



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses bei
der SE-Verschmelzungsgründung“

Verfasser

Mag. iur. Daniel Reiter

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur)

Wien, 2012

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer: Univ. Prof. Dr. Hanns F. Hügel

Für meine Eltern

Vorwort

Bei meinem Dissertationsstudium im Allgemeinen sowie bei der Erstellung dieser Arbeit im Besonderen haben mich viele Menschen unterstützt, denen ich an dieser Stelle meinen Dank aussprechen möchte.

Sowohl in fachlicher als auch in menschlicher Hinsicht bedanke ich mich in besonderer Weise bei meinem Doktorvater, Herrn *Univ.-Prof. Dr. Hanns F. Hügél*. Seine Unterstützung reichte vom Zeitpunkt der Themenfindung an bis zur Finalisierung der Arbeit, wobei er trotz zeitintensiver anwaltlicher Tätigkeit stets ein offenes Ohr für meine Probleme und Anliegen bei der Erstellung des Manuskriptes hatte.

Ferner möchte ich mich bei den Beurteilern meiner Dissertation, *Univ.-Prof. Dr. Paul Oberhammer* und *Priv.-Doz. Dr. Georg Eckert*, sehr herzlich bedanken. Sie beide gaben mir zahlreiche wertvolle Hinweise für die Ausarbeitung meines Dissertationsthemas und haben durch sehr konstruktive Diskussionen wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen. *MMag. Dr. Gerd Konezny* danke ich für seine Denkanstöße rund um die von mir inhaltlich behandelten Bereiche sowie für seine organisatorische Unterstützung.

Ein besonderer Dank gilt *Univ.-Ass. Mag. Thomas Mollhuber, BSc LL.B.* für seine wertvollen inhaltlichen Anregungen und die besonders akribische Durchsicht meiner Arbeit sowie meinen Studienkollegen *Katrin Kernbichler, BA* und *Christian Palmetzhofer* für die gewissenhafte inhaltliche und sprachliche Kontrolle.

Ganz besonders bedanken möchte ich mich bei meinen Eltern *Ing. Karl* und *Anita Reiter*, denen diese Arbeit auch gewidmet ist. Sie haben mir das Studium nicht nur durch ihre finanzielle Unterstützung erst ermöglicht, sondern haben mir auch stets den Rückhalt geboten, der für die Erstellung dieser Arbeit notwendig war. Schließlich danke ich meinem Familien- und Freundeskreis, der sowohl die - durch die Manuskripterstellung bedingten - zeitlichen Einschränkungen als auch meine wechselnden Launen im Verlauf des Dissertationsstudiums mit Fassung ertragen hat.

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	5
<i>Inhaltsverzeichnis</i>	7
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	19
I. Einleitung	23
1. Problemaufriss und Zielsetzung der Arbeit.....	23
2. Gang der Untersuchungen.....	25
II. SE-Verschmelzungsgründung	28
1. Charakteristik der SE-VO.....	28
2. Überblick über das auf die SE anwendbare Recht.....	28
3. Ermittlung des anwendbaren Rechts bei der SE-Verschmelzungsgründung.....	29
3.1. Kollisionsrecht – Einheits- und Vereinigungstheorie.....	31
3.1.1. Einheitsstheorie.....	32
3.1.2. Vereinigungstheorie.....	32
3.2. Kollisionsnormen der SE-VO.....	34
3.2.1. Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Vergleich mit nationalem IPR Kollisionsrecht	35
3.2.2. Charakterisierung der einzelnen Verweisungstypen.....	36
3.2.2.1. Generalverweisung.....	37
3.2.2.2. Partielle Generalverweisung.....	37

3.2.2.3. Spezialverweisung.....	37
3.2.3. Sachrechts- oder Gesamtrechtsverweisung.....	39
3.2.4. Zweistufigkeit des Gründungsverfahrens.....	40
4. Das anwendbare Recht bei der SE-Verschmelzungsgründung.....	41
4.1. Vorrang des Gemeinschaftsrechts.....	41
4.2. Art 15 Abs 1.....	43
4.3. Art 18.....	45
4.4. Verhältnis der einzelnen Verweisungsnormen zueinander.....	46
4.4.1. Verhältnis von Art 9 zu Art 15 Abs 1.....	46
4.4.2. Verhältnis von Art 15 Abs 1 zu Art 18.....	47
III. Überprüfung des Umtauschverhältnisses bei der SE-Verschmelzungsgründung.....	50
1. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben.....	50
2. Exkurs: Verhältnis von SE-VO und VRL.....	50
3. Grundlage für die Anwendbarkeit des österreichischen Überprüfungsverfahrens.....	52
4. Art 25 Abs 3 als Grundlage?.....	53
5. Artt 18 iVm 25 Abs 3.....	54
6. Artt 24 Abs 2 iVm 25 Abs 3.....	55
6.1. Ausspruch gegen die Verschmelzung.....	55
6.2. Begriff der Minderheit.....	57
6.3. Angemessenheit.....	59
7. Art 24 Abs 2 als ausschließliche Grundlage?.....	59

8.	Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, ein nachträgliches Überprüfungsverfahren zu normieren..	61
8.1.	Überprüfungsverfahren nur für die SE-Verschmelzungsgründung.....	61
8.2.	Überprüfungsverfahren (auch) für nationale Verschmelzungen	61
8.3.	Überprüfungsverfahren für nationale Verschmelzungen und davon abweichende Bestimmungen für die SE-Verschmelzungsgründung.....	62
9.	Miteinbeziehung der Aktionäre ausländischer Gesellschaften gemäß § 22 SEG	62

IV. Das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses gemäß den §§ 225b ff AktG..... 65

1.	Allgemeines	65
2.	Ausschluss von Anfechtungsklagen	66
3.	Gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses gemäß §§ 225c – m AktG.....	68
3.1.	Anspruch der Aktionäre	68
3.1.1.	Ausgleich durch bare Zuzahlungen	68
3.1.2.	Ausgabe zusätzlicher Aktien anstelle barer Zuzahlungen	69
3.1.3.	Befriedigung des Ausgleichanspruches und Kapitalerhaltung.....	71
3.2.	Entscheidung des Gerichtes.....	72
3.3.	Antragsberechtigung	73
3.3.1.	Materielle Voraussetzungen	73
3.3.2.	Formelle Antragsvoraussetzungen.....	75
3.4.	Prozessuale Besonderheiten.....	77
3.4.1.	Zuständigkeit und Verfahren.....	77
3.4.2.	Kosten.....	77

3.4.3. Gemeinsamer Vertreter	78
3.4.4. Gremium zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses	79
3.4.5. Teilvergleich	80
3.4.6. Erweiterung der Rechtskraft.....	80
V. Die Anwendung des österreichischen Überprüfungsverfahrens bei der SE-	
Verschmelzungsgründung.....	82
1. Voraussetzungen gemäß Art 25 Abs 3.....	82
2. Umsetzung des Art 25 Abs 3 in § 22 SEG.....	83
2.1. Exkurs: Veröffentlichung der Modalitäten für die Ausübung der Minderheitsrechte?...83	
2.2. Die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gesellschaft kennt kein dem österreichischen Recht vergleichbares Überprüfungsverfahren.....	85
2.2.1. Zustimmung zum österreichischen Überprüfungsverfahren wird nicht erteilt.....	85
2.2.2. Zustimmung zum österreichischen Überprüfungsverfahren wird erteilt.....	87
2.2.2.1. Hereinverschmelzung.....	89
2.2.2.2. Hinausverschmelzung.....	91
2.2.3. Beteiligung der Aktionäre der ausländischen Gesellschaft am österreichischen Verfahren.....	93
2.2.3.1. Hereinverschmelzung.....	93
2.2.3.2. Hinausverschmelzung.....	95
3. Die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gesellschaft kennt ebenfalls ein spezielles Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses	96
3.1. Reichweite des Art 25 Abs 3.....	96
3.2. Prüfung der Anwendbarkeit des Art 25 Abs 3.....	97

3.3.	Kriterien zur Bestimmung der Vergleichbarkeit der Verfahren	98
3.3.1.	Unabdingbare Voraussetzungen.....	98
3.3.2.	Abdingbare Voraussetzungen.....	99
3.4.	Überblick über jene Mitgliedstaaten, deren Rechtsordnung ein Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses kennt.....	100
VI.	Internationale Zuständigkeit	102
1.	Zuständigkeit nach der EuGVVO	102
1.1.	Anwendungsbereich der EuGVVO.....	102
1.2.	Überblick über das System der Gerichtsstände und Prüfung der Zuständigkeit nach der EuGVVO	103
2.	Ermittlung der Zuständigkeit für das nachträgliche Überprüfungsverfahren nach der EuGVVO	105
2.1.	Zwangserichtsstand gemäß Art 22 Z 2 EuGVVO.....	105
2.1.1.	Klage, „ <i>welche [...] die Auflösung einer Gesellschaft oder juristischen Person [...] zum Gegenstand</i> “ hat	107
2.1.2.	Klage, „ <i>[...] welche die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand</i> “ hat.....	108
2.2.	Allgemeiner Gerichtsstand gemäß Art 2 iVm 60 EuGVVO.....	109
2.3.	Verbrauchergerichtsstand gemäß Art 15 Abs 1c EuGVVO.....	110
2.4.	Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß Art 5 Z 1a EuGVVO	115
3.	Zuständigkeitsregelung in Art 25 Abs 3 SE-VO?	119
3.1.	Nichtanwendbarkeit der EuGVVO?	121
3.2.	Eingliederung des Art 25 Abs 3 in das typisierte Zuständigkeitssystem der EuGVVO.....	123
3.2.1.	Art 25 Abs 3 als Zwangserichtsstand gemäß Art 22 EuGVVO.....	123

3.2.2. Art 25 Abs 3 als (zusätzlicher) Wahlgerichtsstand.....	124
4. Zusammenfassung.....	125
VII. Vorgehensweise bei internationaler Zuständigkeit mehrerer Gerichte	126
1. Fallkonstellationen, bei denen nur ein Gericht international zuständig ist	126
2. Koordinierung der Verfahren bei konkurrierender internationaler Zuständigkeit mehrerer Gerichte in verschiedenen Mitgliedstaaten.....	128
2.1. Anwendungsvoraussetzungen für Artt 27 und 28 EuGVVO	129
2.2. Koordinierung aufgrund von Art 27 EuGVVO.....	130
2.2.1. Identität des Anspruchs.....	130
2.2.2. Identität der Parteien.....	131
2.2.3. Vorgehen des später angerufenen Gerichtes.....	131
2.3. Koordinierung aufgrund von Art 28 EuGVVO.....	133
2.3.1. Zusammenhang der Verfahren.....	133
2.3.2. Vorgehen des später angerufenen Gerichtes gemäß Abs 1.....	134
2.3.3. Vorgehen des später angerufenen Gerichtes gemäß Abs 2.....	134
3. Koordinierung von in verschiedenen Mitgliedstaaten anhängig gemachten Überprüfungsverfahren nach Art 27 EuGVVO.....	135
3.1. Identität des Anspruches	135
3.2. Identität der Parteien.....	136
3.3. Internationale Zuständigkeit des Erstgerichtes für beide Verfahren	138
4. Koordinierung von in verschiedenen Mitgliedstaaten anhängig gemachten Überprüfungsverfahren nach Art 28 EuGVVO.....	139

5. Koordinierung der Verfahren bei konkurrierender Zuständigkeit mehrerer Gerichte in Österreich	140
--	-----

VIII. Zusammenspiel mehrerer mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen 142

1. Auseinanderfallen von materiellem Recht und Verfahrensrecht	142
1.1. Verweisungsumfang der Artt 18 beziehungsweise 24 Abs 2 iVm 25 Abs 3.....	142
1.2. Grundsatz der lex fori processualis.....	143
1.3. Abgrenzung von formellem und materiellem Recht.....	144
1.4. Versuch einer Abgrenzung von formellem und materiellem Recht beim Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses.....	145
1.4.1. Materiellrechtliche Normen	146
1.4.2. Verfahrensrechtliche Normen.....	148
1.4.3. Folgen der Abgrenzung.....	149
1.4.3.1. Die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gesellschaft kennt ein vergleichbares Verfahren	149
1.4.3.2. Die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gesellschaft kennt kein vergleichbares Verfahren	152
1.4.4. Spezielle österreichische Verfahrensvorschriften, die für die Durchsetzung des Anspruches wesentlich sind.....	152
1.4.4.1. Außerstreitiges Verfahren und Untersuchungsgrundsatz	152
1.4.4.2. Kostentragung	153
1.4.4.3. Vertretung der nicht antragstellenden Aktionäre	154
1.4.4.4. Rechtskrafteerstreckung.....	155
1.5. Verhältnis zwischen materiellem und formellem Recht	155

1.6. Europarechtliche Verpflichtung der ausländischen Gerichte zur effektiven Durchsetzung des Ausgleichsanspruches?	156
1.7. Mögliche Vorgehensweise des angerufenen Gerichtes	159
1.7.1. Festhalten am lex fori processualis Grundsatz.....	159
1.7.2. Materiellrechtsfreundliche Qualifikation.....	160
1.7.3. Anwendung verwandter Verfahrensnormen, Angleichung an das materielle Recht...160	
1.7.4. Anwendung des österreichischen Verfahrensrechts von ausländischen Gerichten161	
1.8. Zusammenfassung.....	162
2. Koordination bei der Anwendung von materiellrechtlichen Normen mehrerer Rechtsordnungen.....	163
2.1. Die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gesellschaft kennt ein vergleichbares Verfahren.....	163
2.2. Kollision zwischen den österreichischen Normen des Überprüfungsverfahrens und dem Gesellschaftsstatut der SE.....	166
2.2.1. Verhältnis zwischen Ausgleichsanspruch und Begrenzung von baren Zuzahlungen .167	
2.2.2. Verbot der Einlagenrückgewähr.....	171
IX. Gerichtsstandsvereinbarung	172
1. Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung	172
2. Anwendungsbereich des Art 23 EuGVVO	173
2.1. Allgemeine Voraussetzungen gemäß Art 23 Abs 1 EuGVVO.....	173
2.2. Auslandsbezug.....	174
3. Inhaltliche Erfordernisse.....	175
4. Wirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung.....	176

5.	Formerfordernisse.....	176
6.	Gerichtsstandsvereinbarung in der Satzung der SE.....	177
6.1.	Zulässigkeit nach der SE-VO und dem SEG.....	177
6.2.	Verbindlichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung für die Gesellschafter.....	177
6.2.1.	Rechtsprechung des EuGH.....	178
6.2.2.	Voraussetzungen nach österreichischem Recht.....	178
7.	Ausgestaltung in einzelnen Fallkonstellationen.....	182
7.1.	Gesellschaftsstatut der beteiligten Gesellschaft kennt ein vergleichbares Verfahren....	182
7.2.	Gesellschaftsstatut der beteiligten Gesellschaft kennt kein vergleichbares Verfahren..	183
7.2.1.	Die Aktionäre der ausländischen Gesellschaft sind nicht antragsberechtigt.....	183
7.2.2.	Die Aktionäre der ausländischen Gesellschaft sind ebenfalls antragsberechtigt.....	184
7.3.	Verpflichtung zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung?.....	185
X.	Fallbeispiel: SE-Verschmelzungsgründung durch Verschmelzung einer österreichischen („Ö-AG“) und einer deutschen („D-AG“) Gesellschaft.....	187
1.	Voraussetzungen gemäß Art 25 Abs 3.....	187
1.1.	Nachträgliches Verfahren.....	187
1.2.	Erstreckung der Rechtskraft.....	188
2.	Vergleichbarkeit des deutschen und des österreichischen Verfahrens.....	188
2.1.	Ausschluss der Anfechtungsmöglichkeit aufgrund der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses.....	189
2.2.	Anspruch gerichtet auf bare Ausgleichsleistung.....	190
2.3.	Beweiserleichterung für die antragstellenden Aktionäre.....	190
2.4.	Regelung betreffend das Kostenrisiko.....	190

2.5.	Vertretung der nicht antragstellenden und nicht antragsberechtigten Aktionäre	191
3.	Anwendbarkeit auf den konkreten Sachverhalt.....	192
3.1.	Verschmelzung zur Aufnahme einer Ö-AG auf eine deutsche SE.....	193
3.1.1.	Prüfung der Anwendbarkeit des nachträglichen Überprüfungsverfahrens	193
3.1.2.	Beteiligung der Aktionäre der D-AG am Überprüfungsverfahren	194
3.1.3.	Internationale Zuständigkeit.....	195
3.1.3.1.	Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der österreichischen Gerichte	195
3.1.3.2.	Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der deutschen Gerichte.....	196
3.2.	Verschmelzung zur Aufnahme einer D-AG auf eine österreichische SE.....	196
3.2.1.	Prüfung der Anwendbarkeit des nachträglichen Überprüfungsverfahrens	196
3.2.2.	Zustimmung zum österreichischen Verfahren wird erteilt	197
3.2.3.	Beteiligung der Aktionäre der D-AG am Überprüfungsverfahren	198
3.2.4.	Internationale Zuständigkeit.....	198
3.2.4.1.	Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der österreichischen Gerichte	198
3.2.4.2.	Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der deutschen Gerichte.....	199
XI.	Stellungnahme zum nachträglichen Überprüfungsverfahren.....	200
1.	Sachverhalt.....	201
1.1.	Keine Einholung der Zustimmung bei Einigkeit über das Umtauschverhältnis	201
1.2.	Gefahr von Anfechtungen nicht einschätzbar oder hoch	202
2.	Miteinbeziehung der Aktionäre der ausländischen Gesellschaften	202
3.	Rolle der österreichischen Gesellschaft	203
4.	Parameter für beziehungsweise gegen die Erteilung der Zustimmung.....	203

4.1. Überprüfung des Umtauschverhältnisses durch einen unabhängigen Sachverständigen ...	204
4.2. Nachträgliches Überprüfungsverfahren als Alternative zur Anfechtung	205
4.2.1. Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses	207
4.2.2. Angemessenheit des Umtauschverhältnisses.....	208
5. Zusammenfassung	208
XII. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	211
<i>Literaturverzeichnis</i>	221
<i>Abstract</i>	229
<i>Lebenslauf</i>	231

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AnwBl	Anwaltsblatt
Art/Artt	Artikel/Artikel (Mehrzahl)
AußStrG	Außerstreitgesetz
BB	Betriebsberater
Begr. RegE z. SEEG	Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der europäischen Gesellschaft
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache
dAktG	deutsches Aktiengesetz
dh	das heißt
DStR	Deutsches Steuerrecht
dSpruchG	deutsches Spruchverfahrensgesetz
dSEAG	deutsches SE Ausführungsgesetz
dUmwG	deutsches Umwandlungsgesetz
EGV	Vertrag zur Gründung der europäischen Gemeinschaft
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	und weitere
et seq	folgende (englisch)
EU-GesRÄG	EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968

EuGVVO/EuGVO	Verordnung (EG) Nr 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuR	Europa Recht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EU-VerschG	EU-Verschmelzungsgesetz
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f/ff	folgend/fortfolgend
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GeS	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
GesAusG	Gesellschafter-Ausschlussgesetz
GesRÄG	Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz
GesRZ	Der Gesellschafter
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
hM	herrschende Meinung
hrsg	herausgegeben
idR	in der Regel
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Internationales Privatrechtsgesetz
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
lit	Buchstabe
mE	meines Erachtens

mwN	mit weiteren Nachweisen
NR	Nationalrat
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJT	Österreichischer Juristentag
OLG	Oberlandesgericht
para	Absatz (englisch)
RdW	Recht der Wirtschaft
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
RNotZ	Rheinische Notarzeitung
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)
Rs	Rechtssache
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
SE	Societas Europaea
SEG	Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft
SE-Reg	SE-VO (englisch)
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
SpaltG	Spaltgesetz
sublit	Unterbuchstabe
UGB	Unternehmensgesetzbuch
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VRL	Richtlinie 2005/56/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten

wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WiRO	Zeitschrift für Wirtschaft und Recht in Osteuropa
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

I. Einleitung

1. Problemaufriss und Zielsetzung der Arbeit

Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften ist eine beliebte Möglichkeit, um notwendig gewordene Umstrukturierungsmaßnahmen durchzuführen. Aufgrund der fortgeschrittenen internationalen wirtschaftlichen Verflechtungen, die nicht zuletzt durch die Niederlassungsfreiheit als eine der vier Grundfreiheiten in der europäischen Gemeinschaft vorangetrieben wurden, werden Verschmelzungen über die Grenze immer häufiger. Der europäische Gesetzgeber hat auf diese Entwicklung reagiert und mit der Verabschiedung der SE-VO¹ die Möglichkeit geschaffen, eine europäische Aktiengesellschaft („Societas Europaea“) auch im Wege der Verschmelzung (Artt 17 bis 31²) gründen zu können.

Wie auch bei nationalen Verschmelzungen bildet das Umtauschverhältnis der Gesellschaftsanteile das Kernstück des Verschmelzungsplanes.³ Definitionsgemäß muss bei der Verschmelzung zumindest eine Gesellschaft aufgelöst werden, womit auch die Rechte an dieser Gesellschaft verloren gehen. Die Gesellschafter dieser übertragenden Gesellschaft(en) sind daran interessiert, dass ihnen für diesen Verlust eine äquivalente Gegenleistung geboten wird. Andererseits wollen natürlich auch die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft eine entsprechende Wahrung ihrer Anteilsrechte.

Aus diesen Gründen wird der Bemessung und in der Folge der Überprüfung des Umtauschverhältnisses große Bedeutung beigemessen. Da eine fundierte Analyse der Bemessung des Umtauschverhältnisses den Rahmen dieser Arbeit bei Weitem gesprengt hätte, wird dieser Themenbereich nicht behandelt. Das Hauptaugenmerk liegt daher auf der Überprüfungsmöglichkeit des bereits festgesetzten Umtauschverhältnisses. Auf den ersten Blick scheint die „Überprüfung des Umtauschverhältnisses“ keine großen Probleme zu bereiten. Bei der Zustimmung zum Verschmelzungsplan durch die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften handelt es sich grundsätzlich um einen, wenn auch nicht alltäglichen, Beschluss der Gesellschafterversammlung. Da das Umtauschverhältnis zwingender Bestandteil des

¹ VO 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE).

² Sämtliche Artikel in dieser Arbeit beziehen sich auf die SE-VO, sofern nicht ausdrücklich eine andere Quelle angegeben wird.

³ *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (645).

Verschmelzungsplanes ist⁴, kann der Beschluss, und mit diesem auch das Umtauschverhältnis, mittels Anfechtungsklage von jedem widersprechenden Aktionär bekämpft werden.

Der österreichische Gesetzgeber hat allerdings den Gesellschaftern die Erhebung einer Anfechtungsklage allein wegen der Geltendmachung der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses bei der Verschmelzung österreichischer Aktiengesellschaften in § 225b AktG untersagt. Der Grund für diese Maßnahme liegt darin, dass der Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses aufschiebende Wirkung zukommt. Somit kann das beabsichtigte Vorhaben, in diesem Fall die Verschmelzung, nicht durchgesetzt werden, solange über die erhobene Anfechtung nicht rechtskräftig entschieden wurde. Es könnten also einzelne (Minderheits)aktionäre für die Gesellschaft sinnvolle und notwendige Umstrukturierungsmaßnahmen verhindern oder zumindest erheblich verzögern.⁵

Als Ersatz für das Anfechtungsrecht hat der österreichische Gesetzgeber in den §§ 225c ff AktG ein besonderes Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses geschaffen. Jene Aktionäre, die ausschließlich mit dem Umtauschverhältnis nicht einverstanden sind, können zwar den Verschmelzungsvorgang nicht aufhalten, haben aber gegen die übernehmende Gesellschaft einen gerichtlich geltend zu machenden Anspruch auf Ausgleich durch bare Zuzahlungen, sofern die Bemessung des Umtauschverhältnisses tatsächlich unangemessen ist. Somit wird ein Kompromiss getroffen, der einerseits die rasche Durchführung der Verschmelzung und andererseits die Interessen der Gesellschafter an einem angemessenen Umtauschverhältnis berücksichtigt.

Beim nachträglichen Überprüfungsverfahren handelt es sich um ein Minderheitenschutzrecht. Die Vereinheitlichung der nationalen Verschmelzungsvorschriften wurde zwar durch die Richtlinie 78/855/EWG⁶ bereits weitgehend vorangetrieben, doch ist davon der Minderheitenschutz nicht umfasst, weswegen in diesem Bereich auf die jeweiligen nationalen Bestimmungen zurückzugreifen ist. Die Möglichkeit der Überprüfung des Umtauschverhältnisses im Rahmen eines derartigen „besonderen“ Verfahrens hat bislang nur in wenige Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der europäischen Union Eingang gefunden. Daher ist zu klären, ob, und gegebenenfalls wie dieses Verfahren auf Verschmelzungen österreichischer Gesellschaften mit Gesellschaften anderer Mitgliedstaaten anzuwenden ist.

⁴ Vgl Art 20 Abs 1b.

⁵ ErläutRV zum EU-GesRÄG: 32 BlgNR 20. GP 100 zu § 225b AktG.

⁶ Dritte Richtlinie des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften.

