich genommen noch keinen Missbrauch begründen wird, wird ansonsten die Konkretisierung dieser Bestimmung weitgehend dem Richterrecht überlassen bzw erst durch Vorabentscheidungsersuchen (des Rekursgerichts oder Obersten Gerichtshofs) zu erreichen sein.

Grenzüberschreitende Verschmelzung

Zu § 30 Abs 3 EU-UmgrG (Verschmelzungsprüfung):

Für die Bestellung des Verschmelzungsprüfers durch den Aufsichtsrat (Verweisung auf § 220b Abs 2 AktG) oder Vorstand gelten dieselben Bedenken wie sie schon zur Umwandlung zu § 12 Abs 3 dargestellt wurden (vgl Art 125 der Richtlinie, welcher wohl in Verbindung mit 109 Abs 1 der Richtlinie [unter Verweis auf Art 96 Abs 1 der Richtlinie] zu lesen ist).

Zu § 34 EU-UmgrG (Verschmelzungsbeschluss und -vertrag):

Diese Bestimmung befindet sich im allgemeinen Teil der Verschmelzungsbestimmungen.

In Abs 4 wird für den Verschmelzungsvertrag das Formerfordernis des Notariatsakts klargestellt (vgl dazu, dass bisher auch die „notarielle Beurkundung in § 222 AktG und § 5 Abs 5 EU-VerschG nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung als Notariatsakt verstanden wurde [vgl *Kalss* aaO § 222 AktG Rz 4; *Eckert* in *Kalss* aaO § 5 EU-VerschG Rz 8; 6 Ob 21/14b = RS0129327]).

Die Vorlage eines Notariatsakts ist im Hinblick auf die „vorprüfende“ Kontrolle durch einen Notar aus Sicht der damit leichteren Handhabung bei den Firmenbuchgerichten grundsätzlich zu befürworten.

Manche ausländische Rechtsordnungen kennen aber den „Notariatsakt“ nicht. Daraus könnte aber wohl schon wegen des unionsrechtlichen Verbots der Ausländerdiskriminierung nicht der

Schluss gezogen werden, dass diesfalls bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung der Verschmelzungsvertrag nur in Österreich von einem österreichischen Notar errichtet werden dürfte. Zwar ist in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass eine ausländische Beurkundung, die der inländischen Formvorschrift gleichwertig ist, ausreicht (*Kalss* aaO § 222 AktG Rz 6; *Eckert* in *Kalss* aaO § 5 EU-VerschG Rz 8; 6 Ob 525/89), es ist jedoch überdies auf § 8 zweiter Halbsatz IPRG hinzuweisen, wonach die Einhaltung der Form des Staates genügt, in dem die Rechtshandlung vorgenommen wird. Geht man also wegen des Verbots der Ausländerdiskriminierung davon aus, dass der Verschmelzungsvertrag auch in dem ausländischen Mitgliedstaat errichtet werden darf, in dem sich die an der Verschmelzung beteiligte ausländische Gesellschaft befindet, und gibt es in diesem Staat keinerlei Formvorschrift, bleibt die undifferenziert geforderte Form nach einem Notariatsakt unions- und kollisionsrechtlich fraglich (so zu § 5 EU-VerschG *Eckert* in *Kalss*, *Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung*³ § 5 EU-VerschG Rz 8).

Es wird daher vorgeschlagen § 34 Abs 4 folgendermaßen zu fassen: „Die an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften haben auch einen Verschmelzungsvertrag abzuschließen; dieser bedarf der Form eines Notariatsaktes, sofern der Verschmelzungsvertrag in Österreich errichtet wird. Wird der Verschmelzungsvertrag in einem anderen Mitgliedstaat, in dem eine an der Verschmelzung beteiligte Gesellschaft ihren Sitz hat, abgeschlossen, so sind die dort geltenden Formvorschriften einzuhalten.“

Angemerkt sei zuletzt aber, dass auch im deutschen Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie die notarielle Beurkundung für den Verschmelzungsplan (und überdies auch für den Spaltungsplan sowie den „Formwechselplan“) vorgeschlagen wird.

Zu § 36 Abs 2 EU-UmgrG (Überprüfung des Umtauschverhältnisses):

Die Problematik der durch Art 126a Abs 6 und 7 der Richtlinie verursachten Möglichkeit divergierender Entscheidungen (über die Überprüfung des Umtauschverhältnisses), die (alle) für die übernehmende Gesellschaft verbindlich sind, soll nicht verkannt werden. Die als Lösungsweg vorgeschlagene Verpflichtung österreichischer Gerichte sich „tunlichst“ mit Gerichten aus anderen Mitgliedstaaten, die ebenfalls über die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses abzusprechen haben, zu „koordinieren“ und deren Entscheidungen zu berücksichtigen, soweit sie vorliegen, lässt aber jede Determination zu Inhalt, Umfang und zum förmlichem Weg einer solchen Koordination vermissen.

Hinaus-Verschmelzung

Zu § 41 Abs EU-UmgrG (Anmeldung und Eintragung der beabsichtigten Verschmelzung, Ausstellung der Vorabbescheinigung):

In Abs 2 Z 2 wird im Klammerzitat auf § 34 Abs 4 (also auf die Notariatsaktsform) verwiesen. Die zu § 34 Abs 4 angestellten Überlegungen gelten auch hier.