Im Bereich der SE-Verschmelzungsgründung regelt Art 25 Abs 3 die Zulässigkeitsvoraussetzungen, bei deren Erfüllung ein nachträgliches Überprüfungsverfahren möglich ist. Konkretisiert wurden diese Voraussetzungen in § 22 SEG, mit welchem Art 25 Abs 3 in das österreichische Recht umgesetzt wurde. Allerdings bereitet die Anwendung dieser Bestimmungen in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten, sowohl bei der Verschmelzung mit Gesellschaften, deren Statut kein dem österreichischen Recht vergleichbares Verfahren kennt, als auch bei der Verschmelzung mit Gesellschaften, deren Statut ein ähnliches Verfahren kennt.

In dieser Arbeit sollen daher die bei der SE-Verschmelzungsgründung auftretenden Problembereiche zunächst lokalisiert und eingehend analysiert werden, wobei insbesondere gesellschaftsrechtliche, zivilprozessrechtliche und europarechtliche Fragen zu klären sein werden. Schließlich soll auch der Versuch unternommen werden, sachgerechte Lösungsvorschläge zu erarbeiten. Da bislang in vielen Teilbereichen eine Rechtsprechung des EuGH fehlt, wird dabei auf die einschlägigen Gesetzestexte samt ihren Erläuterungen sowie auf die im Schrifttum herausgearbeiteten Grundsätze besonderes Augenmerk zu legen sein. Der methodische Schwerpunkt liegt vor allem auf der Subsumtion und der Auslegung anhand der anerkannten nationalen wie europarechtlichen Interpretationsmethoden.

Die Ausführungen in dieser Arbeit gehen grundsätzlich von einer SE-Verschmelzungsgründung zur Aufnahme zweier beteiligter Gründungsgesellschaften aus. Dies ist damit zu begründen, dass bei der Verschmelzung zur Aufnahme sowohl eine übertragende als auch eine übernehmende Gesellschaft beteiligt sind, sodass im Vergleich zur Verschmelzung zur Neugründung - wo es nur Aktionäre der übertragenden Gründungsgesellschaften gibt - eine Behandlung der aufgeworfenen Fragen aus Sicht beider Aktionärsgruppen möglich ist. Sofern aufgrund der Beteiligung mehrerer (übertragender) Gründungsgesellschaften eine abweichende Beurteilung zu treffen ist, wird darauf hingewiesen.

2. Gang der Untersuchungen

Bevor auf den Kern der Arbeit, der dem Titel entsprechend die Überprüfung des Umtauschverhältnisses bei der SE-Verschmelzungsgründung behandelt, näher eingegangen werden kann, bedarf es der Analyse der dafür wesentlichen Grundlagen. Zunächst werden daher die für die SE-Verschmelzungsgründung maßgeblichen Rechtsgrundlagen untersucht. Ausgangspunkt dabei ist die SE-VO, die jedoch nur wenige Bereiche abschließend sachrechtlich regelt. Charakteristisch sind daher die zahlreichen Verweise der SE-VO auf nationales Recht,

wobei sich die einzelnen Verweisungsnormen je nach Art und Umfang des Verweises typisieren lassen. Es gilt daher das auf die SE-Verschmelzungsgründung anwendbare Recht aus dem dadurch entstehenden Gemenge, bestehend aus den Normen der SE-VO und den Kraft Verweisung geltenden nationalen Rechtsvorschriften der beteiligten Gründungsgesellschaften, herauszufiltern.

Danach ist die in der Literatur bisher durchaus kontrovers diskutierte Frage zu klären, welche Norm der SE-VO als Grundlage zur Durchführung des nachträglichen Überprüfungsverfahrens dient. Untersucht wird auch, welchen Anforderungen ein derartiges Verfahren genügen muss und welche Schranken das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten bei dessen Normierung auferlegt.

Der überblicksmäßigen Darstellung des österreichischen Überprüfungsverfahrens nach den §§ 225b ff AktG ist ein eigenes Kapitel gewidmet, wobei auf einzelne Problembereiche, die der Autor im Zusammenhang mit dem behandelten Thema für wesentlich hält, näher eingegangen wird. Daran anschließend wird eingehend untersucht, unter welchen Voraussetzungen dieses besondere Überprüfungsverfahren im Rahmen der SE-Verschmelzungsgründung angewendet werden kann. Die Darstellung erfolgt zweigeteilt, je nachdem, ob die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gründungsgesellschaft ebenfalls eine nachträgliche Überprüfmöglichkeit des Umtauschverhältnisses vorsieht oder nicht. Ebenso behandelt werden die auftretenden Unterschiede zwischen der Herein- und der Hinausverschmelzung sowie die mögliche Beteiligung der Aktionäre der ausländischen Gründungsgesellschaft am österreichischen Überprüfungsverfahren.

Die Klärung der internationalen Zuständigkeit wird in einem eigenen Kapitel ausführlich behandelt. Dabei werden die für das nachträgliche Überprüfungsverfahren möglichen Gerichtsstände der EuGVVO⁷, deren Anwendbarkeit bejaht wird, näher beleuchtet und auch das Verhältnis zwischen den Bestimmungen der SE-VO und jenen der EuGVVO untersucht. In diesem Zusammenhang wird auf eine mögliche konkurrierende internationale Zuständigkeit zwischen Gerichten in verschiedenen Mitgliedstaaten näher einzugehen sein. Der Koordinierung mehrerer bereits anhängiger Verfahren zur Vermeidung von Parallelprozessen und einander widersprechender Urteile wird ein eigenes Kapitel gewidmet.

Eine logische Konsequenz der internationalen Zuständigkeit von mehreren Gerichten in verschiedenen Mitgliedstaaten ist, dass das österreichische Überprüfungsverfahren auch vor

⁷ Verordnung (EG) Nr 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen; gelegentlich auch als EuGVO oder Brüssel I-Verordnung bezeichnet.

ausländischen Gerichten anhängig gemacht werden kann. Die ausländischen Gerichte wenden jedoch nur das materielle österreichische Recht an, während das Verfahrensrecht der Rechtsordnung des Gerichtsstaates entnommen wird. Daher ist zunächst zu untersuchen, welche Elemente des österreichischen Verfahrens als materiellrechtlich einzustufen und in der Folge auch für die Gerichte in anderen Mitgliedstaaten maßgeblich sind und bei welchen Normen es sich um verfahrensrechtliche Vorschriften handelt, die demnach von ausländischen Gerichten nicht angewendet werden. Eingehend erläutert werden die Probleme, die bedingt durch das mögliche Auseinanderfallen von materiellem und formellem Recht auftreten können und welche Maßnahmen denkbar sind, um dennoch zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen.

Um die konkurrierende internationale Zuständigkeit zu beseitigen und den durch das Auseinanderfallen von materiellem Recht und Verfahrensrecht entstehenden Problemen zu entgehen, bietet sich der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung an. Ob diese Möglichkeit auch für das nachträgliche Überprüfungsverfahren offen steht und welche Erfordernisse gegebenenfalls erfüllt werden müssen, wird ausführlich erläutert.

Die bisweilen abstrakt aufgeworfenen Fragen samt den dazu entwickelten Lösungsansätzen sollen schließlich anhand von konkreten Fallbeispielen auch praxisnahe erörtert werden. Wie zu zeigen sein wird, bieten sich dabei Fallvarianten deutsch-österreichischer SE-Verschmelzungsgründungen in besonderer Weise an.

Im abschließenden Kapitel werden im Rahmen einer Stellungnahme einige dem Autor wesentlich erscheinende Gedanken aufgegriffen. Es wird dabei versucht jene Parameter zu erläutern, die für oder gegen die Durchführung eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens bei der SE-Verschmelzungsgründung sprechen. Anhand eines Vergleiches zwischen Anfechtungs- und nachträglichem Überprüfungsverfahren sollen die Vor- und Nachteile der beiden möglichen Varianten dargestellt werden, woraus letztlich auch Schlüsse über die Bedeutung des nachträglichen Verfahrens zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses in der Praxis gezogen werden können.

II. SE-Verschmelzungsgründung

1. Charakteristik der SE-VO

Die SE-VO ist gemäß Art 288 AEUV (vormals Art 249 EGV) in allen Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar und somit auch als vorrangige Rechtsquelle heranzuziehen. Allerdings enthält diese Verordnung keine abschließenden sachrechtlichen Regelungen, sondern regelt explizit nur punktuelle Bereiche. In vielen Gebieten wird daher mittels General- und Spezialverweisen auf nationales Recht verwiesen⁸, sodass eine komplexe Vermengung von unmittelbar geltendem Gemeinschaftsrecht und Kraft Verweisung anzuwendendem nationalen Recht entsteht. Darüber hinaus enthält die SE-VO an einigen Stellen Regelungsaufträge sowie Regelungswahlrechte, die von den nationalen Gesetzgebern gemäß Art 68 umgesetzt werden müssen beziehungsweise umgesetzt werden können.⁹

2. Überblick über das auf die SE anwendbare Recht

Einen Überblick über die auf die SE anzuwendenden Rechtsquellen sowie deren Hierarchie verschafft Art 9. Bereits aus dem Grundsatz der vorrangigen Geltung des Gemeinschaftsrechts ergibt sich, dass primär die Bestimmungen der SE-VO zur Anwendung kommen. Insofern wäre die explizite Anordnung in Art 9 Abs 1 lit a entbehrlich und hat daher nur Klarstellungsfunktion.¹⁰ An zweiter Stelle sollen die Bestimmungen der Satzung der SE zur Anwendung kommen, falls dies die SE-VO ausdrücklich zulässt. Sofern es sich um Bereiche handelt, die in der SE-VO nicht oder nur teilweise geregelt werden, wird auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten verwiesen. Zunächst sollen jene nationalen Rechtsvorschriften herangezogen werden, die explizit durch Umsetzung der VO erlassen wurden (in Österreich im SEG¹¹). Diese Rechtsvorschriften müssen jedoch gemäß Art 9 Abs 2 „mit den für Aktiengesellschaften maßgeblichen Richtlinien im Einklang stehen“ und sind deshalb weitgehend harmonisiert. Subsidiär dazu sind die

⁸ Vgl dazu Kapitel II.3.2.2.

⁹ Lind, Europäische Aktiengesellschaft, 58 ff; Kals/Greda in Kals/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, AT Rz 10; Aicher in Straube/Aicher, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft, 42 f; Neun in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft², 70 ff; Schäfer, Das Gesellschaftsrecht (weiter) auf dem Weg nach Europa – am Beispiel der SE-Gründung, NZG 2004, 785 (789); Hommelhoff, Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2001, 279 (284 f); Schindler, Vor einem Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, eolx-script 2003/26, 1.

¹⁰ Wagner, Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, NZG 2002, 985 (986) FN 7; Kals/Greda in Kals/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, AT Rz 17; Aicher in Straube/Aicher, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft, 33; Hommelhoff/Teichmann in Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, Art 9 SE-VO Rz 35; Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 279.

¹¹ BGBl 2004/67.

nationalen aktienrechtlichen Vorschriften des Sitzstaates der SE heranzuziehen. Schließlich unterliegt die SE auf unterster hierarchischer Ebene den nach nationalem Aktienrecht zulässigen Satzungsbestimmungen.

3. Ermittlung des anwendbaren Rechts bei der SE-Verschmelzungsgründung

Das auf eine Gesellschaft anwendbare Sachrecht wird in der Literatur als Gesellschaftsstatut oder Personalstatut bezeichnet und soll alle die Gesellschaft betreffenden Bereiche in vollem Umfang regeln.¹² Nach hM sind diese Normen einheitlich einem Recht zu entnehmen, sodass das Statut einer bestehenden Gesellschaft einer einzigen Rechtsordnung zugerechnet werden kann.¹³

Bei Sachverhalten mit Auslandsberührung ist das sogenannte Statut für einen konkreten Sachverhalt aufgrund des nationalen Kollisionsrechtes zu ermitteln. Dabei handelt es sich um Verweisungsnormen des innerstaatlichen Rechts, die eine Zuordnung dahingehend treffen, welche von mehreren betroffenen Rechtsordnungen für diesen konkreten Sachverhalt anzuwenden ist.¹⁴ Grundsätzlich ist es jedem Mitgliedstaat überlassen, welchen Anknüpfungspunkt¹⁵ er wählt und welche Sachnormen er dem Gesellschaftsstatut zuordnen will. Allerdings werden diese nationalen Regelungen bei innergemeinschaftlichen Sachverhalten vom höherrangigen Gemeinschaftsrecht in ihrer Anwendung verdrängt. Auf Ebene des Primärrechts kann es zu einer Verdrängung aufgrund der vier Grundfreiheiten kommen, deren Umsetzung durch den Abbau von Beschränkungen erfolgen soll, sofern es kein zwingendes Allgemeininteresse zur Aufrechterhaltung eines Hemmnisses gibt. Auf Sekundärrechtsebene erfolgen weitgehende Eingriffe in die nationalen Rechtsordnungen durch die verpflichtend umzusetzenden Richtlinien, deren Vorgaben sich auch auf das Gesellschaftsstatut auswirken.¹⁶

Die kollisionsrechtlichen Regelungen des österreichischen Rechts befinden sich im IPRG.¹⁷ In Bezug auf das Gesellschaftsrecht sind grundsätzlich zwei Anknüpfungspunkte denkbar, aufgrund

¹² *Kallmeyer*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen?, ZIP 1996, 535 (536); *Lennerz*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, 133 f; *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften, 38; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 4416.

¹³ *Kiss*, Unternehmenszusammenschlüsse nach österreichischem und deutschem Recht unter besonderer Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben, 54 mwN in FN 284; *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften, 19 f; 38 ff; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 236 ff.

¹⁴ *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, 103 f; *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Einleitung Internationales Privatrecht Rz 3; *Kiss*, Unternehmenszusammenschlüsse nach österreichischem und deutschem Recht unter besonderer Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben, 53; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 237; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 402; 416.

¹⁵ Dazu sogleich.

¹⁶ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 233 f.

¹⁷ BGBl 1978/304.

derer eine Zuordnung zu einer bestimmten Privatrechtsordnung erfolgen kann, nämlich der Sitz oder der Gründungsort der Gesellschaft.¹⁸ Zunächst stellt § 12 IPRG klar, dass „die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person nach deren Personalstatut zu beurteilen sind“. § 10 IPRG legt schließlich eindeutig fest, dass „das Personalstatut einer juristischen Person [...] das Recht ist, in dem der Rechtsträger den tatsächlichen Sitz seiner Hauptverwaltung hat.“ Somit folgt der österreichische Gesetzgeber gemäß den §§ 12 iVm 10 IPRG ausdrücklich der Sitztheorie.

Die Gründungstheorie erachtet hingegen das Recht jenes Staates für maßgeblich, nach welchem die Gesellschaft gegründet wurde. Zu beachten ist jedoch, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung betreffend Zuzugsbeschränkungen ausländischer Gesellschaften der Gründungstheorie folgt, soweit dies zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit¹⁹ erforderlich ist.²⁰ Da dieser „europarechtlichen Gründungstheorie“²¹ Vorrangwirkung zukommt und der EuGH auch ausdrücklich zur Rechtsetzung berufen ist, wird daher die österreichische Norm in Bezug auf innergemeinschaftliche Sachverhalte in ihrer Anwendung von der höherrangigen Gemeinschaftsrechtsnorm verdrängt.²² Dies hat zur Folge, dass bei Sachverhalten mit Auslandsberührung differenziert werden muss: ist die betroffene Gesellschaft nach den Vorschriften eines EWR Mitgliedstaates gegründet, so ist Kraft Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts die Gründungstheorie einschlägig. Bei Auslandsberührungen mit Gesellschaften, die nach dem Recht eines Drittstaates gegründet wurden, ist hingegen die Sitztheorie gemäß § 10 IPRG maßgeblich.²³

¹⁸ Vgl zu den Auswirkungen bei der Beurteilung des anwendbaren Sachrechts ausführlich *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 101 ff mit einer Vielzahl an Beispielen; *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 519 ff; *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften, 19 ff; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 403 f.

¹⁹ Vgl dazu *Leible/Hoffmann*, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, 925 (934); *Eckert/Adensamer*, Umzug von Gesellschaften in Europa, insbesondere Wegzug österreichischer Gesellschaften ins Ausland, GeS 2004, 52 (61 ff); *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2125 f; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 413; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 242 f.

²⁰ EuGH 09.03.1999, C-212/97 - *Centros*; EuGH 05.11.2002, C-208/00 - *Überseering*; EuGH 30.09.2003, C-167/01 - *Inspire Art*; EuGH, 13.12.2005, C-411/03 - *Sevic*; EuGH C-210/06 - *Cartesio*.

²¹ Vgl zum Begriff *Leible/Hoffmann*, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, 925 (930 f); *Eckert/Adensamer*, Umzug von Gesellschaften in Europa, insbesondere Wegzug österreichischer Gesellschaften ins Ausland, GeS 2004, 52 (64); *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 361 ff.

²² *Leible/Hoffmann*, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, 925 (934 f); OGH 29.04.2004, 6 Ob 43/04y; OGH 08.05.2008, 6 Ob 232/07x; *Bachner/Winner*, Das österreichische internationale Gesellschaftsrecht nach *Centros* (I), GesRZ 2000, 73 (80); *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften, 96; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 242 f; 246; 249.

²³ *Bachner/Winner*, Das österreichische internationale Gesellschaftsrecht nach *Centros* (I), GesRZ 2000, 73 (80); *Leible/Hoffmann*, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, 925 (933); *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 252.

Dem Wesen der grenzüberschreitenden Verschmelzung entsprechend, kommt es für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu einem Wechsel des anwendbaren Rechts.²⁴ Ihre Anteilsrechte an der übertragenden Gesellschaft gehen mit dieser unter. Als Ersatz dafür werden sie mit Anteilsrechten an der neuen SE ausgestattet, die aber einem anderen Personalstatut unterliegt. Fraglich ist aber, zu welchem Zeitpunkt dieser Wechsel des anwendbaren Rechts eintritt und ob das Personalstatut der übertragenden Gesellschaft punktuell über diesen Zeitpunkt hinaus fortwirkt.²⁵ Die SE-Verschmelzungsgründung stellt einen hochkomplexen Vorgang mit Auslandsberührung dar, bei dem nach hM²⁶ für die jeweiligen zu beurteilenden Bereiche Anknüpfungspunkte gesucht werden müssen, die auf das konkret anwendbare Recht verweisen. Zunächst werden überblicksmäßig die Überlegungen nach den in der Literatur vertretenen Einheits- und Vereinigungstheorien dargestellt. Danach soll der in der SE-VO gewählte Lösungsweg näher beleuchtet werden.

3.1. Kollisionsrecht – Einheits- und Vereinigungstheorie

Die Koordinierung der Rechtsordnungen, denen die an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gründungsgesellschaften unterliegen, stellte vor Erlass der SE-VO und der VRL²⁷ eine große Hürde dar. Mangels gemeinschaftsrechtlicher Kollisionsnormen mussten Lösungsansätze allein aufgrund der nationalen Rechtsordnungen, insbesondere deren IPR Regelungen, gefunden werden. Durch die eben zitierten Gemeinschaftsrechtsakte wurde zwar eine weitgehende Vereinheitlichung des Kollisionsrechtes - quasi ein gemeinschaftsrechtliches IPR²⁸ - erreicht. Eine abschließende Regelung ist jedoch nicht erfolgt, sodass es nach wie vor einzelne Regelungsbereiche gibt, die nicht vereinheitlichend festgelegt wurden. Zu diesen nicht harmonisierten Bereichen gehört auch der Minderheitenschutz. Für das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses normiert zwar Art 25 Abs 3 gewisse Anwendungsvoraussetzungen, eine ausdrückliche kollisionsrechtliche Zuordnung erfolgt jedoch nicht.²⁹ Daher muss in diesen Bereichen, zumindest ergänzend zu den Regelungen in der SE-VO, auf die entwickelten Lösungsansätze der Einheits- beziehungsweise Vereinigungstheorie zurückgegriffen werden, sodass sich ein Überblick über die dort vertretenen Standpunkte gebietet.

²⁴ Adensamer/Eckert, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil II), GeS 2007, 143 (144).

²⁵ Adensamer/Eckert, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil II), GeS 2007, 143 (144).

²⁶ Vgl dazu Kapitel II.3.1.

²⁷ Richtlinie 2005/56/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

²⁸ Vgl zum Begriff *Lind*, Europäische Aktiengesellschaft, 61.

²⁹ Vgl dazu Kapitel III.4.

3.1.1. Einheitstheorie

Aus Sicht aller beteiligten Gesellschaften ist es wünschenswert, die jeweils eine Gesellschaft betreffenden Fragen nach dem für diese Gesellschaft maßgeblichen Recht zu lösen (sogenannte „Einheitstheorie“). Somit ist für den Zeitraum vor Eintritt der Verschmelzungswirkung jenes Gesellschaftsstatut anwendbar, dem die jeweilige beteiligte Gesellschaft unterliegt. Nach Eintritt der Verschmelzungswirkung, also nach Auflösung ohne Abwicklung der übertragenden Gesellschaft, soll wiederum nur ein Statut maßgeblich sein, nämlich jenes der neuen SE.³⁰ Solange der kollisionsrechtliche Anknüpfungspunkt der übertragenden Gesellschaft gegeben ist, sollte deren Personalstatut angewendet werden und ab dessen Wegfall jenes der übernehmenden Gesellschaft.³¹ Allerdings ist festzuhalten, dass eine derartig strikte Trennung der anzuwendenden Personalstatute in der Praxis nicht durchführbar ist. Zudem gibt es Verfahrensabschnitte bei der Verschmelzung, die nicht eindeutig einem Personalstatut beziehungsweise einer Gesellschaft zugeordnet werden können. Daher wurde im Rahmen der Einheitstheorie versucht, den gesamten Verschmelzungsvorgang nur einer Rechtsordnung zu unterwerfen. Vertreten werden sowohl die Aufnahmetheorie, nach der ausschließlich das Recht der aufnehmenden Gesellschaft relevant sein soll, als auch die Übertragungstheorie, nach welcher das Recht der übertragenden Gesellschaft maßgeblich ist.³² Beide Radikallösungen werden jedoch nach hM³³ dem grenzüberschreitenden Charakter nicht gerecht und schließen die jeweils nicht zur Anwendung berufene Rechtsordnung ungerechtfertigter Weise aus.

3.1.2. Vereinigungstheorie

Es hat sich folglich die sogenannte „Vereinigungstheorie“ verfestigt, deren Bezeichnung allerdings etwas unglücklich gewählt ist. Demnach werden nämlich weder mehrere

³⁰ *Adensamer/Eckert*, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil II), GeS 2007, 143 (145).

³¹ *Adensamer/Eckert*, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil II), GeS 2007, 143 (145); *Kissi*, Unternehmenszusammenschlüsse nach österreichischem und deutschem Recht unter besonderer Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben, 92 f; *Siems*, SEVIC: Der letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschaftsrecht der EU?, EuZW 2006, 135 (137).

³² *Kepplinger*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, zulässig - aber undurchführbar?, wbl 2000, 485 (490); *Veil*, Kollisionsrechtliche und sachrechtliche Lösungen für eine Verschmelzung und eine Spaltung über die Grenze, Der Konzern 2007, 98 (103); *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 4413 ff; *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 869 ff. Der OGH ging bei der übertragenden Umwandlung davon aus, dass allein österreichisches Recht anwendbar sei: OGH 20.03.2003, 6 Ob 283/02i, GesRZ 2003, 161.

³³ *Kepplinger*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, zulässig - aber undurchführbar?, wbl 2000, 485 (490); *Lennerz*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, 135 f; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 4414; *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 873; *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 16.

Personalstatute miteinander „vereinigt“ noch unterliegen die beteiligten Gesellschaften plötzlich mehreren Personalstatuten. Wie auch sonst kommt nur ein Statut für die jeweils betroffene Gesellschaft zur Anwendung.

In der Literatur zur Vereinigungstheorie wurde bisweilen versucht, eine Einteilung der bei der Verschmelzung zu lösenden Rechtsfragen in Voraussetzung, Verfahren und Wirkung vorzunehmen.³⁴ Demnach sollten Fragen betreffend die Voraussetzungen, worunter im Wesentlichen die Verschmelzungsfähigkeit der jeweiligen Gesellschaft zu verstehen ist, nach dem Statut der jeweiligen beteiligten Gesellschaft beurteilt werden. Es bleibt somit für dieses Verfahrensstadium für jede Gründungsgesellschaft bei der Anwendbarkeit der Rechtsordnung jenes Staates, dem sie unterliegt. In der (vor allem deutschen) Literatur wird dies als „distributive Rechtsanwendung“ bezeichnet.³⁵ Aus sachrechtlicher Sicht ist aber zu beachten, dass auch das materielle Recht der anderen beteiligten Rechtsordnungen mit einzubeziehen ist, obwohl die konkret betroffene Gesellschaft, wie eben dargelegt, kollisionsrechtlich nicht deren Personalstatut unterliegt.³⁶ Zu denken ist etwa an die Vergleichbarkeit der beteiligten ausländischen Gesellschaft mit den nach österreichischem Recht verschmelzungsfähigen Rechtsformen oder die aktive beziehungsweise passive Verschmelzungsfähigkeit nach den jeweiligen Rechtsordnungen.³⁷

Bezüglich des Verfahrens soll es grundsätzlich ebenfalls zur distributiven Rechtsanwendung kommen, sprich maßgeblich soll das jeweilige Gesellschaftsstatut der Gründungsgesellschaften sein. Dies ist beispielsweise für die Modalitäten der Beschlussfassung zur Verschmelzung (Mehrheitserfordernis, Abstimmungsmodalitäten etc) der Fall.³⁸ In anderen Verfahrensabschnitten ist aber eine Kumulierung der Rechtsordnungen vorzunehmen, nämlich in

³⁴ *Harrer*, Internationale Verschmelzungen, GesRZ 1995, 141 (144); *Lennerz*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, 143; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 4413; *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 17 f; *Koppensteiner*, Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, GesRZ 2006, 111 (115); *Adensamer/Eckert*, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil I), GeS 2007, 95 (97) FN 15 mwN; *Teichmann*, Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 (372 f); *Geyhalter/Weber*, Transnationale Verschmelzungen im Spannungsfeld zwischen SEVIC System und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 2006, 146 (147); aA *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB Kommentar³, § 10 IPRG Rz 14, die offenbar für alle drei Bereiche eine Kumulation der betroffenen Rechtsordnungen befürwortet.

³⁵ *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, 140; *Lennerz*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, 144; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 43; *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 879.

³⁶ *Kallmeyer*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen², ZIP 1996, 535 (536).

³⁷ *Harrer*, Internationale Verschmelzungen, GesRZ 1995, 141 (144); *Lennerz*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, 153 ff; *Adensamer/Eckert*, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil I), GeS 2007, 95 (97 f); *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 880.

³⁸ *Harrer*, Internationale Verschmelzungen, GesRZ 1995, 141 (144); *Lennerz*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, 166; *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 885.

jenen Bereichen, in denen ein Zusammenwirken aller beteiligten Gesellschaften nötig ist.³⁹ Dies ist etwa bei der Abschlussprüfung der Fall. Bei der Kumulierung soll sich die jeweils strengere Regel⁴⁰ durchsetzen. Ein weiteres Instrument zur Koordinierung stellt die Substitution⁴¹ dar, etwaige Widersprüche sollen im Wege der Anpassung⁴² gelöst werden.⁴³ Aber auch diese Koordinierungshilfen stoßen an ihre Grenzen, schon alleine deshalb, weil es oft gar nicht möglich ist, die „strengere“ Regel festzustellen.⁴⁴

Die Wirkungen der Verschmelzung sind nach wohl hM ebenfalls durch Kumulierung der beteiligten Gesellschaftsstatuten zu beurteilen, wobei in diesem Bereich noch viele Fragen ungeklärt und strittig sind.⁴⁵

3.2. Kollisionsnormen der SE-VO

Die Gründung der SE ist im II. Titel der SE-VO normiert, wobei die Artt 17 bis 31 explizit die Verschmelzungsgründung regeln. In diesem Bereich enthält die SE-VO zwar verhältnismäßig viele sachrechtliche Regelungen, dennoch wird in großem Umfang am Konzept der Verweisungen festgehalten. Um das anwendbare Recht ermitteln zu können, bedarf es daher einer näheren Betrachtung der in der SE-VO enthaltenen Verweisungsnormen. Dabei ist vorweg festzuhalten, dass es sich dabei um ein sehr komplexes System handelt, welches zunächst kurz

³⁹ *Harrer*, Internationale Verschmelzungen, GesRZ 1995, 141 (145); *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 18; *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 884.

⁴⁰ *Harrer*, Internationale Verschmelzungen, GesRZ 1995, 141 (145); *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 4414; *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 128 f; *Kepplinger*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, zulässig - aber undurchführbar?, wbl 2000, 485 (491); *Geyrhalter/Weber*, Transnationale Verschmelzungen im Spannungsfeld zwischen SEVIC System und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 2006, 146 (147).

⁴¹ Vgl dazu ausführlich *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Einleitung Internationales Privatrecht Rz 602 ff; *Siems*, SEVIC: Der letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschaftsrecht der EU?, EuZW 2006, 135 (137); *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 885.

⁴² Vgl dazu ausführlich *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Einleitung Internationales Privatrecht Rz 581 ff; *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, 234 ff; *Koppensteiner*, Zur Grenzüberschreitenden Verschmelzung, GesRZ 2006, 111 (115); *Kaufmann*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem EU-Verschmelzungsgesetz, RdW 2008, 123 (124); *Kallmeyer*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen?, ZIP 1996, 535 (536); *Kepplinger*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, zulässig - aber undurchführbar?, wbl 2000, 485 (490); *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 892; *Müller*, Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 81 (87); *Lennerz*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, 221; *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 260 f.

⁴³ *Veil*, Kollisionsrechtliche und sachrechtliche Lösungen für eine Verschmelzung und eine Spaltung über die Grenze, Der Konzern 2007, 98 (104); vgl zu den möglicherweise zu lösenden Themenkreisen die Beispiele in *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 243 ff.

⁴⁴ Vgl dazu *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 875; *Harrer*, Internationale Verschmelzungen, GesRZ 1995, 141 (145).

⁴⁵ *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 18; *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 886 ff.

charakterisiert werden soll, bevor auf die einzelnen Verweisungsnormen näher eingegangen wird. Ferner wird darauf hingewiesen, dass es keine einheitliche Terminologie zur Typisierung der unterschiedlich ausgestalteten Verweisungsnormen gibt.

3.2.1. Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Vergleich mit nationalem IPR Kollisionsrecht

Definitionsgemäß bestimmt das Kollisionsrecht, welches Sachrecht auf einen bestimmten Sachverhalt anzuwenden ist, wenn mehrere Rechtsordnungen für die Beurteilung in Betracht kommen und es somit zu einer „Kollision“ mehrerer Rechtsordnungen kommt.⁴⁶ Zu solchen Konflikten kann es auch im Rahmen der SE-Verschmelzungsgründung kommen, wobei die Verweisungsnormen in der SE-VO die Zuordnung zu einer bestimmten Rechtsordnung treffen. Insofern nehmen diese Verweisungsregelungen kollisionsrechtliche Aufgaben wahr, sodass diese mE durchaus als Kollisionsnormen bezeichnet werden können⁴⁷, wiewohl auf die vorhandenen Unterschiede hinzuweisen ist.

Der augenscheinlichste Unterschied zwischen gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Kollisionsnormen liegt in der Rangordnung. Während die in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen normierten Regelungen gleichrangig gegenüberstehen, kommt den gemeinschaftsrechtlichen Kollisionsnormen Vorrangwirkung zu. Gibt es also einen Anknüpfungspunkt, auf den eine Verweisungsnorm der SE-VO abstellt, kommt ausschließlich diese zur Anwendung und verdrängt somit alle nationalen Normen, die ebenfalls diesen Anknüpfungspunkt aufgreifen.⁴⁸

Ein weiterer Unterschied ergibt sich aus der Charakteristik der SE-VO einerseits und jener der nationalen Rechtsordnungen andererseits. Jene Rechtsgebiete, die aufgrund des im IPR festgelegten Anknüpfungspunktes zu beurteilen sind, werden grundsätzlich in allen Rechtsordnungen sachrechtlich abschließend geregelt. Die Kollisionsnorm soll entscheiden, welche der in Frage kommenden Rechtsordnungen zur Beurteilung herangezogen werden soll, wobei die dadurch für zuständig erklärte Rechtsordnung aufgrund der dieser Rechtsordnung zu entnehmenden Kollisionsregelungen wiederum eine Verweisung in Form von Rück- und

⁴⁶ Neumayr in *Kozjol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB², § 1 IPRG Rz 1.

⁴⁷ *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 418; aA *Neun* in *Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft², 71; *Teichmann*, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (396), der die Normen als „*einseitiges Rechtsanwendungsrecht, nicht aber Kollisionsrecht*“ qualifiziert.

⁴⁸ *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 417; *Schejfele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 28.

Weiterverweisungen vorsehen kann. Für die Kollisionsnormen der SE-VO muss die Möglichkeit der Rückverweisung jedenfalls ausscheiden, da ja eine abschließende Behandlung des von der Verweisung erfassten Gebietes in der SE-VO gerade nicht vorhanden ist.⁴⁹ Andernfalls würden diese Regelungen ohnedies den nationalen Normen in der Anwendung vorgehen, wodurch eine Verweisung obsolet wäre.⁵⁰ Ob Weiterverweisungen auf andere nationale Rechtsordnungen möglich sind, muss anhand der einzelnen Verweisungsnormen beurteilt werden. Es gibt Verweisungsnormen, die eine Weiterverweisung untersagen, indem sie explizit die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung vorsehen, obwohl grundsätzlich mehrere Rechtsordnungen in Betracht kommen würden.⁵¹ Die nationalen IPR Regelungen sind daher vom Umfang der Verweisung nicht erfasst, wodurch es auch keine Grundlage für deren Anwendung gibt. Andererseits gibt es jedoch auch Verweisungsnormen auf das mitgliedstaatliche Recht, wobei, mangels ausdrücklichen Bezugs auf eine bestimmte Rechtsordnung, die nationalen IPR Regelungen vom Verweisungsumfang mit erfasst werden, sodass auch Weiterverweisungen möglich sind.⁵²

3.2.2. Charakterisierung der einzelnen Verweisungstypen

Wie bereits einleitend erwähnt, gibt es keine einheitliche Terminologie betreffend die einzelnen Verweisungsnormtypen und auch keine einheitliche Charakterisierung derselben. Dies soll nun in der Folge versucht werden, wobei das Hauptaugenmerk weniger auf die vom Autor gewählte, teilweise aus der Literatur übernommene, Bezeichnung, sondern auf den inhaltlichen Unterschieden der einzelnen Verweisungsnormtypen liegen soll. Es handelt sich jeweils um dynamische Verweise, das heißt dass die nationalen Normen in der jeweiligen geltenden Fassung anzuwenden sind.⁵³ Die anschließende Darstellung erfolgt nach dem Spezialitätsprinzip von der allgemeinsten zur speziellsten Norm, wobei die Geltung des Grundsatzes *lex specialis derogat legi generali* in der Literatur umstritten ist.⁵⁴

⁴⁹ Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 279; ähnlich Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 28.

⁵⁰ Vgl dazu Kapitel II.2.

⁵¹ Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 30; Lind, Europäische Aktiengesellschaft, 61.

⁵² Vgl zu den Sach- und Gesamtnormverweisungen Kapitel II.3.2.3.

⁵³ Brandt/Scheifele, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DStR 2002, 547 (553); Aicher in Straube/Aicher, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft, 40; Neun in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft², 71.

⁵⁴ Bejahend Brandt/Scheifele, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DStR 2002, 547 (554); Neun in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft², 52; aA Kals/Greda in Kals/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, AT Rz 15; Torggler, Zweifelsfragen bei der Verschmelzung zu einer SE, wbl 2006, 49.

3.2.2.1. Generalverweisung

Bei der Generalverweisung wird pauschal auf nationales Recht verwiesen, wie dies etwa bei Art 15 Abs 1 der Fall ist, der in vollem Umfang auf das für Aktiengesellschaften geltende Recht des Sitzstaates der SE verweist, sofern dem keine Bestimmungen der SE-VO vorgehen.⁵⁵

3.2.2.2. Partielle Generalverweisung

Als partielle Generalverweisung kann Art 18 bezeichnet werden. Dieser verweist, wiederum vorbehaltlich der Bestimmungen der SE-VO, für die jeweilige beteiligte Gründungsgesellschaft auf das mit der Richtlinie 78/855/EWG in Einklang stehende Recht bei der nationalen Verschmelzung von Aktiengesellschaften, dem diese unterliegt. Es wird also nicht nur punktuell auf nationales Recht verwiesen, sondern auf einen umfangreichen Regelungskomplex.⁵⁶ Andererseits erfolgt aber auch keine pauschale Verweisung auf nationales Recht, weil nicht auf alle Normen betreffend die Verschmelzung von nationalen Aktiengesellschaften verwiesen wird, sondern nur auf die speziell für die jeweiligen Gründungsgesellschaften relevanten. Nicht erfasst ist daher jener Bereich, der nicht mehr den einzelnen Gründungsgesellschaften und somit bereits der in Gründung befindlichen Gesellschaft zugerechnet werden kann.⁵⁷

3.2.2.3. Spezialverweisung

Spezialverweisungen verweisen zur Lösung konkreter einzelner Rechtsfragen⁵⁸ auf das nationale Recht, wobei der Verweis entweder auf das Recht des Sitzstaates (=Gründungsstaat⁵⁹) der SE (zB Art 26 Abs 1), oder auf das Recht, dem die jeweiligen Gründungsgesellschaften unterliegen (zB Art 24 Abs 1), erfolgen kann. Durch den Verweis auf das Sitzstaatrecht wird jedoch keine Aussage betreffend Sitz- oder Gründungstheorie getroffen.⁶⁰ Gemeint ist nach ganz hM der Satzungssitz, der gemäß Art 7 zwingend in demselben Mitgliedstaat gelegen sein muss, wie die

⁵⁵ *Kals/Greda* in *Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, AT Rz 13 f.

⁵⁶ *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 20.

⁵⁷ *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 18 SE-VO Rz 1; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 42.

⁵⁸ *Lind*, Europäische Aktiengesellschaft, 59; *Kals/Greda* in *Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, AT Rz 13.

⁵⁹ Vgl dazu *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 53.

⁶⁰ *Zimmer/Ringe* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 7 SE-VO Rz 8; *Fuchs* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 7 Rz 10.

Hauptverwaltung der SE.⁶¹ Da der Satzungssitz nur in das öffentliche Register jenes Mitgliedstaates eingetragen werden kann in dem auch die Gründung erfolgt, ist ein Auseinanderfallen von Satzungssitzstaat und Gründungsstaat im Rahmen der SE-Verschmelzungsgründung nicht möglich.⁶²

Als besondere Ausprägungen dieser Kategorie können Verpflichtungs- und Ermächtigungsnormen betrachtet werden.⁶³ Diese verweisen nicht auf bereits bestehende nationale Rechtsnormen, sondern richten sich an die nationalen Gesetzgeber, wobei diese zum Tätigwerden entweder verpflichtet (zB Art 68) oder ermächtigt (zB Art 24 Abs 2) werden. Beide Formen versuchen, den neu auftretenden Rechtsfragen gerecht zu werden, die einerseits speziell durch die Grenzüberschreitung und andererseits durch die Implementierung einer bisher in der Gestalt nicht vorhandenen Gesellschaftsform entstehen. Spezialverweisungen treten somit entweder als einfache Verweisungen, als Ermächtigungen oder als Verpflichtungen auf.⁶⁴

Zu klären bleibt, ob eine explizite Umsetzung der Ermächtigung im Ausführungsgesetz nötig ist, obwohl die betroffene nationale Rechtsordnung bereits für Aktiengesellschaften geltende Bestimmungen enthält, die von der Ermächtigung umfasst werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist dies jedenfalls zu bejahen. Anderenfalls müssten sämtliche nationalen Rechtsordnungen der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften daraufhin durchforstet werden, ob es etwaige Vorschriften gibt, die unter eine der Ermächtigungsnormen der SE-VO zu subsumieren und somit einschlägig sind. Daher ist eine ausdrückliche Umsetzung im Ausführungsgesetz, wenn auch nur mittels Verweis auf ein anderes nationales Gesetz⁶⁵, jedenfalls erforderlich.⁶⁶ Zu beachten ist dabei, dass den Mitgliedstaaten durch die Ermächtigungsnormen gewissermaßen eine Wahl eingeräumt wird. Sie können durch Ausübung der Ermächtigung entscheiden, ob die für nationale Aktiengesellschaften zwingend geltenden Vorschriften auch auf die SE anzuwenden sein sollen. Andererseits können bei der Ausübung der Ermächtigung auch

⁶¹ *Bungert/Beier*, Die europäische Aktiengesellschaft, EWS 2002, 1 (6); *Teichmann*, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (455 f); *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 7 Rz 4; *Zimmer/Ringe* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 7 SE-VO Rz 6; *Fuchs* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 7 Rz 2.

⁶² *Leible/Hoffmann*, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, 925 (931); *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 299; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 535.

⁶³ *Brandt/Scheifele*, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DStR 2002, 547 (553); *Hommelhoff/Teichmann* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 9 SE-VO Rz 10.

⁶⁴ *Brandt/Scheifele*, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DStR 2002, 547 (553 f) verwenden eine ähnliche Terminologie, allerdings ordnen sie die (im Übrigen ebenfalls so bezeichneten) partiellen Generalverweise ebenfalls unter „Spezialverweisungen“ ein.

⁶⁵ *Brandt*, Überlegungen zu einem SE-Ausführungsgesetz, NZG 2002, 991 (993).

⁶⁶ *Wagner*, Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, NZG 2002, 985 (987); *Brandt*, Überlegungen zu einem SE-Ausführungsgesetz, NZG 2002, 991 (993); *Schindler*, Vor einem Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, ecol-ex-script 2003/26, 1 (4).

vom nationalen Aktienrecht abweichende Regelungen getroffen werden⁶⁷, sofern eine unterschiedliche Behandlung, insbesondere hervorgerufen durch die Grenzüberschreitung, gerechtfertigt ist. Dies steht aber in Widerspruch zu Art 10 sowie Erwägungsgrund 5, wonach eine Gleichbehandlung der SE mit nationalen Aktiengesellschaften angestrebt wird.⁶⁸ Allerdings dürfte der europäische Gesetzgeber diesen Widerspruch erkannt und auch gebilligt haben. Vergleicht man nämlich beispielsweise die beiden Ermächtigungsnormen Art 24 Abs 2 und 39 Abs 2, so werden die Mitgliedstaaten gemäß Art 39 Abs 2 zwar ermächtigt, eine abweichende Bestimmungszuständigkeit für das Leitungsorgan vorzusehen, allerdings nur unter den Bedingungen, wie dies für nationale Aktiengesellschaften gilt. Eine derartige Einschränkung findet sich in Art 24 Abs 2 nicht, sodass nicht nur Schutzvorschriften, die auch für Minderheitsgesellschafter bei nationalen Verschmelzungen vorgesehen sind, erlassen werden dürfen, sondern auch davon abweichende.⁶⁹

Überschreitungen der Ermächtigungsbefugnisse sind unzulässig.⁷⁰ Bei Untätigkeit der nationalen Gesetzgeber bleibt es bei der in der SE-VO vorgesehenen Regelung.⁷¹

3.2.3. Sachrechts- oder Gesamtrechtsverweisung

Zu klären ist die Frage, ob die einzelnen in der SE-VO vorgesehenen Verweisungsnormen lediglich auf das nationale Sachrecht unter Ausschluss der IPR Regelungen verweisen, oder ob das gesamte nationale Recht samt IPR Anwendung finden soll. Soweit es sich um Gesamtrechtsverweisungen handelt, wird zwar zunächst auf das Recht eines bestimmten Mitgliedstaates verwiesen. Da jedoch die nationalen IPR Regelungen vom Verweisungsumfang miterfasst sind, ist das tatsächlich anzuwendende Sachrecht anhand der nationalen Kollisionsnormen jener Rechtsordnung, auf welche verwiesen wurde, zu ermitteln. Es kann also bei Gesamtrechtsverweisungen zu Rück- und Weiterverweisungen⁷² kommen.⁷³

⁶⁷ *Kals/Greda* in *Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, AT Rz 24; 30; *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 24 Rz 18; implizit auch *Teichmann*, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (427), der eine Ausweitung des deutschen Überprüfungsverfahrens auch auf Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft vorschlägt; aA *Brandt*, Überlegungen zu einem SE-Ausführungsgesetz, NZG 2002, 991 (993 f).

⁶⁸ Vgl dazu auch *Brandt*, Überlegungen zu einem SE-Ausführungsgesetz, NZG 2002, 991 (993 f).

⁶⁹ Vgl dazu ausführlich Kapitel III.6.

⁷⁰ *Brandt*, Überlegungen zu einem SE-Ausführungsgesetz, NZG 2002, 991 (993); *Kals/Greda* in *Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, AT Rz 24.

⁷¹ *Wagner*, Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, NZG 2002, 985 (987); *Brandt*, Überlegungen zu einem SE-Ausführungsgesetz, NZG 2002, 991 (993).

⁷² Eine Rückverweisung auf die SE-VO ist nicht möglich, vgl dazu Kapitel II.3.2.1. Auf Ebene der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sind Rück- und Weiterverweisungen nach Maßgabe der nationalen Kollisionsnormen möglich.

Bei den Sachrechtsverweisungen wird direkt die Anwendung der Sachrechtsnormen einer bestimmten Rechtsordnung angeordnet, sodass diese als einseitiger Anwendungsbefehl qualifiziert werden können.⁷⁴ Der europäische Gesetzgeber regelt eine ihm kompetenzrechtlich zuzuordnende Materie nicht selbst, sondern erklärt einseitig und zwingend nationales Recht für anwendbar.⁷⁵ Dennoch nehmen Sachrechtsverweisungen auch kollisionsrechtliche Aufgaben wahr, indem sie die Zuordnung zu einer bestimmten Rechtsordnung treffen, obwohl mehrere in Betracht kämen.⁷⁶

3.2.4. Zweistufigkeit des Gründungsverfahrens

Ein wesentliches Merkmal der Verschmelzung ist das zweistufig ausgestaltete Gründungsverfahren.⁷⁷ Die Aufspaltung der Verfahrensabschnitte wird bereits grundlegend in Art 2 Abs 1 vorgezeichnet. Demnach können Aktiengesellschaften eine „SE durch Verschmelzung gründen, sofern mindestens zwei von ihnen dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen“. Zwingende Voraussetzung der SE-Verschmelzungsgründung ist also, dass es zu einer Grenzüberschreitung kommt, mit der Folge, dass zumindest für eine der beteiligten Gesellschaften ein Wechsel des anwendbaren Rechts erfolgt. Bereits diese Grundvoraussetzung des Gründungsvorganges legt es nahe, dass dieser zunächst in einen ersten Abschnitt geteilt wird, in welchem für die jeweiligen Gründungsgesellschaften noch deren „altes“ Gesellschaftsstatut maßgeblich ist. Im zweiten Abschnitt soll bereits für alle beteiligten Gründungsgesellschaften nur mehr eine Rechtsordnung, nämlich jene, welcher die SE unterliegt, einschlägig sein. Diese Zweiteilung wird auch im Abschnitt „Gründung“ der SE-VO weitgehend übernommen. Der partielle Generalverweis des Art 18 erstreckt sich auf den eben skizzierten ersten Abschnitt. Er legt im Wesentlichen fest, dass für jede Gründungsgesellschaft das Recht jenes Staates anzuwenden ist, dem sie unterliegt. Erfasst ist von dieser Verweisungsnorm das frühe Stadium der Gründung, also all jene Handlungen, die jede der beteiligten Gesellschaften intern zur Vorbereitung der Verschmelzung vorzunehmen hat und daher auch dem jeweiligen Recht, dem sie unterworfen sind, zugeordnet werden.⁷⁸ Das Ende der Gründungsphase, welches nicht mehr den einzelnen Gründungsgesellschaften, sondern bereits

⁷³ Lind, Europäische Aktiengesellschaft, 61; Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 295 f.

⁷⁴ Teichmann, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (396); Lind, Europäische Aktiengesellschaft, 61.

⁷⁵ Teichmann, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (396).

⁷⁶ Vgl dazu Kapitel II.3.2.2.3.

⁷⁷ Teichmann, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (416); Teichmann, Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 (372); Hügel in Kalls/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, Vor § 17 SEG Art 15 SE-VO Rz 5 f; Schäfer in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 18 SE-VO Rz 1.

⁷⁸ Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 39; Teichmann, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (416).

der SE in Gründung zuzurechnen ist⁷⁹, wird hingegen vom Generalverweis des Art 15 Abs 1 erfasst. Demnach ist das Recht jenes Staates anzuwenden, in dem die SE ihren Sitz begründet.

Das zweistufige Verfahren wird auch bei der Rechtmäßigkeitsprüfung des Gründungsvorganges konsequent weitergeführt.⁸⁰ Auch hier wird zwischen einem Abschnitt, der die Gründungsgesellschaften betrifft und einem weiteren Abschnitt, der bereits der Gesellschaft im Gründungsstadium zurechenbar ist, unterschieden. So legt Art 25 Abs 1 fest: „Die Rechtmäßigkeit der Verschmelzung wird, was die einzelnen sich verschmelzenden Gesellschaften betreffenden Verfahrensabschnitte anbelangt, nach den für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften geltenden Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats kontrolliert, dessen Recht die jeweilige verschmelzende Gesellschaft unterliegt“. Dies entspricht all jenen Gründungsschritten, die gemäß Art 18 den jeweiligen Gründungsgesellschaften zugeordnet werden. Die Kontrolle der nach Art 15 Abs 1 bereits einheitlich nach dem Recht des künftigen Sitzstaates der SE zu beurteilenden Fragen werden in Art 26 Abs 1 sinngemäß den Behörden dieses Mitgliedstaates übertragen.

4. Das anwendbare Recht bei der SE-Verschmelzungsgründung

4.1. Vorrang des Gemeinschaftsrechts

Primär sind die Sachrechtsnormen der SE-VO anzuwenden. Kommt es zu Widersprüchen mit Normen der nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, werden diese in ihrer Anwendbarkeit vom Gemeinschaftsrecht verdrängt. Dies gilt nicht nur für den Abschnitt der Gründung, sondern allgemein für den gesamten Anwendungsbereich der Verordnung und ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der Vorrangwirkung des Gemeinschaftsrechts. Dennoch wird die Vorrangwirkung an mehreren Stellen der SE-VO, insbesondere bei (partiellen) Generalverweisungen, explizit angeordnet⁸¹, wobei diese Bestimmungen nur deklarativen Charakter haben.⁸²

In der Literatur wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, dass zu den primär anzuwendenden Gemeinschaftsrechtsnormen neben den sachrechtlichen Normen der SE-VO auch die

⁷⁹ Zur Abgrenzung siehe auch *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 18 SE-VO Rz 1.

⁸⁰ Vgl dazu ausführlich *Schejfele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 257 ff; *Neun* in *Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft², 72.

⁸¹ Vgl etwa die Artt 9 Abs 1 lit a, 15 Abs 1, 18.

⁸² *Wagner*, Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, NZG 2002, 985 (986) FN 7; *Kalss/Greda* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, AT Rz 17; *Aicher* in *Straube/Aicher*, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft, 33; *Hommelhoff/Teichmann* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 9 SE-VO Rz 35; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 279.

Spezialverweisungen auf das mitgliedstaatliche Recht zu zählen sind.⁸³ Schließlich mache es qualitativ keinen Unterschied, ob ein bestimmter Sachverhalt explizit geregelt wird, oder ob einseitig und zwingend auf eine nationale Sachrechtsnorm außerhalb der Verordnung verwiesen wird. Dies gelte nicht nur für einfache Verweisungen, sondern auch für die Ermächtigungen und Verpflichtungen. Sobald ein Mitgliedstaat von einer Ermächtigung Gebrauch macht oder die ihm obliegenden Verpflichtungen umsetzt, seien diese Normen (in der hier verwendeten Terminologie⁸⁴) wie auch die einfachen Verweisungen als Spezialverweisungen zu qualifizieren.⁸⁵

Kindler vertritt hingegen die Meinung, dass die Spezialverweisungen auf das Recht der Mitgliedstaaten nicht zu den primären Rechtsquellen zu zählen sind, sondern vielmehr zu den gemäß Art 9 Abs 1 lit c sublit i subsidiär anwendbaren „Rechtsvorschriften, die die Mitgliedstaaten in Anwendung der speziell die SE betreffenden Gemeinschaftsmaßnahmen erlassen“. Würde man sämtliche Spezialverweisungen bereits den sachrechtlichen Normen in der SE-VO gleichstellen, hätte Art 9 Abs 1 lit c sublit i keinen Anwendungsbereich.⁸⁶

Eine derart pauschale Zuordnung der Spezialverweise ist mE weder in die eine, noch in die andere Kategorie möglich. Es bedarf vielmehr einer konkreten Betrachtung der einzelnen Formen der Spezialverweisungen. Eine Gleichstellung mit den sachrechtlichen Regelungen in der SE-VO empfiehlt sich jedenfalls für die an die Mitgliedstaaten gerichteten Umsetzungsverpflichtungen und wohl auch für die einfachen Verweisungen. In der Tat ist kein qualitativer Unterschied erkennbar, ob die betroffenen Bereiche sachrechtlich in der SE-VO geregelt würden oder ob diese die nationalen Gesetzgeber zur expliziten Regelung verpflichtet⁸⁷ beziehungsweise auf eine bereits bestehende Regelung verweist. Anders ist dies mE jedoch bei den Ermächtigungen. Diese räumen den Mitgliedstaaten einen Handlungsspielraum ein, von dem sie nach ihrem Ermessen im Rahmen der Ausführungsgesetze Gebrauch machen können.⁸⁸ Da die SE-VO den Regelungsbereich der Mitgliedstaaten weitgehend einengt, würde tatsächlich kein

⁸³ *Brandt/Schejfele*, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DStR 2002, 547 (553); *Wagner*, Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, NZG 2002, 985 (988); *Hommelhoff/Teichmann* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 9 SE-VO Rz 35; *Neun* in *Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft², 52.

⁸⁴ Vgl dazu Kapitel II.3.2.2.

⁸⁵ *Brandt/Schejfele*, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DStR 2002, 547 (553); *Wagner*, Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, NZG 2002, 985 (988); *Neun* in *Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft², 71.

⁸⁶ *Kindler*, in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 80.

⁸⁷ Art 25 Abs 2 verpflichtet die nationalen Gesetzgeber, das „[...] zuständige Gericht, [...] Notar oder eine andere zuständige Behörde [...]“ zu benennen. Qualitativ würde es keinen Unterschied machen, wenn direkt in Art 25 Abs 2 eine Auflistung der jeweils zuständigen Behörde jedes einzelnen Mitgliedstaates angeführt werden würde.

⁸⁸ Vgl dazu Kapitel II.3.2.2.3.

Anwendungsbereich für Art 9 Abs 1 lit c sublit i verbleiben, wenn man auch diese Regelungen mit den sachrechtlichen Normen der SE-VO gleichstellen würde.

4.2. Art 15 Abs 1

Art 15 Abs 1 enthält den für alle Gründungsformen relevanten Generalverweis auf nationales Recht. Bei der Generalverweisungsnorm des Art 15 Abs 1 handelt es sich nach hM um eine Sachrechtsverweisung. Bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung sei eindeutig erkennbar, dass das für Aktiengesellschaften geltende Recht des Sitzstaates der SE gelten soll. Es werde also direkt auf die Sachrechtsnormen einer bestimmten Rechtsordnung verwiesen, sodass eine Anwendung des dort normierten IPR nicht in Betracht komme.⁸⁹ Andernfalls könnte dies zu einer Rück- oder Weiterverweisung führen, die ja gerade nicht erwünscht sei.⁹⁰ Dem ist jedoch nicht bedingungslos zuzustimmen.

Zunächst ist festzuhalten, dass eine Rückverweisung auf die SE-VO aufgrund des, dem nationalen Kollisionsrecht übergeordneten, Gemeinschaftsrechts grundsätzlich ausscheidet.⁹¹ Aber auch eine Weiterverweisung aufgrund unterschiedlicher Anknüpfungspunkte des Gesellschaftsstatuts ist nicht möglich. Die an der Verschmelzung beteiligten Rechtsordnungen können zwar unterschiedliche Anknüpfungspunkte zur Beurteilung des Gesellschaftsstatuts wählen⁹², dies bleibt jedoch für den Gründungsvorgang der SE ohne Auswirkung. Aufgrund der Anordnung in Art 7 müssen ohnehin Satzungssitz und Hauptverwaltung im selben Mitgliedstaat liegen, sodass eine unterschiedliche Anknüpfung, entweder nach der Sitz- oder der Gründungstheorie, letztlich unerheblich ist.⁹³ Es kommen also nur die Kollisionsnormen des künftigen Sitzstaates (=Gründungsstaat) zur Anwendung, womit eine „Kollision der Kollisionsrechte“⁹⁴, ausgeschlossen ist.

⁸⁹ *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, Vor § 17 SEG Art 15 SE-VO Rz 25; *Schäfer* in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*³, Art 15 SE-VO Rz 4; *Lind*, Europäische Aktiengesellschaft, 63; *Brandt/Scheifele*, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DStR 2002, 547 (549); *Schäfer* in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*³, Art 15 SE-VO Rz 4; *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 15 Rz 1; *Fuchs*, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 60.

⁹⁰ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 537; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 31.

⁹¹ Vgl dazu Kapitel II.3.2.1.

⁹² Vgl dazu Kapitel II.3.

⁹³ *Schäfer*, Das Gesellschaftsrecht (weiter) auf dem Weg nach Europa – am Beispiel der SE-Gründung, NZG 2004, 785 (787); *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 53; *Fuchs*, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 49.

⁹⁴ Vgl zu dem Begriff *Hommelhoff/Teichmann* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 9 SE-VO Rz 32.

Die Anordnung, dass das für nationale Aktiengesellschaften geltende Recht des künftigen Sitzstaates gelten soll, besagt, dass die an der Verschmelzung beteiligten Gründungsgesellschaften so zu behandeln sind, als ob es sich um die Gründung einer Aktiengesellschaft im künftigen Sitzstaat der SE handle.⁹⁵ Damit soll sichergestellt werden, dass die Rechtsordnung der übertragenden Gründungsgesellschaft nicht mehr einschlägig ist, soweit der unter Art 15 Abs 1 fallende Gründungsabschnitt betroffen ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es zu einem Ausschluss der Kollisionsnormen des künftigen Sitzstaates kommt oder kommen muss. Der zeitlich von Art 15 Abs 1 umfasste Anwendungsbereich reicht nämlich bis zur Eintragung der Gesellschaft gemäß Art 12, sodass es durchaus denkbar ist, dass bis zu diesem Zeitpunkt, abseits der gesellschaftsrechtlich relevanten Gründungsmodalitäten und somit auch außerhalb des Anwendungsbereiches des Art 15 Abs 1⁹⁶, bereits Geschäfte mit Auslandsberührung getätigt werden, auf welche selbstverständlich die Regelungen des IPR anzuwenden sind, soweit nicht andere Gemeinschaftsrechtsakte einschlägig sind.

Die Befürworter der Einordnung als Sachrechtsverweisung gelangen ebenfalls zu diesem Ergebnis. Allerdings müssen sie eine mit großer Rechtsunsicherheit behaftete Abgrenzung nach dem sogenannten „Regelungsbereich“ der SE-VO vornehmen, um zu klären, ob für die konkret betroffene Rechtsfrage das IPR anwendbar ist oder nicht.⁹⁷ Fallen die zu klärenden Rechtsfragen in den Anwendungsbereich der SE-VO, so kommt aufgrund der Vorrangwirkung des Gemeinschaftsrechts nationales Recht nur dann zur Anwendung, wenn dies die SE-VO ausdrücklich zulässt. Somit betrifft die Sachrechtsverweisung des Art 15 Abs 1 nur den Bereich innerhalb des Regelungsauftrages der SE-VO, wobei darunter im Wesentlichen alle zum Gesellschaftsrecht gehörenden Gebiete zu verstehen sind.⁹⁸ Außerhalb dieses Regelungsbereiches ist die SE-VO nicht anwendbar, sodass die Bestimmung des anzuwendenden nationalen Sachrechts anhand der Kollisionsnormen zu ermitteln ist.⁹⁹ Für den zeitlich von Art 15 Abs 1 erfassten Gründungsabschnitt bedeutet das, dass jede auftretende Rechtsfrage daraufhin zu

⁹⁵ Vgl zum Verweisungsumfang *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, Vor § 17 SEG Art 15 SE-VO Rz 29; *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 15 SE-VO Rz 10; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 15 SE-VO Rz 8 f; *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 15 Rz 11.

⁹⁶ Zum Anwendungsbereich sogleich.

⁹⁷ *Wagner*, Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, NZG 2002, 985 (988); *Brandt/Scheifele*, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DStR 2002, 547 (548 ff); *Kalss/Greda* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, AT Rz 20; *Lind*, Europäische Aktiengesellschaft, 53 ff; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 32 ff.

⁹⁸ Vgl zur Abgrenzung des Regelungsbereiches ausführlich *Lind*, Europäische Aktiengesellschaft, 53 ff; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 32 ff.

⁹⁹ *Brandt/Scheifele*, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DStR 2002, 547 (553); *Wagner*, Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, NZG 2002, 985 (989); *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 9 SE-VO Rz 3; 7; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 296.

prüfen ist, ob sie unter den Regelungsbereich der SE-VO fällt oder nicht. Bejahendenfalls ist sie von Art 15 Abs 1 erfasst und es kommt nationales Sachrecht unter Ausschluss der Regelungen zum IPR zur Anwendung. Liegt die Frage außerhalb des Regelungsbereiches, ist die SE-VO nicht einschlägig und nationales Recht kommt, einschließlich IPR, uneingeschränkt zur Anwendung.

Da die Gefahr der Rück- und Weiterverweisungen ohnehin nicht gegeben ist, könnte man sich die - mE unnötige - Verkomplizierung aufgrund der in der Praxis überaus schwierigen Absteckung des Regelungsbereiches ersparen. Darüber hinaus ist die SE-Gründung genau so zu behandeln, wie die rein innerstaatliche Gründung einer Aktiengesellschaft, die dem Recht des künftigen Sitzstaates der SE unterliegt. Bei der Vornahme der Gründungsmodalitäten, die unter Art 15 Abs 1 fallen und somit vom Regelungsbereich der SE-VO erfasst werden, sind jedoch für rein innerstaatliche Verschmelzungen kaum Berührungen mit ausländischen Rechtsordnungen denkbar. Sollte dies dennoch der Fall sein, müssen jedoch auch auf die SE in Gründung aufgrund des Gleichbehandlungsgebotes die für nationale Aktiengesellschaften geltenden Kollisionsnormen angewendet werden. Anhand der Qualifikation als Generalverweisungsnorm kann die Einteilung der Rechtsfragen als zum Regelungsbereich der SE-VO gehörend oder außerhalb davon liegend unterbleiben, ohne dass es dabei im Ergebnis zu wesentlichen Änderungen kommen würde.

Isoliert betrachtet bestimmt Art 15 Abs 1, dass für den Gründungsvorgang ausschließlich eine der beteiligten Rechtsordnungen maßgeblich sein soll. Dies entspricht dem Lösungsansatz, den die Einheitstheorie¹⁰⁰, im Speziellen die Aufnahmetheorie als Unterordnung derselben, verfolgt.

4.3. Art 18

Die partielle Generalverweisung des Art 18 bezieht sich speziell auf den Abschnitt „*Gründung einer SE durch Verschmelzung*“. Anders als etwa Art 9 Abs 1 lit c oder Art 15 Abs 1 verweist Art 18 nicht auf das Recht des Sitzstaates, sondern lediglich auf das für die nationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften geltende Recht. Es erfolgt somit kein rein sachrechtlicher Verweis, sondern eine Gesamtrechtsverweisung einschließlich der nationalen IPR Regelungen.¹⁰¹ Das tatsächlich

¹⁰⁰ Vgl dazu Kapitel II.3.1.1.

¹⁰¹ *Hügel* in *Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, Vor § 17 SEG Art 18 SE-VO Rz 3; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 18 SE-VO Rz 4; *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 18 SE-VO Rz 2; *Lind*, Europäische Aktiengesellschaft, 107 f; *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 18 Rz 7; aA offenbar *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 81; *Fuchs*, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 61; widersprüchlich *Teichmann*, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (415; 417) FN 157.

anzuwendende Sachrecht ist demnach nach den Kollisionsnormen des Personalstatuts der jeweiligen Gründungsgesellschaft zu ermitteln. Somit ist entweder das Recht des Sitzstaates oder jenes des Gründungsstaates anwendbar.¹⁰² Allerdings wird die Wirkung dieser Rechtszersplitterung aufgrund der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durch die europarechtliche Gründungstheorie¹⁰³ stark abgeschwächt. Die in Österreich herrschende Sitztheorie kommt bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen *de facto* nur mehr dann zur Anwendung, wenn die davon erfasste Gründungsgesellschaft in Österreich ihren Sitz hat, und nach dem Recht eines Drittstaates (nicht EWR Staat) gegründet worden ist.¹⁰⁴

Art 18 ordnet die Anwendung der Rechtsordnung an, der die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt. Somit kommen für den von Art 18 umfassten Bereich mehrere nationale Rechtsordnungen parallel zur Anwendung (distributive Rechtsanwendung).¹⁰⁵ Insofern entspricht dies der Umsetzung der in der Vereinigungstheorie vertretenen Auffassung.¹⁰⁶

Der Verweis auf die mit der RL 78/855/EWG betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften in Einklang stehenden Vorschriften dient der Vereinheitlichung der auf nationale sowie grenzüberschreitende Verschmelzungen anwendbaren Normen.

4.4. Verhältnis der einzelnen Verweisungsnormen zueinander

4.4.1. Verhältnis von Art 9 zu Art 15 Abs 1

Die Anwendung des Art 9 im Gründungsstadium scheidet aus, weil dieser aufgrund der expliziten Bezeichnung nur das anwendbare Recht auf die bereits errichtete SE regelt. Für das Gründungsstadium ist daher ausschließlich der Generalverweis des Art 15 Abs 1 einschlägig. Dieser bestimmt, dass im Gründungsstadium primär die Bestimmungen der SE-VO zur Anwendung kommen sollen und subsidiär die aktienrechtlichen Vorschriften des Sitzstaates der zu gründenden SE. Damit wird auch das Verhältnis der Artt 9 und 15 Abs 1 klargestellt: bis zur Eintragung der SE gemäß Art 12 kommt der für die Gründung einschlägige Art 15 Abs 1 zur

¹⁰² Vgl zu Sitz- und Gründungstheorie Kapitel II.3.

¹⁰³ Vgl dazu Kapitel II.3.

¹⁰⁴ Ähnlich Bayer in Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, Art 18 SE-VO Rz 4; Hiegel in Kalss/Hiegel, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, Vor § 17 SEG Art 18 SE-VO Rz 4 f.

¹⁰⁵ Schejfele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 43; vgl zum Begriff auch Kapitel II.3.1.2.

¹⁰⁶ Vgl dazu Kapitel II.3.1.2.

Anwendung, unmittelbar danach Art 9.¹⁰⁷ Eine Kollision der beiden Verweisungsnormen ist daher aufgrund der zeitlich einander ausschließenden Anwendung nicht möglich.

Allerdings hat die Abgrenzung dieser beiden Verweisungsnormen praktisch nur geringe Bedeutung. Die in Art 9 vorgesehene Normenhierarchie ist auch für Art 15 Abs 1 maßgeblich¹⁰⁸, jedoch mit Ausnahme jener Vorschriften, die die Eintragung der SE voraussetzen.¹⁰⁹ Konsequenterweise sind auch die in Art 9 Abs 1 lit c sublit i geregelten, in Art 15 Abs 1 aber nicht explizit erwähnten, „*Rechtsvorschriften, die die Mitgliedstaaten in Anwendung der speziell die SE betreffenden Gemeinschaftsmaßnahmen erlassen*“ anzuwenden.¹¹⁰ Dies ist schon deshalb notwendig, weil eine Vielzahl der bereits bei Gründung der SE auftretenden Fragen in den Ausführungsgesetzen geregelt wird.¹¹¹

Bei beiden Normen handelt es sich nach hM um Sachnormverweisungen, das heißt es wird auf das gesamte nationale Recht unter Ausschluss der kollisionsrechtlichen Bestimmungen (IPR) verwiesen.¹¹²

4.4.2. Verhältnis von Art 15 Abs 1 zu Art 18

Der Generalverweis des Art 15 Abs 1 gilt aufgrund seiner systematischen Einordnung im 1. Abschnitt „*Allgemeines*“ für alle 4 primären Gründungsformen. Demzufolge ist er subsidiär zu anderen Verweisungsnormen, die sich in den jeweiligen speziellen Abschnitten für die einzelnen Gründungsformen befinden. Eine solche Verweisungsnorm, die Art 15 Abs 1 in seiner Anwendbarkeit verdrängt, befindet sich für den Bereich der Verschmelzungsgründung in Art 18. Dieser legt fest, dass mangels Regelung im Abschnitt der Verschmelzungsgründung „*auf jede Gründungsgesellschaft die mit der Richtlinie 78/855/EWG in Einklang stehenden Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates anzuwenden [sind], dessen Recht sie unterliegt*“. Zunächst ist also die „partielle“

¹⁰⁷ Bayer in Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, Art 15 SE-VO Rz 6; Lind, Europäische Aktiengesellschaft, 68; Schröder in Manzt/Mayer/Schröder, Art 15 SE-VO Rz 3; Schäfer in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 15 SE-VO Rz 6; Schwarz, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 15 Rz 1; aA Hügel in Kals/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, Vor § 17 SEG Art 15 SE-VO Rz 8; Fuchs, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 36.

¹⁰⁸ Hügel in Kals/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, Vor § 17 SEG Art 15 SE-VO Rz 8.

¹⁰⁹ OGH, 13.07.1995, 6 Ob 570/94; Bayer in Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, Art 16 SE-VO Rz 9.

¹¹⁰ Hügel in Kals/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, Vor § 17 SEG Art 15 SE-VO Rz 8.

¹¹¹ Besonders hingewiesen sei dabei auf die an die Mitgliedstaaten gerichteten Umsetzungsverpflichtungen. Beispielhaft sei die Benennung des „zuständigen Gerichtes, Notars oder anderen zuständigen Behörde“ in Art 25 Abs 2 genannt, die in den nationalen Ausführungsgesetzen erfolgt und typischerweise bereits für das Gründungsstadium relevant ist.

¹¹² Vgl dazu Kapitel II.3.2.3.

Generalverweisung¹¹³ des Art 18 einschlägig und erfasst die nicht oder nur teilweise in der VO geregelten Bereiche für die Gründungsgesellschaften. Ähnlich wie Art 15 Abs 1 verweist Art 18 nicht nur auf das nationale Aktienrecht, sondern generell auf alle nationalen Rechtsnormen, die für Gründung allgemein (Art 15 Abs 1)¹¹⁴ beziehungsweise Verschmelzung (Art 18)¹¹⁵ nationaler Aktiengesellschaften maßgeblich sind.

Die Anwendbarkeit des Generalverweises in Art 15 Abs 1 wird durch die vorrangige Anwendung des Art 18 zeitlich nach hinten verschoben und greift erst dann, wenn die die jeweiligen Gesellschaften betreffenden Fragen bereits geklärt sind und die Gründung der SE unmittelbar bevorsteht.¹¹⁶ In groben Zügen entspricht dieser Lösungsweg der oben dargestellten Dreiteilung der Vereinigungstheorie¹¹⁷: die Abschnitte Voraussetzung und Verfahren sind gemäß Art 18 subsidiär nach dem Recht der Gründergesellschaften zu beurteilen, während die Wirkung der Verschmelzung gemäß Art 15 Abs 1 subsidiär dem Sitzstaatrecht der zu gründenden SE unterliegt.¹¹⁸ Es wurde jedoch erkannt, dass die, speziell in den Abschnitten Verfahren und Wirkung vorzunehmende Kumulierung der beteiligten Rechtsordnungen auf große praktische Schwierigkeiten und große Rechtsunsicherheit stößt. Daher wurden gerade für diese Bereiche Sachnormregelungen in der SE-VO getroffen, sodass eine Kumulierung der Rechtsordnungen, mit der Folge, dass sich die jeweils strengste Regelung durchsetzt, nur mehr in wenigen Fällen notwendig ist.¹¹⁹ Insbesondere die Wirkungen wurden in den Artt 29 und 30 einheitlich geregelt.¹²⁰

Somit ergibt sich folgende Normenhierarchie für die Gründungsphase einer SE durch Verschmelzung: Zunächst sind die speziell geregelten Bereiche der SE-VO im Abschnitt 2

¹¹³ Vgl dazu Kapitel II.3.2.2.2.

¹¹⁴ *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, Vor § 17 SEG Art 15 SE-VO Rz 29; *Kroat-Reder*, Die Gründung einer europäischen Aktiengesellschaft, 86; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 15 SE-VO Rz 8; *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 15 Rz 20; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 53 f.

¹¹⁵ Im Ergebnis ähnlich *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, Vor § 17 SEG Art 18 SE-VO Rz 8 f; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 18 SE-VO Rz 6; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 45 f.

¹¹⁶ *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, Vor § 17 SEG Art 15 SE-VO Rz 5; *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 15 SE-VO Rz 8; *Kroat-Reder*, Die Gründung einer europäischen Aktiengesellschaft, 86 f; *Fuchs*, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 42.

¹¹⁷ Ähnlich *Teichmann*, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (417) FN 157; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 43.

¹¹⁸ Vgl dazu *Neun* in *Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft², 73.

¹¹⁹ Vgl dazu *Kalss*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (617); *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 128 FN 683.

¹²⁰ *Teichmann*, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (417) FN 157.

„Gründung einer SE durch Verschmelzung“ heranzuziehen. Dazu sind nicht nur die Sachnormen, sondern auch die Spezialverweisungen, in Form von Verpflichtungen sowie einfachen Verweisen, in das jeweilige nationale Recht zu zählen.¹²¹ Subsidiär dazu sind gemäß dem „partiellen“ Generalverweis in Art 18 die für die jeweilige Gründergesellschaft maßgeblichen nationalen aktienrechtlichen Bestimmungen heranzuziehen. Schließlich greift der für alle primären Gründungsformen geltende Art 15 Abs 1, der auf das nationale Aktienrecht des Sitzstaates der zu gründenden SE verweist.

¹²¹ Vgl zur Abgrenzung Kapitel II.3.2.2.3.

III. Überprüfung des Umtauschverhältnisses bei der SE-Verschmelzungsgründung

1. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist allgemein unter die Kategorie der „Minderheitsrechte“¹²² einzuordnen, die jedoch in der SE-VO weitgehend nicht sachrechtlich geregelt werden.¹²³ Auch außerhalb der SE-VO gibt es bislang keine – beispielsweise durch Richtlinien verpflichtend umzusetzende – Vereinheitlichung der Minderheitsrechte, weswegen auch kein Verweis auf bereits harmonisierte Vorschriften möglich ist. Die SE-VO nimmt im Bereich der Verschmelzungsgründung in 2 Artikeln Bezug auf die Rechte der Minderheiten, nämlich explizit in Art 24 Abs 2 und auch in Art 25 Abs 3, in welchem das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses und der Barabfindung angesprochen wird. Beide Normen verweisen jedoch auf nationale Rechtsnormen, sodass zunächst deren Verweisungsumfang als auch deren Verweisungstyp zu erläutern ist. Dies soll in der Folge anhand der Implementierung des österreichischen Überprüfungsverfahrens im Rahmen der SE-Verschmelzungsgründung versucht werden.

2. Exkurs: Verhältnis von SE-VO und VRL

Beide Gemeinschaftsrechtsakte behandeln Verschmelzungsvorgänge zwischen Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten. Daher gebietet sich eine kurze Darstellung der Unterschiede und Gemeinsamkeiten, insbesondere im Hinblick auf die Bestimmungen zum Minderheitenschutz.

Der augenscheinlichste Unterschied der beiden Rechtsakte ergibt sich aus deren Form als Verordnung einerseits und Richtlinie andererseits.¹²⁴ Gemäß Art 288 AEUV ist die SE-VO verbindlich und unmittelbar anwendbar, während die VRL nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, die Umsetzung aber den Mitgliedstaaten überlässt. Diese Unterscheidung hat unmittelbar zur Folge, dass der nationale Gesetzgeber in Umsetzung der SE-VO nur tätig werden darf beziehungsweise auch muss, soweit dies ausdrücklich in der Verordnung gestattet ist,

¹²² Vgl zur Auslegung des Begriffes Kapitel III.6.2.

¹²³ *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (594); *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 115.

¹²⁴ *Kiss*, Unternehmenszusammenschlüsse nach österreichischem und deutschem Recht unter besonderer Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben, 99.

wogegen er zur Umsetzung der Vorgaben der VRL verpflichtet ist, wobei ihm die Wahl der Form und Mittel bei der Umsetzung überlassen wird.

Inhaltlich betrifft der Abschnitt „*Gründung einer SE durch Verschmelzung*“ in den Artt 17 bis 31 einen Regelungsbereich, der auch von der VRL aufgegriffen wird. Dabei gibt es zwar zum Teil sehr wesentliche Unterschiede, die sich bereits aus den divergierenden Zielsetzungen der beiden Rechtsakte – Schaffung einer Europäischen Gesellschaft durch grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften einerseits, sowie grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften andererseits – ergeben. Daneben gibt es jedoch auch einen Bereich, der für beide Vorgänge ähnlich oder sogar gleich zu behandeln ist.¹²⁵ Dazu gehören zweifellos die Bestimmungen über den Schutz der Minderheitsgesellschafter und somit auch das in dieser Arbeit behandelte nachträgliche Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses. Aus Sicht der Minderheitsgesellschafter treten bei der SE-Verschmelzungsgründung dieselben potentiellen Gefahren auf wie bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung nach den Bestimmungen der VRL. Insofern empfiehlt sich die gleiche Behandlung gleichgelagerter Sachverhalte, welche der europäische Gesetzgeber auch vorgenommen hat. Die einschlägigen Normen im Bereich des Minderheitenschutzes in der VRL wurden mit wenigen Klarstellungen beziehungsweise notwendigen Anpassungen beinahe wörtlich aus der SE-VO übernommen.¹²⁶ Auch der österreichische Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der beiden Gemeinschaftsrechtsakte im SEG beziehungsweise im EU-VerschG auf einen Gleichklang jener Bestimmungen geachtet, die einen gleichgelagerten Sachverhalt regeln. Die §§ 21 und 22 SEG wurden etwa beinahe wortgleich in den §§ 10 und 11 EU-VerschG übernommen und auch in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage des EU-VerschG wird ausdrücklich weitgehend auf die Erläuterungen zum SEG verwiesen.¹²⁷ In Deutschland wurde bei der Umsetzung der Vorgaben aus der VRL ebenfalls in weitem Umfang auf die Regelungen im Ausführungsgesetz zur SE-VO zurückgegriffen.

Aufgrund des Gleichklangs der Regelungen scheint es gerechtfertigt, ergänzend das zur VRL und zum EU-VerschG ergangene Schrifttum zur Frage der Überprüfung des Umtauschverhältnisses heranzuziehen.

¹²⁵ Vgl dazu ausführlich *Kissl*, Unternehmenszusammenschlüsse nach österreichischem und deutschem Recht unter besonderer Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben, 99 f; *Priemayer*, Neues zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, *ecolex* 2005, 820 (822); *Koppensteiner*, Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, *GesRZ* 2006, 111 (122).

¹²⁶ Vgl etwa die Formulierungen in Art 25 Abs 3 und Art 10 Abs 3 VRL beziehungsweise Art 24 Abs 2 und Art 4 Abs 2 VRL.

¹²⁷ Vgl dazu ErläutRV zum GesRÄG 2007: 171 BlgNR 23. GP S 14 zu den §§ 10 und 11 sowie zu § 12 EU-VerschG.

3. Grundlage für die Anwendbarkeit des österreichischen Überprüfungsverfahrens

Die Anwendung und Durchführung des österreichischen Überprüfungsverfahrens ist in § 22 SEG, der auf das Verfahren gemäß den §§ 225c ff AktG verweist, normiert. Bevor jedoch auf die Regelungen im Einzelnen eingegangen werden kann, muss eine taugliche Rechtsgrundlage in der SE-VO ermittelt werden, auf welche sich sowohl § 22 SEG als auch die Durchführung des Verfahrens gemäß den §§ 225c ff AktG stützen lassen.

Die prinzipielle Zulässigkeit eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens wird *expressis verbis* in Art 25 Abs 3 Satz 1 geregelt. Dieser Bestimmung lassen sich unmittelbar drei Aussagen entnehmen:

Erstens: Es gibt aufgrund des Verweises auf die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen keine Sachregelung in der SE-VO.

Zweitens: Das in Österreich vorgesehene Überprüfungsverfahren gemäß den §§ 225c ff AktG findet auch bei der SE Gründung durch Verschmelzung Anwendung.

Drittens: Dies allerdings nur dann, wenn die anderen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften, deren Gesellschaftsstatut ein derartiges Recht fremd ist, der Durchführung dieses Verfahrens zustimmen. Steht auch den Aktionären der anderen beteiligten Gesellschaften nach deren Rechtsordnung ein derartiges Verfahren offen, ist im Rückschluss zu Art 25 Abs 3 keine Zustimmung erforderlich.¹²⁸

Sowohl die deutsche als auch die österreichische Rechtsordnung sehen ein nachträgliches Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses vor. Bemerkenswert ist jedoch, dass sich die Gesetzgeber, obwohl die beiden Verfahren durchaus weitgehend ähnlich ausgestaltet sind¹²⁹, auf unterschiedliche Normen der SE-VO als deren Grundlage berufen. Während sich die Regelung im deutschen Recht ausdrücklich auf die Ermächtigung in Art 24 Abs 2 stützt¹³⁰, ist den Gesetzesmaterialien zum österreichischen SEG eindeutig zu entnehmen, dass Art 25 Abs 3 als Grundlage zur Klärung der Rechtmäßigkeit des Umtauschverhältnisses dient.¹³¹ Dies mag zunächst darin begründet sein, dass Art 24 Abs 2 auf Anraten der deutschen und Art 25 Abs 3

¹²⁸ *Kalss*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (623); *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 26; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 25 SE-VO Rz 20; *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 25 Rz 26; aA *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 24 SE-VO Rz 16.

¹²⁹ Vgl dazu Kapitel X.2.

¹³⁰ Begr. RegE z. SEEG, BT-Drucks. 15/3405 S 32 zu § 6 SEAG.

¹³¹ ErläutRV zum GesRÄG 2004: 466 BlgNR 22. GP S 17 f zu § 22 SEG.

auf Initiative der österreichischen Delegation in die SE-VO eingefügt wurden.¹³² Eine Klärung dahingehend, auf welchen der beiden Artikel nun die Normierung eines Überprüfungsverfahrens zu stützen ist, bietet diese Annahme nicht.

Wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, können tatsächlich beide Artikel, zumindest ergänzend, als Grundlage für das Überprüfungsverfahren herangezogen werden.¹³³

4. Art 25 Abs 3 als Grundlage?

Um Art 25 Abs 3 als Grundlage¹³⁴ der Regelungen in § 22 SEG samt Verweis auf die §§ 225c ff AktG heranziehen zu können, sind grundsätzlich zwei Interpretationsvarianten der Norm denkbar:

Zunächst könnte Art 25 Abs 3 als Spezialverweisungsnorm angesehen werden. Dazu bedarf es eines Verweises auf das nationale Recht zur Klärung der Zulässigkeit der Durchführung eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens. Aus dem Wortlaut der Bestimmung lassen sich jedoch lediglich die Anwendungsmodalitäten eines solchen Verfahrens entnehmen. Eine ausdrückliche Verweisung auf das nationale Recht, wie dies bei all den anderen Verweisungsnormen der SE-VO der Fall ist¹³⁵, enthält Art 25 Abs 3 gerade nicht. Deswegen ist mE eine darüber hinausgehende Bedeutung als Verweisungsnorm nicht gegeben. Auf interpretatorischem Wege könnte man allenfalls zum Ergebnis gelangen, dass es sich um eine einfache Verweisungsnorm handelt, mit der Folge, dass der Verweis direkt in das für Aktiengesellschaften geltende nationale Recht erfolgt. Dies wäre aber gar nicht notwendig, weil man aufgrund des partiellen Generalverweises in Art 18 iVm Art 25 Abs 3 ohnedies zum selben Ergebnis gelangt.

Als zweite Möglichkeit würde sich die Einordnung der Regelung als Ermächtigungsnorm anbieten.¹³⁶ Eine explizite Ermächtigung ist Art 25 Abs 3 jedoch nicht zu entnehmen und auch

¹³² *Teichmann*, Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 (379; 384) FN 69; *Kalss*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (603) FN 36; *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 115; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 314.

¹³³ *Kalss*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (644 f).

¹³⁴ So *Kalss*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (603), jedoch ohne weitere Begründung.

¹³⁵ Vgl dazu beispielsweise die Formulierungen in den Artt 47 Abs 4; 54 Abs 1; 55 Abs 3.

¹³⁶ *Hügel* betrachtet Art 25 Abs 3 als implizite Ermächtigungsnorm, vgl dazu *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 5.

sonst weicht der Wortlaut der Bestimmung im Vergleich zu anderen in der SE-VO enthaltenen Ermächtigungsnormen erheblich ab¹³⁷, sodass diese Interpretation mE ebenfalls abzulehnen ist.

Art 25 Abs 3 regelt nach der hier vertretenen Ansicht somit lediglich die Anwendungsmodalitäten und knüpft die Möglichkeit zur Durchführung eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens an die ausdrückliche Zustimmung der anderen beteiligten Gesellschaften. Damit ist jedoch die Frage nach der Grundlage für die Anwendbarkeit eines solchen Verfahrens noch nicht beantwortet, sondern setzt vielmehr bereits voraus, dass es eine solche gibt.

5. Artt 18 iVm 25 Abs 3

Als mögliche Grundlage zur Anwendung des nachträglichen Überprüfungsverfahrens kommt die partielle Generalverweisung gemäß Art 18 in Betracht. Dieser verweist im Gründungsstadium auf das Recht, dem die jeweiligen Gründungsgesellschaften unterliegen. Auch Art 25 Abs 3 verweist auf das Recht der Gründungsgesellschaften, sodass der Gleichklang der beiden Bestimmungen ein Indiz dafür ist, dass Art 18 die passende Grundlage und Art 25 Abs 3 die Anwendungsmodalitäten für die Durchführung des Überprüfungsverfahrens liefern. Eine Umsetzung im nationalen Ausführungsgesetz, etwa durch einen Verweis auf die Bestimmungen der §§ 225c ff, ist zwar nicht erforderlich, zur Klarstellung aber durchaus ratsam, da den meisten ausländischen Rechtsordnungen ein derartiges Verfahren fremd ist.¹³⁸

Als Zwischenergebnis kann also festgehalten werden, dass das gemäß den §§ 225c ff AktG vorgesehene nachgeschaltete Überprüfungsverfahren aufgrund des partiellen Generalverweises in Art 18 zur Anwendung kommt.¹³⁹ Art 25 Abs 3 knüpft schließlich an den Verweis in Art 18 an und beschränkt diesen, indem er die Zustimmung zur Durchführung des Verfahrens der anderen beteiligten Gesellschaften fordert, deren Statut keine derartige Möglichkeit kennt.

Die §§ 225c ff AktG kommen also direkt zur Anwendung und dürfen aufgrund des Diskriminierungsverbotes gegenüber nationalen Aktiengesellschaften nicht modifiziert werden.

¹³⁷ Vgl dazu beispielsweise die Formulierungen in den Artt 7; 8 Abs 5; 8 Abs 14; 19; 24 Abs 2; 34; 40 Abs 3.

¹³⁸ Vgl dazu Kapitel II.3.2.2.3.

¹³⁹ *Teichmann* in *Drinbausen/Van Hulle/Maul*, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), § 2 Rz 79; in diesem Sinne auch *Ratka/Rauter*, Verschmelzungsgründung und Folgeverschmelzung einer Europäischen Aktiengesellschaft, *GesRZ* 2006, 55 (60).

6. Artt 24 Abs 2 iVm 25 Abs 3

In Art 24 Abs 2 wird den Mitgliedstaaten die Ermächtigung eingeräumt, dass sie für die ihrem Recht unterliegenden Gesellschaften besondere Schutzvorschriften erlassen können, „um einen angemessenen Schutz der Minderheitsaktionäre, die sich gegen die Verschmelzung ausgesprochen haben, zu gewährleisten“.

Da bisher weder in der SE-VO, noch in anderen Gemeinschaftsrechtsakten eine Harmonisierung der Minderheitsrechte erfolgte, muss in diesem Bereich auf die nationalen Regelungen der Mitgliedstaaten zurückgegriffen werden. Die dort normierten Minderheitsrechte sind aber auf nationale Verschmelzungsvorgänge zugeschnitten und tragen daher den Besonderheiten, die aufgrund der Grenzüberschreitung auftreten, nicht Rechnung. Ein Verweis auf das für nationale Aktiengesellschaften geltende Recht alleine, wie er in Art 18 konzipiert ist, hätte daher in vielen Fällen nicht das gewünschte Ergebnis gebracht. Deshalb bietet Art 24 Abs 2 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, besondere, von den nationalen Bestimmungen abweichende Schutzmaßnahmen zu treffen. Im Rahmen der Angemessenheit können Modifikationen von bereits im nationalen Recht verankerten Minderheitsrechten vorgenommen werden, aber auch neue, speziell für die SE-Verschmelzungsgründung konzipierte, Schutzmaßnahmen erlassen werden.¹⁴⁰

Art 24 Abs 2 setzt den Mitgliedstaaten jedoch enge Grenzen bei der Ausübung der Ermächtigung, die in den folgenden Kapiteln kurz dargestellt werden.

6.1. Ausspruch gegen die Verschmelzung

In der Literatur weitgehend kontrovers diskutiert wird das Erfordernis des Widerspruchs in Art 24 Abs 2. Fraglich ist, ob die Minderheitsgesellschafter gegen den gesamten Verschmelzungsbeschluss stimmen müssen, oder ob es bereits genügt, dass sie alleine mit dem im Verschmelzungsplan festgelegten Umtauschverhältnis nicht einverstanden sind. Es ist also zu klären, ob die auf Art 24 Abs 2 gestützten Rechte nur jenen Minderheiten zugute kommen, die gegen den Verschmelzungsbeschluss Widerspruch erhoben haben, oder auch jenen Gesellschaftern, die untätig blieben. Das österreichische Recht gewährt sogar jenen Aktionären,

¹⁴⁰ Kroat-Reder, Die Gründung einer europäischen Aktiengesellschaft, 195; 197; Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 233; Schindler, Vor einem Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, ecollex-script 2003/26, 1 (6); Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft², Art 24 Rz 18; Fuchs, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 187; Frenzel, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 315.

die sich ausdrücklich für die Verschmelzung ausgesprochen haben, das Recht auf Einleitung eines Überprüfungsverfahrens.¹⁴¹

Aus der wörtlichen Auslegung des Art 24 Abs 2 lässt sich ohne weiteres ableiten, dass ein Widerspruch in dem Sinne, dass gegen die Verschmelzung an sich gestimmt werden muss, erforderlich ist.¹⁴² Andererseits wird ein Widerspruch gegen den Verschmelzungsplan nicht explizit angesprochen, sodass man durchaus auch der Meinung sein kann, dass es bereits genügt, wenn man mit einzelnen Verschmelzungsbedingungen nicht einverstanden ist.¹⁴³ Aus teleologischer Sicht ist das Erfordernis eines Widerspruches abzulehnen, da das Abstimmungsverhalten betreffend die Verschmelzung an sich von der Bemessung des Umtauschverhältnisses zu trennen ist. Der Zweck des nachträglichen Überprüfungsverfahrens würde ja geradezu vereitelt werden, wenn man ohnehin die Erhebung eines Widerspruches gegen den Verschmelzungsbeschluss fordert.¹⁴⁴ Schließlich soll gerade verhindert werden, dass der gesamte Verschmelzungsvorgang verzögert wird, nur weil das Umtauschverhältnis nicht angemessen festgelegt wurde.¹⁴⁵ Nach der Ausgestaltung des österreichischen, aber auch des deutschen Verfahrens ist der Widerspruch gegen den Verschmelzungsbeschluss alleine aufgrund der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses aus diesem Grund sogar ausdrücklich ausgeschlossen.¹⁴⁶

Letztlich muss bei der Auslegung des Art 24 Abs 2 auch dessen Entstehungsgeschichte berücksichtigt werden. Die Bestimmung wurde auf Anraten des deutschen Vertreters in die SE-VO eingefügt¹⁴⁷, der damit selbstverständlich die Anwendbarkeit der im deutschen Recht normierten Minderheitsrechte gesichert haben wollte. Das deutsche Recht kennt ebenfalls ein nachträgliches gerichtliches Überprüfungsverfahren, zu dessen Einleitung die Erhebung eines

¹⁴¹ Vgl zum österreichischen Verfahren Kapitel IV.3.3.1.

¹⁴² *Ibrig/Wagner*, Diskussionsentwurf für ein SE-Ausführungsgesetz, BB 2003, 969 (972); *Kroat-Reder*, Die Gründung einer europäischen Aktiengesellschaft, 192; *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 126 f; *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 24 Rz 18; 51.

¹⁴³ *Teichmann*, Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 (384); *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 24 SE-VO Rz 5; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 230; *Ratka/Rauter*, Verschmelzungsgründung und Folgeverschmelzungen einer Europäischen Aktiengesellschaft, GesRZ 2006, 55 (60); *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 22; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 26; *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 24 Rz 17; aA *Lind*, Europäische Aktiengesellschaft, 147; *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 24 Rz 22.

¹⁴⁴ Ähnlich *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 230 f.

¹⁴⁵ *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (624); *Hügel* in *Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 1; *Teichmann* in *Drinhausen/Van Hulle/Maul*, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), § 2 Rz 80; vgl auch Kapitel IV.2.

¹⁴⁶ Vgl dazu § 225b öAktG und § 14 dUmwG sowie Kapitel X.2.1.

¹⁴⁷ *Teichmann*, Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 (384).

Widerspruches gegen den Verschmelzungsplan nicht erforderlich ist.¹⁴⁸ Der österreichischen Rechtslage entsprechend können sogar jene Aktionäre, die ausdrücklich für die Verschmelzung gestimmt haben, ein Überprüfungsverfahren einleiten. Dies spricht doch sehr stark dafür, dass Art 24 Abs 2 so auszulegen ist, dass die Bestimmungen der deutschen Rechtsordnung, die der europäische Gesetzgeber ganz offensichtlich vor Augen hatte, angewendet werden können.

Da sich die Frage des Widerspruchserfordernisses bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach der VRL ähnlich wie bei der SE-Verschmelzungsgründung stellt, kann auch auf die Formulierung und Interpretation des Art 4 Abs 2 VRL zurückgegriffen werden.¹⁴⁹ Die Behandlung gleichgelagerter Sachverhalte, wie dies in der SE-VO sowie der VRL der Fall ist, verlangt auch eine gleichartige Auslegung. Art 4 Abs 2 VRL spricht nicht mehr von „gegen die Verschmelzung ausgesprochen“, sondern von „die Verschmelzung abgelehnt haben“. Der europäische Gesetzgeber hat somit insofern eine Klarstellung erreicht, indem er das Erfordernis eines Widerspruches nicht ausdrücklich in die VRL aufgenommen hat, obwohl diese Problematik bereits vor Erlassung der RL in der Literatur in Bezug auf Art 24 Abs 2 aufgezeigt wurde.

6.2. Begriff der Minderheit

Art 24 Abs 2 spricht ausdrücklich von einem „angemessenen Schutz der Minderheitsaktionäre“. Zur Frage, wann eine Minderheit vorliegt oder wie der Begriff auszulegen ist, schweigt die SE-VO. Daher ist nicht nur in Bezug auf den Minderheitenschutz überwiegend auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zurückzugreifen, sondern auch bei der Ermittlung, wann überhaupt von einer Minderheit gesprochen werden kann.

Als Anknüpfungspunkt bietet sich zunächst das, nach dem jeweiligen nationalen Recht zu ermittelnde, Zustimmungsquorum zum Verschmelzungsplan an. Die größtmögliche Minderheit liegt somit dann vor, wenn gerade noch ein positiver Verschmelzungsbeschluss gefasst werden kann. Wird also, wie in Österreich, eine Zustimmung mit 75%iger Mehrheit gefordert, beträgt die verbleibende Minderheit maximal 25%.¹⁵⁰ Eine größere Minderheit ist nicht möglich, da gegebenenfalls kein positiver Verschmelzungsbeschluss hätte gefasst werden können.

¹⁴⁸ Vgl zur deutschen Rechtslage die §§ 14 und 15 dUmwG sowie § 6 dSEAG sowie Kapitel X.2.

¹⁴⁹ *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 22 f.

¹⁵⁰ *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (602); *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 18; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 230; *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 24 Rz 21.

Eine derartige mathematische Abgrenzung des Begriffes „Minderheit“ ist jedoch weder möglich noch sinnvoll, es empfiehlt sich vielmehr eine teleologische Auslegung. So wird auch durch allgemeine Mitgliedschaftsrechte wie Informations-, Mitwirkungs- oder Anfechtungsrechte der Schutz der Minderheitsgesellschafter gewährt.¹⁵¹ All diese Rechte stehen formal betrachtet allen Aktionären zu.¹⁵² Dennoch bieten sie in besonderem Maß Schutz für die Minderheitsgesellschafter, da man davon ausgehen kann, dass die jeweils erforderliche Gesellschaftermehrheit ohnehin ausreichend informiert ist, an der Beschlussfassung mitwirkt oder das Zustandekommen des Beschlusses von vornherein verhindert, sodass eine Anfechtung gar nicht nötig ist.¹⁵³ Von einem derartigen Verständnis dürfte im Übrigen auch die SE-VO ausgehen.¹⁵⁴ Art 25 Abs 3 spricht nämlich im Zusammenhang mit der Überprüfung der Barabfindung, die tatsächlich nur einer mathematisch abgrenzbaren Minderheit zusteht, ausdrücklich von „Minderheitsaktionären“, nicht jedoch beim Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses, das, gemäß dem Art 25 Abs 3 zugrundeliegenden österreichischen Verfahren, allen (nicht verzichtenden) Aktionären zusteht.

Das österreichische Überprüfungsverfahren ist als allgemeines Mitgliedschaftsrecht ausgestaltet.¹⁵⁵ Theoretisch könnte also auch ein Mehrheitsaktionär ein Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses einleiten. Aus praktischer Sicht ist jedoch festzuhalten, dass von diesem Recht grundsätzlich nur Minderheitsaktionäre Gebrauch machen werden.¹⁵⁶ Die Mehrheitsgesellschafter werden bereits bei der Vorbereitung des Verschmelzungsplanes Einfluss auf das Umtauschverhältnis nehmen und sich nicht auf die Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur verlassen.

¹⁵¹ *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 f; *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 112 ff; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 19; *Müller*, Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 81 (82).

¹⁵² Vgl zum Individualschutz *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (601 ff); *Kals/Linder*, Minderheits- und Einzelrechte von Aktionären, 11 ff.

¹⁵³ *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (604); *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 112 FN 1.

¹⁵⁴ *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (603 f); *Teichmann*, Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 (384); *Kroat-Reder*, Die Gründung einer europäischen Aktiengesellschaft, 200; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 23; *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 24 SE-VO Rz 12; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 230; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 20 f; aA *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 24 Rz 18.

¹⁵⁵ Vgl jedoch zur ursprünglich gesetzlich vorgesehenen Mindestbeteiligung Kapitel IV.3.3.2.

¹⁵⁶ *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (604); *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 315.

6.3. Angemessenheit

Die inhaltliche Ausgestaltung der Schutzvorschriften überlässt Art 24 Abs 2 den nationalen Gesetzgebern. Diese können verschiedenste Instrumente zum Schutz der Minderheitsaktionäre vorsehen¹⁵⁷, sofern diese als „angemessen“ betrachtet werden können. Bei der Prüfung der Angemessenheit ist eine Interessensabwegung zwischen den Interessen der Gesellschaft beziehungsweise der Gesellschaftermehrheit einerseits und jenen der Minderheitsgesellschafter andererseits vorzunehmen.¹⁵⁸

Auf Art 24 Abs 2 können sowohl Schutzmaßnahmen gestützt werden, die bei jedem SE-Verschmelzungsvorgang beachtet werden müssen¹⁵⁹, als auch Vorschriften, die den Minderheiten bei rechtswidriger Vorgehensweise besondere Rechte einräumen.¹⁶⁰ Unter die letztgenannte Kategorie fallen die Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung und der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses, für die Art 25 Abs 3 besondere Anwendungsvoraussetzungen normiert.

7. Art 24 Abs 2 als ausschließliche Grundlage?

Insbesondere in der deutschen Literatur wird vielfach die Meinung vertreten, dass Art 24 Abs 2 als einzige und alleinige Grundlage für die Anwendung von Minderheitsschutznormen diene.¹⁶¹ Begründet wird dies damit, dass es sich um einen Bereich handle, der in der SE-VO sachrechtlich nicht geregelt wird, jedoch die Mitgliedstaaten zur Regelung ermächtige. Demnach stecke Art 24 Abs 2 den Umfang für jegliche auf die SE-Verschmelzungsgründung anwendbare Minderheitsrechte ab, sodass jeder darüber hinausgehende Schutz nicht zulässig wäre. Außerdem wäre zur Inanspruchnahme der Ermächtigung eine Umsetzung im Ausführungsgesetz zwingend notwendig, auch wenn die nationale Rechtsordnung bereits ein entsprechendes Minderheitsrecht an anderer Stelle regelt.

¹⁵⁷ Vgl dazu die Beispiele bei *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 233.

¹⁵⁸ *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 24 Rz 22.

¹⁵⁹ Beispielsweise besondere Informations-, Zustimmungs- oder Mehrheitserfordernisse, vgl dazu *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 24 Rz 21; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 24.

¹⁶⁰ Zur Unterscheidung vgl *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (604); *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 233.

¹⁶¹ *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 28 f; offenbar auch *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 25 Rz 27; *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 25 SE-VO Rz 11; *Neun* in *Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft², 133; zweifelnd *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG⁵, Art 24 SE-VO Rz 12; aA *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 126; *Hügel* in *Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 34.

Bei isolierter Betrachtung von Art 24 Abs 2 ist dieser Ansicht bedingungslos zuzustimmen und auch die Vorgehensweise entspricht exakt jener, die bei der Umsetzung von Ermächtigungsnormen einzuhalten ist.¹⁶² Art 18 wäre alleine tatsächlich keine geeignete Grundlage zur Anwendung von Minderheitenschutzrechten, die in nationalen Rechtsordnungen vorgesehen sind, weil dadurch genau jene Rechtsunsicherheit entstünde, der die Umsetzungspflicht bei Inanspruchnahme einer Ermächtigung entgegenwirken soll.¹⁶³ Um zu diesem Ergebnis zu kommen, muss man aber den Inhalt des Art 25 Abs 3 entweder ausklammern oder ignorieren. Die offene Formulierung des Art 25 Abs 3 erfasst nämlich ein im nationalen Recht normiertes Überprüfungsverfahren, unabhängig davon, ob dieses im Ausführungsgesetz, im Aktiengesetz oder sonst wo vorgesehen ist. Von einem Verweis auf Art 24 Abs 2 geschweige denn von einer Einschränkung auf Regelungen im Ausführungsgesetz gibt es in Art 25 Abs 3 keine Spur.¹⁶⁴ Wäre eine derartige Einschränkung beabsichtigt gewesen, hätte man das auch *expressis verbis* in Art 25 Abs 3 zum Ausdruck gebracht. Dies wurde jedoch aus guten Gründen unterlassen, da eine derartige Regelung die Teleologie des Art 24 Abs 2 mE völlig konterkarieren würde. Grundanliegen der SE-VO ist es, die SE weitgehend den nationalen Aktiengesellschaften gleich zu stellen, was sich bereits grundlegend aus Art 10 ergibt. Ein Abweichen von diesem Grundsatz ist nur dann möglich, wenn es entweder eine dem nationalen Recht vorgehende Sachnormregelung in der SE-VO gibt, oder die SE-VO die Mitgliedstaaten ausdrücklich dazu ermächtigt. Eine solche Ermächtigung für den Bereich des Minderheitenschutzes gibt es in Art 24 Abs 2. Da Art 25 Abs 3 bereits die Anwendungsmodalitäten für die gemäß Art 18 auch für die SE-Verschmelzungsgründung einschlägigen nationalen Schutznormen regelt, bedarf es der Ermächtigung des Art 24 Abs 2 nur dann, wenn Abweichungen davon oder neue Minderheitsrechte, speziell für die SE-Verschmelzungsgründung, geschaffen werden sollen.¹⁶⁵ Diese vom nationalen Recht abweichenden oder neu geschaffenen Schutznormen müssen im Ausführungsgesetz zur SE-VO umgesetzt werden. Auch für sie gelten jedoch die Anwendungsmodalitäten des Art 25 Abs 3. Ein

¹⁶² Vgl dazu Kapitel II.3.2.2.3.

¹⁶³ Vgl dazu Kapitel II.3.2.2.3.

¹⁶⁴ *Ibrig/Wagner*, Diskussionsentwurf für ein SE-Ausführungsgesetz, BB 2003, 969 (972); *Ratka/Ranter*, Verschmelzungsgründung und Folgeverschmelzung einer Europäischen Aktiengesellschaft, GesRZ 2006, 55 (60); *Vetter in Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 127; *Teichmann in Drinhausen/Van Hulle/Maul*, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), § 2 Rz 79; *Fuchs*, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 188; aA offenbar *Neun in Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft², 133; *Schindler*, Die Europäische Aktiengesellschaft, 28; *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 28 f.

¹⁶⁵ In diesem Sinne *Kalss/Greda in Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, AT Rz 24; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 315; ein Beispiel dafür wäre die Schaffung eines Austrittsrechtes für widersprechende Minderheitsaktionäre.

bereits auch für nationale Aktiengesellschaften geltendes Überprüfungsverfahren kommt ohnehin nach Maßgabe des Art 25 Abs 3 zur Anwendung.

Weiters ist zu berücksichtigen, dass Art 25 Abs 3 auf Anraten des österreichischen Vertreters in die SE-VO aufgenommen wurde. Würde man nun dieser Regelung unterstellen, dass sie nur für Überprüfungsverfahren im Rahmen der Ermächtigung des Art 24 Abs 2 gilt, dann hätte diese Einschränkung zur Folge, dass gerade das österreichische Überprüfungsverfahren davon weitgehend nicht erfasst wäre.¹⁶⁶

8. Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, ein nachträgliches Überprüfungsverfahren zu normieren

8.1. Überprüfungsverfahren nur für die SE-Verschmelzungsgründung

Art 24 Abs 2 räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, besondere Schutzvorschriften für jene Minderheitsaktionäre zu erlassen, die sich gegen die Verschmelzung ausgesprochen haben. Aufgrund dieser Ermächtigungsnorm können Minderheitenrechte geschaffen werden, die von den für nationale Aktiengesellschaften geltenden abweichen. Es ist also durchaus möglich, dass ein Mitgliedstaat nur für die SE-Verschmelzungsgründung ein nachträgliches Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses schafft, nicht jedoch auch für nationale Verschmelzungen. Zu beachten ist dabei, dass die Schutznormen nur im engen Rahmen der Ermächtigung des Art 24 Abs 2 geschaffen werden dürfen, sodass die bereits ausgeführten Beschränkungen¹⁶⁷ einzuhalten sind.

8.2. Überprüfungsverfahren (auch) für nationale Verschmelzungen

Unter den Voraussetzungen der Artt 18 iVm 25 Abs 3 kommt ein für nationale Aktiengesellschaften konzipiertes nachträgliches Überprüfungsverfahren auch bei der SE-Verschmelzungsgründung zur Anwendung. Da es sich bei Art 18 um einen dynamischen Verweis handelt¹⁶⁸, kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Erlassung der Norm an. Besteht also bereits ein nachträgliches Überprüfungsverfahren oder beabsichtigt der nationale Gesetzgeber, ein solches auch für nationale Verschmelzungsvorgänge zu erlassen, können die Aktionäre, unter

¹⁶⁶ *Vetter in Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 127; ähnlich *Kroat-Reder*, Die Gründung einer europäischen Aktiengesellschaft, 200; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 315 f.

¹⁶⁷ Vgl dazu Kapitel III.6.

¹⁶⁸ Vgl dazu Kapitel II.3.2.2.

Berücksichtigung des Art 25 Abs 3, auch bei der SE-Verschmelzungsgründung darauf zurückgreifen. Dieses Verfahren kann unabhängig von den Schranken des Art 24 Abs 2 ausgestaltet werden.

8.3. Überprüfungsverfahren für nationale Verschmelzungen und davon abweichende Bestimmungen für die SE-Verschmelzungsgründung

Besteht bereits ein Überprüfungsverfahren für nationale Verschmelzungen beziehungsweise wird beabsichtigt, ein solches zu schaffen, können für die SE-Verschmelzungsgründung auch davon abweichende Bestimmungen erlassen werden. Sollten jedoch Abweichungen im Vergleich zum Recht der Aktiengesellschaften beabsichtigt sein, dürfen diese wiederum nur im Rahmen der Ermächtigung des Art 24 Abs 2 erfolgen. Die umgekehrte Variante, nämlich ein Überprüfungsverfahren nur für die nationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften vorzusehen und nicht auch für die SE-Verschmelzungsgründung, ist hingegen nicht möglich.¹⁶⁹

9. Miteinbeziehung der Aktionäre ausländischer Gesellschaften gemäß § 22 SEG

In der Literatur wird weitgehend die Meinung vertreten, dass die Miteinbeziehung der Aktionäre ausländischer Gründungsgesellschaften zum österreichischen Überprüfungsverfahren nicht von der Ermächtigung des Art 24 Abs 2 erfasst wäre. Es liege daher eine Überschreitung der Ermächtigungsbefugnisse des österreichischen Gesetzgebers vor mit der Folge, dass die Bestimmungen betreffend die Teilnahme der Aktionäre ausländischer Gesellschaften in § 22 SEG nicht angewendet werden dürften. Dies ist mE auch absolut richtig, weil sich aus der Formulierung des Art 24 Abs 2 eindeutig ergibt, dass ein Mitgliedstaat nur für die Aktionäre jener Gesellschaften, die seinem Recht unterliegen, besondere Schutzvorschriften erlassen darf.¹⁷⁰ Aufgrund dieser Bestimmung steht eindeutig fest, dass der österreichische Gesetzgeber Minderheitsrechte nur für jene Gesellschafter schaffen darf, die Aktionäre von österreichischen Gesellschaften sind.

¹⁶⁹ *Kalss/Greda* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, AT Rz 24.

¹⁷⁰ *Kroat-Reder*, Die Gründung einer europäischen Aktiengesellschaft, 195; *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 24 Rz 19; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 22; *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 24 SE-VO Rz 21; *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 123; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 232; *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 24 Rz 20; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 319; aA offenbar *Teichmann*, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (429).

Es scheint allerdings mehr als fraglich, ob die Miteinbeziehung der Minderheitsaktionäre der ausländischen Gesellschaften überhaupt auf die Ermächtigung gemäß Art 24 Abs 2 zurückzuführen ist. Wie bereits dargestellt, kommt das Verfahren gemäß den §§ 225c ff AktG bereits wegen des Verweises in Art 18 sowie der Bestimmung in Art 25 Abs 3 zur Anwendung.¹⁷¹ Aufgrund der Ausgestaltung des österreichischen Verfahrens können sowohl Aktionäre der übertragenden als auch der übernehmenden Aktiengesellschaft ein Überprüfungsverfahren einleiten.¹⁷² Da an der Verschmelzung zumindest zwei Gesellschaften beteiligt sein müssen, die dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen¹⁷³, handelt es sich zwangsläufig entweder bei der übernehmenden oder einer übertragenden Gesellschaft um eine ausländische Gesellschaft. Zu beachten ist jedoch, dass der Gesetzgeber bei der Konzeption des Überprüfungsverfahrens ausschließlich nationale Sachverhalte im Blickfeld hatte. Dementsprechend wurde keine Rücksicht auf möglicherweise auftretende Probleme im Hinblick auf grenzüberschreitende Verschmelzungen genommen. Um diesen Herausforderungen gerecht zu werden und das Zusammenspiel mit anderen nationalen Rechtsordnungen zu erreichen, bedarf es daher einer Anpassung. ME hätte die Formulierung „*unter Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Charakters*“ in Art 24 Abs 1 auch in Art 25 Abs 3 übernommen werden müssen. Schließlich können nicht nur die Gläubiger-, sondern auch die Minderheitenrechte nicht ohne weiteres von rein innerstaatlichen auf grenzüberschreitende Sachverhalte übernommen werden.

Der österreichische Gesetzgeber kann jedoch nur Regelungen für Gesellschaften schaffen, die seiner Rechtsordnung unterliegen. Daher würde die Anordnung des österreichischen Verfahrens auch für ausländische Gesellschaften zu weit in die ausländischen Rechtsordnungen eingreifen. Eine „automatische“ Miteinbeziehung der Aktionäre der ausländischen Gesellschaften zum österreichischen Verfahren ist also nicht möglich. Aber auch deren prinzipieller Ausschluss ist mE abzulehnen. Den beteiligten ausländischen Gesellschaftern muss vielmehr eine Wahl eingeräumt werden, ob sie an einem Verfahren teilnehmen wollen, das die Rechtsordnung einer anderen an der Verschmelzung involvierten Gesellschaft vorsieht, oder ob sie die in ihrer Rechtsordnung vorgesehenen Rechtsbehelfe bevorzugen. Durch die strengen Voraussetzungen, die erfüllt werden müssen, um auch den Aktionären der ausländischen Gesellschaften das Verfahren zu eröffnen (Zustimmung der Gesellschaft zur Durchführung des österreichischen Verfahrens, Verzicht jedes einzelnen Aktionärs auf das ihm zustehende Anfechtungsrecht)¹⁷⁴, wird mE nicht unerlaubterweise in die Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten

¹⁷¹ Vgl dazu Kapitel III.5.

¹⁷² Vgl dazu Kapitel IV.3.3.2.

¹⁷³ Vgl Art 2 Abs 2 lit a.

¹⁷⁴ Vgl dazu Kapitel V.2.2.3.

eingegriffen. Ein Erlass eines besonderen Minderheitenschutzes iSd Art 24 Abs 2 ist darin nicht ersichtlich.

Die bezüglich der Miteinbeziehung der Aktionäre von ausländischen Gesellschaften vorgenommenen Änderungen wurden sohin mE nicht deshalb durchgeführt, weil der Erlass einer besonderen Norm des Minderheitenschutzes gemäß Art 24 Abs 2, mit der Folge einer Ungleichbehandlung gegenüber nationalen Aktiengesellschaften, beabsichtigt war, sondern schlicht deshalb, um die Durchführung des ohnehin anwendbaren Verfahrens auch bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen zu ermöglichen.

Als Grundlage für die Anwendung des österreichischen Überprüfungsverfahrens dienen, nach der hier vertretenen Auffassung somit die Artt 18 iVm 25 Abs 3 iVm den §§ 22 SEG und 225c ff AktG.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Ähnlich *Ratka/Rauter*, Verschmelzungsgründung und Folgeverschmelzung einer Europäischen Aktiengesellschaft, GesRZ 2006, 55 (60).

IV. Das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses gemäß den §§ 225b ff AktG

Im folgenden Kapitel soll das österreichische Überprüfungsverfahren überblicksmäßig dargestellt werden. Dabei werden einige dem Autor wesentlich scheinende Aspekte näher behandelt, eine noch detailliertere Darstellung würde allerdings den Rahmen dieser Arbeit sprengen, sodass auf das Studium der zitierten weiterführenden Literatur verwiesen wird.

1. Allgemeines

Der österreichische Gesetzgeber hat mit dem EU-GesRÄG 1996¹⁷⁶ ein spezielles Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften geschaffen. Ziel dieses Verfahrens ist die Kontrolle des im Verschmelzungsplan zwischen den beteiligten Gesellschaften ausgehandelten Wertverhältnisses der Gesellschaften zueinander.¹⁷⁷ Es handelt sich dabei um ein nachträgliches Verfahren, dass erst ab Eintragung der Verschmelzung eingeleitet werden kann.¹⁷⁸ Damit wird sichergestellt, dass die beabsichtigte Umstrukturierungsmaßnahme nicht durch Streitigkeiten über das Umtauschverhältnis von einzelnen Aktionären verzögert werden kann. Das gerichtliche Überprüfungsverfahren wird somit aus dem Verschmelzungsvorgang ausgeklammert und zeitlich nach hinten verschoben.

Eine Kontrolle des Umtauschverhältnisses kann nur aufgrund einer Unternehmensbewertung der beteiligten Gesellschaften erfolgen. Dabei sind zunächst sowohl der Wert des Anteils an der übertragenden Gesellschaft als auch der Wert jenes Anteils, der nun an der übernehmenden Gesellschaft gewährt wird, zu ermitteln. Danach ist zu vergleichen, ob der Anteil an der übernehmenden Gesellschaft einen adäquaten Ersatz für den verloren gegangenen Anteil an der übertragenden Gesellschaft darstellt.¹⁷⁹ Aufgrund der bei der Unternehmensbewertung in der Praxis auftretenden Schwierigkeiten, sowohl bei der Wahl der Bewertungsmethode als auch bei der Handhabung der Bewertungsspielräume, kann der jeweilige Anteilswert und daher auch das

¹⁷⁶ BGBl 1996/304.

¹⁷⁷ *Brigger*, Das Überprüfungsverfahren nach der Verschmelzung, *ecolex* 1997, 501 (502).

¹⁷⁸ *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225c Rz 2; *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225c AktG Rz 18.

¹⁷⁹ Vgl zur Vorgehensweise bei der Anteilsbewertung ausführlich *Stratz* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG⁵, § 15 UmwG Rz 7 ff; *Gehling* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, § 15 UmwG Rz 18 ff.

Umtauschverhältnis nicht exakt bestimmt werden.¹⁸⁰ Es gibt somit eine gewisse Bandbreite an möglichen Umtauschverhältnissen, die allesamt als angemessen zu qualifizieren sind und folglich keinen Anspruch auf bare Zuzahlungen begründen.¹⁸¹ Aufgabe des Gerichtes ist es daher zu überprüfen, ob die dem Umtauschverhältnis zugrunde liegende Bewertungsmethode im konkreten Fall geeignet ist und ob diese formal richtig angewendet wurde.¹⁸² Erachtet das Gericht das Umtauschverhältnis für nicht angemessen, so hat es ein neues, angemessenes Verhältnis zwischen den Aktien der übertragenden und jenen der übernehmenden Gesellschaft festzusetzen. Dabei wird das Gericht allerdings auch die Interessen der Aktionärsmehrheiten zu beachten haben. Immerhin soll eine Vereinbarung abgeändert werden, die in den Hauptversammlungen der beteiligten Gesellschaften gemäß § 221 Abs 2 AktG jeweils von einer Dreiviertelmehrheit des vertretenen Grundkapitals befürwortet worden ist. Da das Überprüfungsverfahren erst ab Eintragung der Verschmelzung eingeleitet werden kann, gibt es grundsätzlich auch keine Möglichkeit mehr, die Verschmelzung rückgängig zu machen. Das heißt aber auch, dass die Mehrheitsgesellschafter die gerichtliche Abänderung eines wesentlichen Bestandteiles des Verschmelzungsvertrags (jedenfalls nach Ausschöpfung des Instanzenzugs) hinnehmen müssen und keine Ausstiegsmöglichkeit mehr haben. Es kommt somit zu einem erheblichen Eingriff in den privatautonom ausgehandelten Verschmelzungsvertrag¹⁸³, bei dem das Gericht mit großem Verantwortungsbewusstsein vorgehen sollte. Das Verfahren sollte auf keinem Fall dazu führen, dass den beteiligten Gesellschaften ein Vertrag aufgezwungen wird, dem die notwendige Dreiviertelmehrheit der Aktionäre einer der beteiligten Gesellschaften (oder auch beider) zu diesen Bedingungen nie zugestimmt hätte.¹⁸⁴

2. Ausschluss von Anfechtungsklagen

Der von der Hauptversammlung getroffene Verschmelzungsbeschluss kann gemäß § 225b AktG nicht deshalb angefochten werden, weil das Umtauschverhältnis oder allfällige bare Zuzahlungen nicht angemessen festgelegt worden sind. Das Anfechtungsrecht gemäß den §§ 195 ff AktG,

¹⁸⁰ *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, 162 f; *Kals*, Das neue österreichische Verschmelzungsrecht nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 1995, 240 (254); *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225c AktG Rz 17; *Hügel*, Das neue Spaltungsgesetz und die Reform des Umgründungsrechts, *ecolex* 1996, 527 (539); *Reich-Rohrwig* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Festschrift Peter Doralt, 466 f; *Vetter*, die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG, AG 2006, 613 (624); *Marsch-Barnert* in *Kallmeyer*, Umwandlungsgesetz⁴, § 15 Rz 2.

¹⁸¹ *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225c AktG Rz 17.

¹⁸² *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, 175 spricht von “Stichhaltigkeitsprüfung”; vgl dazu auch sinngemäß *Brugger*, Das Überprüfungsverfahren nach der Verschmelzung, *ecolex* 1997, 501 (504); *Koppensteiner*, Abfindung bei Aktiengesellschaften und Verfassungsrecht, JBL 2003, 707 (709).

¹⁸³ *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, 173; *Reich-Rohrwig*, Verschmelzung nach der RV zum EU-GesRÄG, *ecolex* 1996, 258 (260).

¹⁸⁴ *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, 172 ff.

welches den Aktionären grundsätzlich auch gegen den Verschmelzungsbeschluss zur Verfügung steht, wird somit erheblich eingeschränkt.¹⁸⁵ Hintergrund des Klagsausschlusses ist, dass das starke Recht der Anfechtung nicht von einzelnen Aktionären erpresserisch missbraucht werden soll, indem sie mit der Behauptung der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses mit der Einbringung von Anfechtungsklagen drohen¹⁸⁶, um auf diese Weise, unter Vortäuschung der Geltendmachung eines berechtigten Rechtsschutzinteresses, unberechtigte zusätzliche Zahlungen zu erlangen.¹⁸⁷ Die Gesellschaft soll also nicht von einzelnen Aktionären dazu genötigt werden können, ihnen zusätzliche Zahlungen zu leisten, damit sie von der Einbringung einer Anfechtungsklage absehen.¹⁸⁸ Da der Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses aufschiebende Wirkung zukommt, könnte die geplante Verschmelzung nicht durchgeführt werden, solange darüber nicht rechtskräftig entschieden worden ist. Somit könnten einzelne (Minderheits)aktionäre die für die Gesellschaft sinnvolle und notwendige Umstrukturierungsmaßnahme erheblich verzögern oder gar verhindern.¹⁸⁹ Allerdings steht das Interesse der einzelnen Aktionäre an einem angemessenen Umtauschverhältnis meist in keinem Verhältnis zu den wirtschaftlichen Nachteilen, welche die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften aufgrund der eintretenden Verzögerung erleiden würden.¹⁹⁰ Als Ersatz für die Anfechtungsklage wurde daher in den §§ 225c ff AktG ein spezielles nachgeschaltetes Überprüfungsverfahren geschaffen. Jene Aktionäre, die (alleine) mit dem Umtauschverhältnis nicht einverstanden sind, können zwar den Verschmelzungsvorgang nicht aufhalten, haben aber gegen die übernehmende Gesellschaft einen gerichtlich geltend zu machenden Anspruch auf Ausgleich durch bare Zuzahlungen, sofern das Umtauschverhältnis tatsächlich unangemessen ist. Um Umgehungen des Ausschlusses der Anfechtungsklage zu unterbinden, erstreckt sich dieser auch auf Informationsmängel, die im Zusammenhang mit dem Umtauschverhältnis stehen.¹⁹¹

Somit soll ein Kompromiss erreicht werden, der einerseits die rasche Durchführung der Verschmelzung ermöglicht und andererseits die Interessen der Gesellschafter an einem

¹⁸⁵ Vgl dazu auch § 195 Abs 4 AktG.

¹⁸⁶ ErläutRV zum EU-GesRÄG 1996: 32 BlgNR 20. GP S 100 zu § 225b AktG.

¹⁸⁷ Vgl dazu *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225b Rz 1; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225b AktG Rz 4; *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 128.

¹⁸⁸ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225b AktG Rz 4.

¹⁸⁹ *Stratz* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG⁵, § 14 UmwG Rz 21; *Marsch-Barner* in *Kallmeyer*, Umwandlungsgesetz⁴, § 14 Rz 12; *Simon* in *Dauner-Lieb/Simon*, Kölner Kommentar zum UmwG, § 14 Rz 32; *Kissi*, Unternehmenszusammenschlüsse nach österreichischem und deutschem Recht unter besonderer Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben, 159.

¹⁹⁰ *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225b Rz 1; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225b AktG Rz 4.

¹⁹¹ Vgl dazu ausführlich *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225b Rz 7; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225b AktG Rz 12; *Kalss*, Das neue österreichische Verschmelzungsrecht nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 1995, 240 (255).

angemessenen Umtauschverhältnis berücksichtigt.¹⁹² Nicht zu übersehen ist allerdings, dass durch diese Regelung die Verwirklichung der Interessen der Gesellschaften beziehungsweise ihrer Gesellschaftermehrheiten eindeutig dominieren und die Rechte der Minderheitsgesellschafter in den Hintergrund rücken.¹⁹³

3. Gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses gemäß §§ 225c – m AktG

3.1. Anspruch der Aktionäre

Da die Aktionäre gemäß § 225b AktG die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses beziehungsweise damit zusammenhängende Informationsmängel nicht mittels Anfechtungsklage geltend machen können, wird ihnen durch die §§ 225c bis 225m AktG das Recht auf ein spezielles Überprüfungsverfahren gewährt. Es handelt sich dabei um ein nachgelagertes außerstreitiges Verfahren, das erst nach Abschluss der Verschmelzung eingeleitet werden kann. Dieses Verfahren stellt somit die notwendige Ergänzung des Anfechtungsausschlusses gemäß § 225b AktG dar.¹⁹⁴ Alle dort von der Anfechtung ausgeschlossenen Rügen können nun nach den Bestimmungen der §§ 225c bis 225m AktG geltend gemacht werden.¹⁹⁵ Dem Interesse der beteiligten Gesellschaften an einer raschen Durchführung der Verschmelzung wird also zunächst Rechnung getragen, während der Anspruch der einzelnen Aktionäre an einer adäquaten Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft erst nach der erfolgten Verschmelzung geltend gemacht werden kann.¹⁹⁶

3.1.1. Ausgleich durch bare Zuzahlungen

§ 225c AktG gewährt den Aktionären der beteiligten Gesellschaft einen Anspruch auf Ausgleich durch bare Zuzahlungen, sofern das Umtauschverhältnis oder allfällige bare Zuzahlungen nicht angemessen festgelegt wurden. Dieser Anspruch richtet sich gegen die übernehmende Gesellschaft und kann sowohl von den Aktionären der übertragenden als auch von jenen der übernehmenden Gesellschaft eingebracht werden.¹⁹⁷ Ziel des Verfahrens ist die Herstellung der

¹⁹² *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225b AktG Rz 4.

¹⁹³ Vgl dazu sehr kritisch *Hügel*, Das neue Spaltungsgesetz und die Reform des Umgründungsrechts, *ecolex* 1996, 527 (538 ff).

¹⁹⁴ *Stratz* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG⁵, § 15 UmwG Rz 1; *Gebling* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, § 15 UmwG Rz 3; *Bork* in *Lutter*, Umwandlungsgesetz⁴, § 15 Rz 1; *Simon* in *Dauner-Lieb/Simon*, Kölner Kommentar zum UmwG, § 15 Rz 1.

¹⁹⁵ *Gebling* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, § 15 UmwG Rz 10.

¹⁹⁶ *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225b Rz 2.

¹⁹⁷ ErläutRV zum EU-GesRÄG 1996: 32 BlgNR 20. GP S 100 zu § 225c AktG.

wirtschaftlichen Äquivalenz¹⁹⁸ zwischen den von den beteiligten Aktionären gehaltenen Anteilen, das heißt es soll nach der Verschmelzung zu keiner Besser- oder Schlechterstellung einzelner Aktionäre beziehungsweise Aktionärsgruppen kommen. Sowohl aus Sicht der Aktionäre der übertragenden als auch der übernehmenden Gesellschaft soll der Wert der hingegebenen Anteile an der übertragenden Gesellschaft mit dem Wert der nun gewährten Anteile an der übernehmenden Gesellschaft übereinstimmen¹⁹⁹, damit es zu keiner Verwässerung ihrer Rechte kommen kann.²⁰⁰ Maßgeblich ist dabei das Wertverhältnis der Anteile am Tag der Beschlussfassung über die Verschmelzung.²⁰¹ Gelangt das Gericht zu dem Ergebnis, dass das im Verschmelzungsplan festgesetzte Umtauschverhältnis tatsächlich unangemessen ist, hat es ein neues, angemessenes Umtauschverhältnis festzusetzen. Die angestrebte Äquivalenz soll durch Leistung von baren Zuzahlungen der übernehmenden Gesellschaft an die benachteiligten Aktionäre wieder hergestellt werden, die gemäß § 225j Abs 1 AktG ab dem der Eintragung der Verschmelzung folgenden Tag jährlich mit 2% über dem Basiszinssatz zu verzinsen sind.

Die aus dem Überprüfungsverfahren resultierenden Ausgleichsleistungen an eine der Aktionärsgruppen sind von der übernehmenden Gesellschaft zu tragen. Die dadurch bewirkte Wertminderung der Gesellschaft geht mittelbar zu Lasten aller Aktionäre, da sich durch den Geldmittelabfluss der Wert jedes einzelnen Anteiles verringert. Bei der Festsetzung der Höhe der baren Ausgleichsleistung hat das Gericht auch die Wertminderung jedes ausgleichsanspruchsberechtigten Gesellschaftsanteiles zu berücksichtigen.²⁰²

3.1.2. Ausgabe zusätzlicher Aktien anstelle barer Zuzahlungen

Auf Antrag kann die übernehmende Gesellschaft gemäß § 225e Abs 3 AktG ermächtigt werden, anstelle der baren Zuzahlungen zusätzliche Aktien nach Maßgabe des § 225j Abs 2 AktG

¹⁹⁸ *Bachner* in *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 225c AktG Rz 2; *Stratz* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG⁵, § 15 UmwG Rz 3; *Gebling* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, § 15 UmwG Rz 19.

¹⁹⁹ *Bork* in *Lutter*, Umwandlungsgesetz⁴, § 15 Rz 3; *Simon* in *Dauner-Lieb/Simon*, Kölner Kommentar zum UmwG, § 15 Rz 5.

²⁰⁰ *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225c AktG Rz 17; *Marsch-Barner* in *Kallmeyer*, Umwandlungsgesetz⁴, § 15 Rz 1.

²⁰¹ *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225c AktG Rz 21; *Bork* in *Lutter*, Umwandlungsgesetz⁴, § 15 Rz 3; *Simon* in *Dauner-Lieb/Simon*, Kölner Kommentar zum UmwG, § 15 Rz 8; *Marsch-Barner* in *Kallmeyer*, Umwandlungsgesetz⁴, § 15 Rz 2.

²⁰² Vgl zu diesem „Kompensationseffekt“ ausführlich *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 110 ff; *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225c AktG Rz 25; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225c Rz 3; *Grünwald*, Ausgewählte Zweifelsfragen rund um die aktienrechtliche Verschmelzung nach dem EU-GesRÄG, GesRZ 1997, 172 (180); *Gröller*, Gesellschafterrechte im Rahmen der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Minderheitenschutzes, 165; *Reich-Rohrnig* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Festschrift Peter Doralt, 467; *Reich-Rohrnig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, 295.

auszugeben.²⁰³ Es liegt im Ermessen des Gerichtes, ob und in welchem Umfang der Ausgleich durch Ausgabe zusätzlicher Aktien gewährt wird, wobei es auch mögliche Verschiebungen der Beteiligungsverhältnisse zu berücksichtigen hat.²⁰⁴ Die Entscheidung, ob von der gerichtlich eingeräumten Ermächtigung zur Ausgabe zusätzlicher Aktien anstelle von baren Zuzahlungen tatsächlich Gebrauch gemacht wird, liegt, nach Maßgabe des § 225j Abs 2 AktG²⁰⁵, bei der übernehmenden Gesellschaft.²⁰⁶ Zur Befriedigung der Ausgleichsansprüche sind zunächst eigene Aktien heranzuziehen. Falls diese nicht ausreichen, können bei Unterbleiben einer Einlagenleistung, auch neue Aktien ausgegeben werden, „soweit deren geringster Ausgabebetrag in freien Rücklagen oder einem Gewinnvortrag Deckung findet oder das erhöhte Grundkapital und die gebundenen Rücklagen durch den Wert des Nettoaktivvermögens gedeckt sind.“

Bei der Ausgabe zusätzlicher Aktien anstelle von baren Zuzahlungen liegt der Vorteil darin, dass der direkte Geldmittelabfluss aus dem Gesellschaftsvermögen unterbleibt. Dieser Effekt ist vor allem bei der Ausgabe neu geschaffener Aktien zu beachten, da die vorhandenen eigenen Aktien in aller Regel verkauft werden können und somit deren Ausgabe an die anspruchsberechtigten Aktionäre den baren Leistungen gleichzustellen ist.²⁰⁷ Darüber hinaus wird eine tatsächliche Korrektur des Umtauschverhältnisses vorgenommen, das heißt die Anzahl der zu gewährenden Anteile wird auf das tatsächlich angemessene Maß erhöht. Damit kommt es nicht zu einem Ausgleich durch eine bloß einmalige Geldleistung, sondern zu einer entsprechenden Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft.²⁰⁸ Die ursprünglich benachteiligten Aktionäre erhalten also auch die mit den Anteilen verbundenen Rechte, insbesondere Stimmrecht und Anspruch auf Dividendenausschüttung.²⁰⁹ Andererseits ist die künftige Entwicklung des Wertes dieser Anteile - im Unterschied zur Höhe der zu leistenden baren Zuzahlung - auch vom Unternehmenserfolg abhängig, sodass sie auch das diesbezügliche Unternehmensrisiko mittragen.

²⁰³ Vgl dazu *Grünwald*, Ausgewählte Zweifelsfragen rund um die aktienrechtliche Verschmelzung nach dem EU-GesRÄG, GesRZ 1997, 172 (179).

²⁰⁴ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225e AktG Rz 26; *Kalss*, Das neue österreichische Verschmelzungsrecht nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 1995, 240 (255); *Grünwald*, Ausgewählte Zweifelsfragen rund um die aktienrechtliche Verschmelzung nach dem EU-GesRÄG, GesRZ 1997, 172 (179).

²⁰⁵ Vgl dazu Kapitel IV.3.1.3.

²⁰⁶ ErläutRV zum EU-GesRÄG 1996: 32 BlgNR 20. GP S 102 zu § 225e Abs 3 AktG.

²⁰⁷ Vgl dazu ausführlich *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 114 f.

²⁰⁸ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225j AktG Rz 8; *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 114.

²⁰⁹ Vgl zu den maßgeblichen Zeitpunkten, ab wann die einzelnen Rechte zustehen *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 115 f; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz², § 225j Rz 8; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225j AktG Rz 14.

3.1.3. Befriedigung des Ausgleichanspruches und Kapitalerhaltung

Der Anspruch auf bare Zuzahlungen ist der Höhe nach nicht begrenzt. Insbesondere gilt nach der hM die in § 224 Abs 5 AktG vorgesehene Grenze von 10% des gewährten Aktiennominales nicht.²¹⁰ Dies ist auch konsequent, da anderenfalls die ausgleichsberechtigten Aktionäre ihre Ansprüche nicht durchsetzen könnten. Eine Anfechtung des Verschmelzungsbeschlusses ist gemäß § 225b AktG nicht möglich und ein Anspruch auf bare Zuzahlungen könnte nur bis zur 10% - Grenze durchgesetzt werden. Eine explizite gesetzliche Befugnis zur Überschreitung der 10% - Grenze, ähnlich § 15 Abs 1 dUmwG, ist dem AktG allerdings fremd.²¹¹ Zu klären bleibt jedoch die Frage, ob dieser der Höhe nach unbegrenzte Anspruch auf Leistung barer Zuzahlungen mit den Kapitalerhaltungsvorschriften vereinbar ist. § 52 AktG normiert das Verbot der Einlagenrückgewähr, das mangels anderslautender gesetzlicher Regelung auch bei der Verschmelzung zu berücksichtigen ist. Demnach dürfen Ausschüttungen an die Aktionäre nur aus dem Bilanzgewinn geleistet werden. Auch Leistungen aus freien Rücklagen, die aufgelöst und dem Bilanzgewinn zugerechnet werden können, sind aus Sicht der Kapitalerhaltungsvorschriften unproblematisch.²¹² Für den Fall der Ermächtigung zur Ausgabe neuer Aktien regelt § 225j Abs 2 AktG explizit, dass deren geringster Ausgabebetrag in freien Rücklagen oder einem Gewinnvortrag Deckung finden muss. Eine derartige Grenze wurde für den Zuspruch barer Zuzahlungen allerdings nicht festgelegt.²¹³ Problematisch wird es daher dann, wenn die Ansprüche auf bare Zuzahlungen aus dem Bilanzgewinn beziehungsweise aus freien Rücklagen nicht vollständig befriedigt werden können. Im Umkehrschluss zu § 225j Abs 2 AktG scheint es aber durchaus möglich, dass auch höhere bare Zuzahlungen zugesprochen werden können²¹⁴, was mE nicht in Widerspruch zur Beschränkung bei der Ausgabe neuer Aktien steht, die ja nur ausgegeben werden dürfen, wenn deren Nennbetrag in Bilanzgewinn und freien Rücklagen Deckung findet. Die Ausgabe neuer Aktien liegt (sofern eine gerichtliche Ermächtigung vorliegt)

²¹⁰ *Tichy*, Grenzen des verschmelzungsrechtlichen Ausgleichanspruchs, RdW 1997, 327 (329) FN 26; *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 90; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, 291; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225c Rz 3; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225c AktG Rz 22; aA *Inwinkel*, Das österreichische Recht grenzüberschreitender Verschmelzungen, ZfRV 2008, 69 (75 f), die zumindest bei der grenzüberschreitenden Hereinverschmelzung die Einhaltung der 10% - Grenze als Durchführungsvoraussetzung betrachtet.

²¹¹ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, 297; vgl zur deutschen Rechtslage *Stratz* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG³, § 15 UmwG Rz 1; *Gehling* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, § 15 UmwG Rz 21; *Bork* in *Lutter*, Umwandlungsgesetz⁴, § 15 Rz 5; *Simon* in *Dauner-Lieb/Simon*, Kölner Kommentar zum UmwG, § 15 Rz 12; *Marsch-Barner* in *Kallmeyer*, Umwandlungsgesetz⁴, § 15 Rz 2.

²¹² *Tichy*, Grenzen des verschmelzungsrechtlichen Ausgleichanspruchs, RdW 1997, 327 (330); *Gröller*, Gesellschafterrechte im Rahmen der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Minderheitenschutzes, 167; *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 117; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, 300.

²¹³ Vgl dazu *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225c AktG Rz 23.

²¹⁴ AA *Tichy*, Grenzen des verschmelzungsrechtlichen Ausgleichanspruchs, RdW 1997, 327 (331).

im Ermessen der übernehmenden Gesellschaft. Die ausgleichsberechtigten Aktionäre haben daher keinen Anspruch auf Zuerkennung zusätzlicher Aktien²¹⁵, sodass ihre Rechtssphäre von dieser Norm gar nicht erfasst wird. Durch § 225j Abs 2 AktG wird mE lediglich der Ermessensspielraum der Gesellschaft bei der Ausgabe zusätzlicher Aktien anstelle von baren Zuzahlungen nach oben hin begrenzt. Weswegen nun *Tichy* die Begrenzung dieser Bestimmung, die, wie eben dargelegt, an die Gesellschaft adressiert ist, auch auf die Höhe der baren Zuzahlungen, auf welche die Aktionäre tatsächlich einen Anspruch haben, analog anwenden will, ist nicht ersichtlich.²¹⁶ Diese Bestimmung hat mit dem Ausgleichsanspruch der Aktionäre an sich und dessen Höhe nichts zu tun, sondern lediglich mit der Art und Weise, wie dieser Anspruch zu befriedigen ist. Findet der Ausgleichsanspruch im Bilanzgewinn beziehungsweise in den freien Rücklagen keine Deckung, hat das auf den Bestand des Anspruches keine Auswirkungen. Die ausgleichsberechtigten Aktionäre können ihr Recht auf bare Zuzahlungen gegen die übernehmende Gesellschaft lediglich (vorerst) nicht durchsetzen, da es sonst zu einer verbotenen Einlagenrückgewähr gemäß § 52 AktG kommen würde.²¹⁷ *Bachner* tritt daher dafür ein, dass die künftig erwirtschafteten Gewinne der übernehmenden Gesellschaft vorrangig zur Befriedigung der ausgleichsberechtigten Aktionäre zu verwenden sind. Nur der danach noch verbleibende Überschuss darf ausgeschüttet oder einer Gewinnrücklage zugeführt werden.²¹⁸

3.2. Entscheidung des Gerichtes

Die Entscheidung des Gerichtes ergeht in Form eines Beschlusses, der (sofern es zu keiner Zurückweisung kommt) nur auf Abweisung des Antrages oder auf Zuspruch von baren Zuzahlungen beziehungsweise Ermächtigung zur Ausgabe zusätzlicher Aktien pro berechtigtem Anteil lauten kann.²¹⁹ Bei der Festlegung der Höhe der Ausgleichsleistung ist das Gericht gemäß §

²¹⁵ *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225c Rz 3; *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225e AktG Rz 14; *Gröller*, Gesellschafterrechte im Rahmen der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Minderheitenschutzes, 165.

²¹⁶ *Tichy*, Grenzen des verschmelzungsrechtlichen Ausgleichsanspruchs, RdW 1997, 327 (331).

²¹⁷ *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 119; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225c Rz 3; *Reich-Rohrwig* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Festschrift Peter Doralt, 473; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, 299 f; *Gebling* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, § 15 UmwG Rz 23 ff; aA *Tichy*, Grenzen des verschmelzungsrechtlichen Ausgleichsanspruchs, RdW 1997, 327 (331), der das Bestehen des Anspruches verneint.

²¹⁸ *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 119; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, 301; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225c Rz 3; *Teichmann*, Minderheitenschutz bei der Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 (381); *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 128; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 337.

²¹⁹ *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225i Rz 6; *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225i AktG Rz 6.

225i Abs 1 AktG nicht an den eingebrachten Antrag gebunden.²²⁰ Der Beschluss ist möglichst bestimmt zu fassen, sodass er den berechtigten Aktionären als Exekutionstitel zur Durchsetzung ihrer Ansprüche dient.²²¹ Gelangt das Gericht zum Ergebnis, dass das Umtauschverhältnis zu hoch festgesetzt wurde, kann es die antragstellenden Aktionäre keinesfalls zu Zahlungen an die übernehmende Gesellschaft verpflichten. Insofern kann sich das Umtauschverhältnis aus Sicht der antragstellenden Aktionäre nur verbessern, aber keinesfalls verschlechtern.²²² Eine gewisse faktische Schlechterstellung tritt natürlich dann ein, wenn mehrere oder alle beteiligten Aktionärsgruppen einen Überprüfungsantrag stellen. Gelangt das Gericht nämlich zum Ergebnis, dass das Umtauschverhältnis nicht angemessen ist, hat es den benachteiligten Aktionären bare Zuzahlungen zuzusprechen, was automatisch dazu führt, dass die anderen Aktionäre keine Zuzahlungen erhalten.²²³ Daher werden diese antragstellenden Aktionäre nach Abschluss des Verfahrens faktisch schlechter gestellt, da sich, wie in Kapitel IV.3.1.1. dargelegt, auch der auf sie entfallende Gewinnausschüttungsbetrag aufgrund der Ausgleichsleistungen an die ursprünglich benachteiligten Aktionäre verringert. Dieselbe faktische Schlechterstellung tritt aber auch bei den nicht antragstellenden, ursprünglich begünstigten Aktionärsgruppen im Falle des Ausgleichszuspruches an eine der antragstellenden Aktionärsgruppen ein.²²⁴

Gegen die Entscheidung des Gerichtes können gemäß § 225e Abs 4 AktG die übernehmende Gesellschaft, jeder Antragsteller und jeder gemeinsame Vertreter²²⁵ binnen vier Wochen Rekurs erheben.

3.3. Antragsberechtigung

3.3.1. Materielle Voraussetzungen

Antragsberechtigt ist grundsätzlich jeder Aktionär einer der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften.²²⁶ Auch jene Aktionäre, die der Verschmelzung zugestimmt haben, können ein

²²⁰ *Brigger*, Das Überprüfungsverfahren nach der Verschmelzung, *ecolex* 1997, 501 (504); *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225i Rz 4; *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225b AktG Rz 6; *Torggler/Torggler*, Zur Überprüfung der Barabfindung (§ 9 Abs 2, § 11 SpaltG iVm §§ 225c ff AktG), wbl 2001, 193 (198).

²²¹ ErläutRV zum EU-GesRÄG 1996: 32 BlgNR 20. GP S 104 zu § 225i AktG.

²²² *Kals*, Das neue österreichische Verschmelzungsrecht nach dem Ministerialentwurf, *GesRZ* 1995, 240 (256).

²²³ Vgl dazu *Bachner* in *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 225c AktG Rz 4; *Gröller*, Gesellschafterrechte im Rahmen der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Minderheitenschutzes, 165.

²²⁴ Vgl dazu *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 91.

²²⁵ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.3.

²²⁶ Vgl dazu *Bachner* in *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 225i AktG Rz 14; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225i Rz 14.

Überprüfungsverfahren einleiten.²²⁷ Diese Konzeption ist auch durchaus zu befürworten. Anderenfalls würde man die Aktionäre, die lediglich mit dem Umtauschverhältnis der Anteile nicht einverstanden sind, dazu zwingen, gegen die Verschmelzung stimmen zu müssen um ihre Rechte geltend machen zu können.²²⁸ Richtigerweise wird die Antragslegitimation aber nicht an einen Widerspruch gegen den Verschmelzungsbeschluss gebunden, sodass die beteiligten Aktionäre sowohl für eine aus der Sicht der Gesellschaft sinnvolle Umstrukturierungsmaßnahme stimmen können aber gleichzeitig auch ihre Aktionärsrechte nicht verlieren.²²⁹

Während die deutsche Rechtsordnung²³⁰ nur den Aktionären der übertragenden Gesellschaft ein nachträgliches Überprüfungsverfahren einräumt, sind nach der Ausgestaltung im österreichischen Aktiengesetz beide Aktionärsgruppen antragsberechtigt.²³¹ Dies ist auch konsequent, da die Entscheidung, welche Gesellschaft die übertragende und welche die übernehmende sein soll, von einer Vielzahl von berücksichtigungswürdigen Faktoren abhängt. Man könnte also durchaus die Rollen der beteiligten Gesellschaften vertauschen, ohne dass sich dadurch das Ergebnis wesentlich ändern würde.²³² Es kommt somit nach der deutschen Regelung zu einer Ungleichbehandlung der Aktionäre der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft, wobei möglicherweise gar nicht vorhersehbar ist, in welche Richtung die Verschmelzung am Ende der Verhandlungen durchgeführt wird. Die Berücksichtigung beider Aktionärsgruppen ist auch deshalb zu befürworten, weil ein zu niedriges Umtauschverhältnis aus Sicht der übertragenden Aktionäre nicht anders zu beurteilen ist wie ein zu hohes Umtauschverhältnis für die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft.²³³ In der Praxis ist die Antragstellung der Altaktionäre der übernehmenden Gesellschaft aus Sicht der übernehmenden Gesellschaft allerdings bei weitem gefährlicher als ein Antrag der Neuaktionäre. Zusätzliche bare Zuzahlungen

²²⁷ *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225b AktG Rz 14; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³, § 225c Rz 7; *Brugger*, Das Überprüfungsverfahren nach der Verschmelzung, *ecolex* 1997, 501 f; *Marsch-Barner* in *Kallmeyer*, Umwandlungsgesetz⁴, § 15 Rz 5.

²²⁸ *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225b AktG Rz 14; *Stratz* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG⁵, § 15 UmwG Rz 6; *Gehling* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, § 15 UmwG Rz 12; *Bork* in *Lutter*, Umwandlungsgesetz⁴, § 15 Rz 4.

²²⁹ *Gröller*, Gesellschafterrechte im Rahmen der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Minderheitenschutzes, 158; *Gehling* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, § 15 UmwG Rz 12.

²³⁰ Vgl dazu Kapitel X.2.1.

²³¹ *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225c AktG Rz 1; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³, § 225c Rz 1; *Tichy*, Grenzen des verschmelzungsrechtlichen Ausgleichsanspruchs, *RdW* 1997, 327 (328); *Reich-Rohrwig*, Verschmelzung nach der RV zum EU-GesRÄG, *ecolex* 1996, 258 (260).

²³² Vgl dazu *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, 165; *Reich-Rohrwig*, Verschmelzung nach der RV zum EU-GesRÄG, *ecolex* 1996, 258 (260); *Gröller*, Gesellschafterrechte im Rahmen der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Minderheitenschutzes, 6; *Stratz* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG⁵, § 14 UmwG Rz 22; *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 104.

²³³ *Hügel* bezeichnete die unterschiedliche Behandlung der Aktionäre der übertragenden und übernehmenden Gesellschaft als „ältesten Fehler des Verschmelzungsrechts“, vgl dazu *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, 90.

an die Neuaktionäre hätten bereits bei der korrekten Bemessung des Umtauschverhältnisses geleistet werden müssen. Im Falle der Benachteiligung der Altaktionäre müssen neben den schon aufgrund des zu hoch bemessenen Umtauschverhältnis zu viel ausgegebenen Aktien an die Neuaktionäre auch noch Barzahlungen an die Altaktionäre geleistet werden.²³⁴

3.3.2. Formelle Antragsvoraussetzungen

Von der eben behandelten materiellen Antragsberechtigung müssen allerdings die formellen Antragsvoraussetzungen unterschieden werden. Um „*Fälle des Missbrauchs des Antragsrechts hintanzuhalten*“ wird das Antragsrecht an das kumulative Vorliegen mehrerer Voraussetzungen geknüpft.²³⁵ Gemäß § 225c Abs 3 Z 1 AktG sind nur jene Aktionäre zur Antragstellung berechtigt, die vom Zeitpunkt der Beschlussfassung der Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft bis zur Antragstellung Aktionäre waren, keinen Verzicht gemäß § 225d AktG abgegeben und auch keinen Teilvergleich²³⁶ geschlossen haben. § 225c Abs 3 Z 2a AktG sah darüber hinaus ursprünglich eine Mindestbeteiligung im Ausmaß von entweder einem Prozent am Grundkapital oder Aktien im anteiligen Betrag von mindestens 70.000 € an einer der beteiligten Gesellschaften vor. Die Mindestbeteiligung musste nicht von einem Aktionär allein erreicht werden, es reichte, wenn alle antragstellenden Aktionäre gemeinsam die Voraussetzungen erfüllten. Es war nicht erforderlich, dass sich die Aktionäre organisierten und einen gemeinsamen Antrag einbrachten, sondern es reichte aus, wenn die Summe der Anteile der antragstellenden Aktionäre die Mindestbeteiligung überschritt.²³⁷ Dieses Beteiligungserfordernis wurde in § 225c Abs 3 Z 2b AktG für den Fall eingeschränkt, dass die Aktionäre gemeinsam über alle Aktien verfügen, für die die Voraussetzungen gemäß Z 1 erfüllt waren.

Bereits 2005 wurde der Verweis auf § 225c Abs 3 AktG im 3. Satz des § 9 Abs 2 SpaltG durch ein Erkenntnis des VfGH als verfassungswidrig aufgehoben.²³⁸ In der Literatur wurde überwiegend die Meinung vertreten, dass diese Voraussetzungen zur Antragsberechtigung auch

²³⁴ Szep in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225c Rz 3; Tichy, Grenzen des verschmelzungsrechtlichen Ausgleichsanspruchs, RdW 1997, 327 (329).

²³⁵ ErläutRV zum EU-GesRÄG 1996: 32 BlgNR 20. GP S 101 zu § 225c AktG.

²³⁶ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.5.

²³⁷ Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225c AktG Rz 32; Gröller, Gesellschafterrechte im Rahmen der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Minderheitenschutzes, 165.

²³⁸ VfGH 16.06.2005, G 129/04 ua. Es handelte sich dabei um ein vom OGH eingeleitetes Gesetzprüfungsverfahren gemäß Art 140 Abs 1 B-VG, bei dem sich der VfGH auf die vorgebrachten Anträge und Bedenken zu beschränken hat. Deshalb konnte der VfGH nur den Verweis in § 9 Abs 2 SpaltG aufheben. Eine Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 225c Abs 3 AktG, auf den sich der Verweis bezieht, war aufgrund der fehlenden Präjudizialität nicht möglich.

im Bereich der Verschmelzung verfassungswidrig seien.²³⁹ Das OLG Wien hat diesbezüglich einen Antrag gemäß Art 89 Abs 2 iVm Art 140 B-VG beim VfGH eingebracht, indem es die Aufhebung des § 225c Abs 3 Z 2a und b AktG wegen Verfassungswidrigkeit beehrte.²⁴⁰ Der VfGH ist den Bedenken des OLG gefolgt und hat die Wortfolge in § 225c Abs 3 Z 2 AktG ersatzlos aufgehoben mit der Begründung, dass die Antragsbeschränkung einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Eigentum darstellt und sachlich nicht zu rechtfertigen ist.²⁴¹

Gemäß § 225e Abs 2 AktG beträgt die Antragsfrist einen Monat ab Bekanntmachung der Verschmelzung. Die Monatsfrist beginnt mit Ablauf des Tages zu laufen, an welchem die Verschmelzung gemäß § 10 UGB vom Firmenbuchgericht veröffentlicht wird.²⁴² Wird ein Antrag (Erstantrag) fristgerecht eingebracht, so ist dieser Umstand vom Firmenbuchgericht nach den Bestimmungen des § 18 AktG allen beteiligten Gesellschaften bekannt zu geben. Jene Aktionäre, die vom Zeitpunkt der Beschlussfassung bis zur Antragstellung Aktionäre waren, können binnen eines weiteren Monats ab Bekanntmachung der Einleitung des Verfahrens als Folgeantragsteller ebenfalls einen Überprüfungsantrag stellen. Für das Einbringen eines Folgeantrages ist es aber nicht erforderlich, dass die Folgeantragsteller auch Gesellschafter jener Gesellschaft sind, deren Aktionäre den Erstantrag gestellt haben.²⁴³ Mit anderen Worten kann beispielsweise ein Erstantrag von Aktionären der übertragenden Gesellschaft gestellt werden und danach ein Folgeantrag von Aktionären der übernehmenden Gesellschaft, obwohl kein Aktionär dieser Gesellschaft einen Erstantrag eingebracht hat. Für die Entscheidung des Gerichtes hat dies aber erhebliche Auswirkungen, da die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses nun von beiden beteiligten Aktionärsgruppen aufgegriffen wird und somit eine Abänderung des Umtauschverhältnisses in jede Richtung erfolgen kann. Ist im gegenständlichen Beispiel das Umtauschverhältnis zu hoch bemessen, hat das Gericht den Aktionären der übernehmenden Gesellschaft bare Zuzahlungen zuzusprechen. Dieses Ergebnis ist durchaus kurios, wenn man den Fall bedenkt, dass die Folgeantragsteller der übernehmenden Gesellschaft deshalb keinen Erstantrag gestellt haben, weil sie schlicht die Frist versäumt haben und erst aufmerksam wurden,

²³⁹ Vgl dazu *Reich-Robrwig*, VfGH: Nicht verhältnismäßige Spaltung – Mindestbeteiligung für Antrag auf Überprüfung der angebotenen Barabfindung verfassungswidrig, *ecolex* 2005, 625 (626 f); *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Aktiengesetz³, § 225c Rz 5 mwN; aA *Aigner*, Squeeze-out-Spaltung – Wird der VfGH die für die gerichtliche Überprüfung des Barabfindungsanbots vorgesehene Antragsschwelle zu Fall bringen?, *AnwBl* 2005, 182 ff, der sich für die Verfassungskonformität der Antragsschwellen (im SpaltG) ausspricht.

²⁴⁰ Vgl dazu ausführlich OLG Wien, 28 R 146/10m, Antrag auf Aufhebung des § 225c Abs 3 Z 2 AktG wegen Verfassungswidrigkeit beim VfGH, *GesRZ* 2011, 50.

²⁴¹ VfGH 21.11.2011, G 175/10-12 Rz 63.

²⁴² *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225e AktG Rz 13; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³, § 225e Rz 6; *Brugger*, Das Überprüfungsverfahren nach der Verschmelzung, *ecolex* 1997, 501.

²⁴³ *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225e AktG Rz 17; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³, § 225e Rz 5; *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 133 f; aA *Brugger*, Das Überprüfungsverfahren nach der Verschmelzung, *ecolex* 1997, 501 (504).

als die Veröffentlichung der Antragstellung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft bekannt gemacht wurde. Nur aufgrund des Erstantrages der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft können sie nun überhaupt erst mittels Folgeantrag am Verfahren teilnehmen. Auf der anderen Seite werden die Erstantragsteller der übertragenden Gesellschaft durch die gerichtliche Entscheidung faktisch schlechter gestellt, obwohl sie mit der Einbringung ihres Erstantrages den Aktionären der übernehmenden Gesellschaft die Teilnahme am Verfahren erst (mittelbar) ermöglicht haben.²⁴⁴

3.4. Prozessuale Besonderheiten

3.4.1. Zuständigkeit und Verfahren

Zuständig für das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist der Gerichtshof erster Instanz für Handelssachen im Sprengel, in welchem die übernehmende Gesellschaft gemäß § 120 Abs 5a Z 1 JN ihren Sitz hat.²⁴⁵

Das Verfahren wird gemäß § 225e Abs 1 AktG nach den allgemeinen Bestimmungen des AußStrG sowie einigen im Aktiengesetz vorgesehenen Spezialnormen geführt. Dies hat für die antragstellenden Aktionäre den erheblichen Vorteil, dass die für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen aufgrund des geltenden Untersuchungsgrundsatzes gemäß § 16 Abs 1 AußStrG von Amts wegen zu ermitteln sind.²⁴⁶ Das Gericht hat also den relevanten Sachverhalt zur Bewertung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses von sich aus zu erforschen. Daher trifft die Antragsteller keine Begründungspflicht ihres Antrages und sie müssen auch kein Tatsachenvorbringen erstatten.²⁴⁷ Dies ist durchaus konsequent, da die antragstellenden Aktionäre typischerweise nicht über jene Informationen verfügen, aufgrund derer das Umtauschverhältnis zu berechnen ist.²⁴⁸

3.4.2. Kosten

Aufgrund der meist aufwändigen und in der Folge kostspieligen Ermittlungen zur Feststellung eines angemessenen Umtauschverhältnisses sind die Kosten für das Verfahren gemäß § 225l Abs

²⁴⁴ Vgl zu den Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts Kapitel IV.3.2. sowie zur faktischen Schlechterstellung einer Aktionärsgruppe Kapitel IV.3.1.1.

²⁴⁵ *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Aktiengesetz⁵, § 225e Rz 1.

²⁴⁶ *Klicka/Oberhammer/Domej*, Außerstreitverfahren⁴, 33 f.

²⁴⁷ *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225e Rz 2; *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 92; *Kals*, Das neue österreichische Verschmelzungsrecht nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 1995, 240 (256).

²⁴⁸ *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225e AktG Rz 5.

1 AktG grundsätzlich von der übernehmenden Gesellschaft zu tragen. Den erst- als auch folgeantragstellenden Aktionären sind die Verfahrenskosten ganz oder zum Teil nur nach Billigkeit aufzuerlegen, falls sie vorhersehen konnten, dass sie einen nicht zweckentsprechenden Verfahrensaufwand verursacht haben.²⁴⁹

Die Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung hat gemäß § 225l Abs 2 AktG grundsätzlich jede Seite selbst zu tragen²⁵⁰ und können, wenn beträchtliche Abweichungen vom angemessenen Umtauschverhältnis festgestellt werden, der Gesellschaft nach Billigkeit auferlegt werden. Eine Überwälzung der Kosten auf die antragstellenden Aktionäre ist nicht vorgesehen, sodass die Gesellschaft jedenfalls die Kosten ihrer rechtsfreundlichen Vertretung zu tragen hat.²⁵¹

Durch diese Kostentragungsregelungen nach Billigkeit soll das Kostenrisiko zumindest teilweise auf die Aktionäre überwält werden²⁵², damit diese nicht dazu verleitet werden, mutwillig Überprüfungsanträge zu stellen oder fortzusetzen.²⁵³ Jenen Aktionären, für die ein gemeinsamer Vertreter zu bestellen ist²⁵⁴, können die Verfahrenskosten unter keinen Umständen auferlegt werden.²⁵⁵

3.4.3. Gemeinsamer Vertreter

Um auch die Interessen jener Aktionäre zu wahren, die weder einen Verzicht abgegeben noch einen Überprüfungsantrag gestellt haben, sieht § 225f AktG die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters vor.²⁵⁶ In der Praxis ist es zweckmäßig, für jede betroffene Aktionärsgruppe einen eigenen gemeinsamen Vertreter zu bestellen, da die beteiligten Aktionärsgruppen typischerweise entgegengesetzte Interessen verfolgen.²⁵⁷ Dieser Vertreter, der aus dem Kreis der Rechtsanwälte,

²⁴⁹ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225l AktG Rz 6; *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 96 ff; *Aigner*, Squeeze-out-Spaltung – Wird der VfGH die für die gerichtliche Überprüfung des Barabfindungsanbots vorgesehene Antragschwelle zu Fall bringen?, AnwBl 2005, 182 (187); *Kalss/Schauer*, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT Band II/1, 610 f.

²⁵⁰ Vgl dazu kritisch *Kalss/Schauer*, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT Band II/1, 610 ff.

²⁵¹ OLG Wien 29.04.2008, 28 R 177/07s, GesRZ 2009, 49; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Aktiengesetz⁵, § 225l Rz 5; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225l AktG Rz 10, *Brugger*, Das Überprüfungsverfahren nach der Verschmelzung, *ecolex* 1997, 501; *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 97.

²⁵² ErläutRV zum EU-GesRÄG 1996: 32 BlgNR 20. GP S 104 zu § 225l AktG.

²⁵³ *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Aktiengesetz⁵, § 225l Rz 3; *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 98.

²⁵⁴ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.3.

²⁵⁵ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225l AktG Rz 6; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Aktiengesetz⁵, § 225l Rz 3; *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 152.

²⁵⁶ Vgl zu den gemäß § 225f Abs 1 AktG vertretenen Aktionären ausführlich *Torggler/Torggler*, Zur Überprüfung der Barabfindung (§ 9 Abs 2, § 11 SpaltG iVm §§ 225c ff AktG), wbl 2001, 193 (198).

²⁵⁷ Vgl dazu *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225e AktG Rz 4; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Aktiengesetz⁵, § 225f Rz 3; *Brugger*, Das Überprüfungsverfahren nach der Verschmelzung, *ecolex* 1997, 501 (502); *Kalss*, Das neue österreichische Verschmelzungsrecht nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 1995, 240 (256).

Notare oder Wirtschaftsprüfer zu bestellen ist, handelt weisungsfrei, unabhängig und tritt als gesetzlicher Vertreter der von ihm vertretenen Aktionärsgruppe auf. § 225f AktG verleiht den Aktionären allerdings keine besonderen Rechte, sondern knüpft an das Vorhandensein dieser Rechte an. Daher ist nur für jene Aktionärsgruppen ein gemeinsamer Vertreter zu bestellen, deren Rechtssphäre vom Überprüfungsverfahren berührt wird.²⁵⁸ Die einzelnen Aktionäre sind im Rahmen der Befugnisse ihres gemeinsamen Vertreters, die diesem in großem Umfang in den §§ 225e Abs 4 und 225f Abs 2 AktG eingeräumt werden, postulationsunfähig.²⁵⁹ Dies hindert sie aber nicht daran, einen Teilvergleich über ihren individuellen Ausgleichsanspruch zu schließen, wodurch sie aus dem Kreis der vertretenen Aktionäre ausscheiden.²⁶⁰ Der gemeinsame Vertreter hat das Verfahren gemäß § 225f Abs 6 AktG nach pflichtgemäßem Ermessen auch dann fortzuführen, wenn sämtliche Anträge zurückgenommen wurden, aber aus Sicht der von ihm vertretenen Aktionäre ein Erfolg seines Antrages zu erwarten ist. Der Vertreter ist den von ihm vertretenen Aktionären gegenüber nicht weisungsgebunden und haftet ihnen nach § 225f Abs 2 AktG nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters kann gemäß § 225f Abs 4 AktG unterbleiben, wenn alle Aktionäre, die keinen Antrag gestellt und auch nicht auf ihren Ausgleichsanspruch verzichtet haben, schriftlich oder durch Erklärung zur Niederschrift in der Hauptversammlung darauf verzichten.

3.4.4. Gremium zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses

Das Gericht kann gemäß § 225g Abs 1 AktG ein Gutachten des Gremiums zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses einholen. Auf Antrag einer Partei ist ein solches Gutachten jedenfalls einzuholen.²⁶¹ Es handelt sich dabei um ein für das ganze Bundesgebiet zuständiges, ständig eingerichtetes Gremium, das nach Maßgabe des § 225m AktG zu besetzen ist und von Fall zu Fall zusammentritt.²⁶² Die Geschäftsführung obliegt gemäß § 225g Abs 3 AktG der Finanzmarktaufsicht. Die Stellung dieses Gremiums geht aber über die eines Sachverständigen hinaus, sodass das dort stattfindende Verfahren als selbstständiges Verfahren eigener Art bezeichnet werden kann, welches nicht Teil des Gerichtsverfahrens ist.²⁶³ Aufgabe ist die

²⁵⁸ OGH 13.09.2001, 6 Ob 170/01w, Ausmaß der Vertretungsbefugnis des gemeinsamen Vertreters nach § 225f AktG, wbl 2002, 179 (180); *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225i AktG Rz 10.

²⁵⁹ *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225f AktG Rz 11 f.

²⁶⁰ OGH 13.09.2001, 6 Ob 170/01w, Ausmaß der Vertretungsbefugnis des gemeinsamen Vertreters nach § 225f AktG, wbl 2002, 179 (181); zum Teilvergleich siehe Kapitel IV.3.4.5.

²⁶¹ ErläutRV zum EU-GesRÄG 1996: 32 BlgNR 20. GP S 102 zu § 225g AktG.

²⁶² *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225g AktG Rz 4; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³, § 225g Rz 3.

²⁶³ OGH 23.10.2003, 6 Ob 213/03x, Gremium zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses – Verfahren und Akteneinsicht, wbl 2004, 295 (296).

Erstellung eines Sachverständigengutachtens zur Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses, wobei das Gremium auch externe Gutachter bestellen kann. Wie auch im gerichtlichen Verfahren wird dabei allerdings keine neuerliche Unternehmensbewertung der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften durchgeführt, sondern die Nachvollziehbarkeit der dem Umtauschverhältnis zugrunde liegenden Bewertungen geprüft.²⁶⁴ Nach Möglichkeit soll gemäß § 225h AktG auf die Herbeiführung eines Vergleiches zwischen den Parteien hingewirkt werden, der vom Gericht anschließend zu genehmigen ist.

3.4.5. Teilvergleich

Der Abschluss sowohl eines gerichtlichen als auch eines außergerichtlichen Teilvergleiches zwischen der übernehmenden Gesellschaft und einzelnen Aktionären ist ebenfalls möglich. Zu beachten ist aber, dass aufgrund des Gleichbehandlungsgebotes jenen ausgleichsberechtigten Aktionären, die keinen Teilvergleich abgeschlossen haben, zumindest jener Betrag zugesprochen werden muss, der im (letzten) Teilvergleich gewährt wurde. Das Gericht kann jedoch eine höhere Ausgleichsleistung zusprechen, da die Zustimmung zum Teilvergleich als Verzicht auf weitere Zahlungen gedeutet werden kann.²⁶⁵ Damit diese Konstellation von den Aktionären nicht missbraucht wird und die Zustimmung zu einem Teilvergleich kategorisch abgelehnt wird, sieht § 225l Abs 1 AktG eine Kostenersatzpflicht für die nicht zweckentsprechende Aufrechterhaltung des Verfahrens vor.²⁶⁶

3.4.6. Erweiterung der Rechtskraft

In § 225i Abs 1 AktG wird schließlich eine Erweiterung der Rechtskraft der Entscheidung normiert, die eine Gleichberechtigung der Aktionäre garantieren soll.²⁶⁷ Eine gerichtliche Entscheidung oder ein vor Gericht abgeschlossener beziehungsweise vom Gericht genehmigter Vergleich wirkt für und gegen die übernehmende Gesellschaft und alle beteiligten Aktionäre. Voraussetzung für den Zuspruch barer Zuzahlungen an eine Aktionärsgruppe ist nur, dass zumindest ein Erstantrag einer der beteiligten Gesellschaften gestellt wurde und, falls es sich

²⁶⁴ *Kals*, Das neue österreichische Verschmelzungsrecht nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 1995, 240 (254).

²⁶⁵ Vgl dazu ausführlich *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 145 ff; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225h Rz 4 ff; befürwortend auch *Kals/Schauer*, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT Band II/1, 613; aA *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225h AktG Rz 5, die den Zuspruch einer geringeren Ausgleichsleistung als im Teilvergleich festgelegt für möglich hält.

²⁶⁶ *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 145; *Kals*, Das neue österreichische Verschmelzungsrecht nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 1995, 240 (257); zu den Kosten siehe Kapitel IV.3.4.2.

²⁶⁷ ErläutRV zum EU-GesRÄG 1996: 32 BlgNR 20. GP S 104 zu § 225i AktG; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225i Rz 1; *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225i AktG Rz 3.

dabei nicht ohnehin um die benachteiligte Aktionärsgruppe handelt, zumindest ein Folgeantrag der tatsächlich benachteiligten Aktionärsgruppe.²⁶⁸ Ausfluss des Gleichberechtigungsgrundsatzes ist es auch, dass allen Aktionären jener Gesellschaft, deren Anteile zu gering bewertet wurden, der gleiche bare Zuzahlungsbetrag beziehungsweise die gleiche Anzahl von Aktien zuzusprechen ist.²⁶⁹ Von dieser erga omnes Wirkung sind lediglich jene Aktionäre ausgeschlossen, die auf die Geltendmachung ihres Anspruches verzichtet²⁷⁰ oder einen individuellen Teilvergleich abgeschlossen haben. Allerdings erstreckt sich die Entscheidung in gewissem Umfang auch auf diese Aktionäre. Schließlich tritt auch bei ihnen eine Wertminderung ihrer Anteile aufgrund des Abflusses der Geldmittel aus der Gesellschaft an die ausgleichsberechtigten Aktionäre ein. Werden anstelle der baren Zuzahlungen zusätzliche Aktien ausgegeben, wirken sich die dadurch hervorgerufenen Beteiligungsverschiebungen auch auf sie aus.²⁷¹

²⁶⁸ Vgl dazu Kapitel IV.3.3.2.

²⁶⁹ *Reich-Rohrwig*, Verschmelzung nach der RV zum EU-GesRÄG, *ecolex* 1996, 258 (261).

²⁷⁰ ErläutRV zum EU-GesRÄG 1996: 32 BlgNR 20. GP S 104 zu § 225i AktG.

²⁷¹ *Kals*, Das neue österreichische Verschmelzungsrecht nach dem Ministerialentwurf, *GesRZ* 1995, 240 (256); *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225i AktG Rz 9.

V. Die Anwendung des österreichischen Überprüfungsverfahrens bei der SE-Verschmelzungsgründung

1. Voraussetzungen gemäß Art 25 Abs 3

Der Schutz der Minderheitsaktionäre im Rahmen der SE-Verschmelzungsgründung ist zeitlich betrachtet der ersten Gründungsstufe zuzuordnen.²⁷² Demzufolge ist gemäß Art 18 auf jede der beteiligten Gründungsgesellschaften jenes Recht anzuwenden, dem sie unterliegt. Diese sogenannte distributive Rechtsanwendung²⁷³ führt dazu, dass für jede Gründungsgesellschaft die nach ihrem Gesellschaftsstatut maßgeblichen Minderheitsschutznormen eingehalten werden müssen, ohne dass sich dies auf die jeweils anderen beteiligten Gesellschaften auswirkt.²⁷⁴ Unerheblich ist dabei, ob die jeweilige Schutznorm aufgrund des partiellen Generalverweises in Art 18 oder aufgrund einer besonderen, auf Art 24 Abs 2 gestützten Norm im nationalen Ausführungsgesetz zur Anwendung kommt. Der Schutz der Minderheitsaktionäre ist somit der nationalen Rechtsordnung der jeweiligen Gründungsgesellschaft zu entnehmen, sodass eine sachrechtliche Regelung in der SE-VO unterbleiben konnte.

Anders stellt sich die Situation jedoch dar, wenn die Rechtsordnung einer der beteiligten Gesellschaften ein der Verschmelzung nachgelagertes Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung oder zur Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses vorsieht. In beiden Fällen bleibt es nämlich nicht bei der Auswirkung lediglich auf jene Gründungsgesellschaft, deren Gesellschaftsstatut ein derartiges Recht kennt. Durch die Ausgestaltung als nachträgliches Verfahren kommt eine Inanspruchnahme dieser beiden Rechtsbehelfe erst nach erfolgter Verschmelzung in Betracht. Demnach wird den Minderheitsaktionären zwar von jener Rechtsordnung, welcher die Gründungsgesellschaft unterliegt, ein Schutzrecht eingeräumt. Geltend gemacht werden kann dieses aber erst nach Vollendung der Gründung gegen die hervorgegangene SE. Sollte in einem nachgelagerten Überprüfungsverfahren festgestellt werden, dass das Umtauschverhältnis (beziehungsweise die Höhe der Barabfindung) tatsächlich unangemessen ist, muss die SE die daraus resultierenden Ausgleichsleistungen aus ihrem Vermögen begleichen.²⁷⁵ Dies führt zu einem Liquiditätsabfluss

²⁷² Vgl zur Zweistufigkeit des Gründungsverfahrens Kapitel II.3.2.4.

²⁷³ Vgl dazu Kapitel II.3.1.2.

²⁷⁴ *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 219; *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 25 Rz 27.

²⁷⁵ *Hügel* in *Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 5; *Teichmann* in *Drinhausen/Van Hulle/Maul*, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), § 2 Rz 80; *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 25 Rz 30.

aus der Gesellschaft, der auch die Rechtsstellung der Aktionäre der anderen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften tangiert.²⁷⁶ Daher ordnet Art 25 Abs 3 an, dass „*ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses der Aktien oder zur Abfindung von Minderheitsaktionären*“ nur dann