Herein-Verschmelzung

Zu § 44 EU-UmgrG (Anmeldung und Eintragung):

Abs 2 Z 3: Wiederum ist auf die Problematik der Notariatsaktspflicht (zu § 41 Abs 2 Z 2) hinzuweisen.

Abs 2 Z 8: Es wird beim Vorgang einer Herein-Verschmelzung die Vorlage einer Schlussbilanz bei Firmenbuchanmeldung von jeder (ausländischen) übertragenden Gesellschaft verlangt.

Diese Vorschrift hat ihr Vorbild offenbar in § 225 Abs 2 Z 6 iVm § 220 Abs 3 AktG im nationalen Recht. Im nationalen Recht wird diesem Erfordernis der Zweck der Information, der Ausschüttungsbemessung, der Kapitalerhöhungskontrolle (allfälliger Entfall einer Kapitalerhöhungsprüfung), der Prüfung des positiven Verkehrswerts durch die Firmenbuchgerichte sowie der Ergebnisabgrenzung zugeschrieben (*Kalss* aaO § 220 AktG Rz 53). Somit hat die Schlussbilanz maßgeblich, wenn nicht primär, gläubigerschützenden Zweck. In der Richtlinie findet sich das Erfordernis der Vorlage der Schlussbilanz nicht. Der Gläubigerschutz wird dort in Art 126b geregelt und sieht insoweit als Möglichkeit („können“) in Abs 2 bloß eine Erklärung der Verwaltungs- oder Leitungsorgane aller Gesellschaften über die Bonität vor sowie darüber, dass kein Grund zur Annahme besteht, die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft könnte nicht in der Lage sein, ihre Verbindlichkeiten bei Fälligkeit zu erfüllen („Solvenzerklärung“, vgl ErwGr 25 der Richtlinie). Auch bei den Unterlagen, die für die Vorabbescheinigung (der wegziehenden Gesellschaft) vorzulegen sind (Art 127 Abs 2) oder die verlangt werden können (Art 127 Abs 3), scheint eine Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaften nicht auf.

Die Materialien zum Entwurf meinen ohne nähere Begründung, die nach § 44 Abs 2 vorzulegenden Unterlagen gingen über die Anforderungen von Art 128 Abs 2 der Richtlinie „zulässigerweise“ hinaus, ohne darzulegen, warum dies für die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaften zutreffen sollte.

Grenzübertragende Spaltung

Zu § 50 EU-UmgrG (Kapitalerhaltung bei der Spaltung):

Anstelle von Abs 1 Satz 2 "*Gebundene Rücklagen dürfen auf die übertragenden Gesellschaften nicht übertragen werden.*" müsste es richtig lauten: "*Gebundene Rücklagen dürfen auf die begünstigten Gesellschaften nicht übertragen werden.*"

Zu § 52 Abs 3 EU-UmgrG (Spaltungsprüfung):

Kraft der Verweisung auf § 12 Abs 3 EU-UmgrG sind auch hier die zu dieser Bestimmung dargestellten Bedenken hinsichtlich der Bestellung des Spaltungsprüfers gültig, zumal auch für die Spaltung ein „unabhängiger“ Sachverständiger, der „von der Gesellschaft“ unabhängig ist, verlangt wird (Art 160f Abs 1, Art 160t Abs 2 der RL).

Erläuterungen zu § 63 EU-UmgrG (Wirkungen der Eintragung der Spaltung):

Es liegt zu Abs 5 offenkundig ein Redaktionsversehen vor: Es müsste in den Materialien richtig heißen: „... *auch wenn die Vorschrift wegen § 49 Abs. 1 Z 12 [anstelle von Z 11] keine besondere Bedeutung haben sollte.*“

Zu § 66 Abs 2 Z 7 EU-UmgrG (Anmeldung und Eintragung der begünstigten Gesellschaft):

Wiederum wird (wie schon in § 44 Abs 2 Z 8) die Schlussbilanz der Gesellschaft als bei der Anmeldung der begünstigten Gesellschaft(en) vorzulegende Unterlage erwähnt. Dabei kann es sich nur um die Bilanz der übertragenden Gesellschaft handeln, weil die neu gegründeten begünstigten Gesellschaften noch keine „Schlussbilanz“ haben können. Auch hier fehlt die Begründung, warum die nationale Norm „zulässigerweise“ über die in Art 160o Abs 2 der Richtlinie aufgestellten Anforderungen hinausgeht und es stellen sich dieselben Bedenken wie zu § 44 Abs 2 Z 8.

2. Zu Art 3 (Änderung des RPfIG):

In Z 1. und 2. muss es statt „§ 17“ richtig „§ 22“ lauten. Die Z 2. ist zweimal vergeben, weshalb bei der Inkraftretensklausel die Z richtig „3.“ zu lauten hat. Dort wird der richtige „§ 22“ zitiert.

3. In- und Außerkrafttreten:

Nur der Vollständigkeit wird darauf hingewiesen, dass die Daten des In- und Außerkrafttretens (30. Jänner bzw 31. Jänner 2023) in § 70 Eu-UmgrG, § 43 Abs 18 FBG, § 45 Abs 18 RpflG, § 37 Abs 10 ÜbG und Art. VI Z 79 GGG bereits verstrichen sind.

Oberster Gerichtshof
Wien, 24. Februar 2023
Dr. Lovrek, Präsidentin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG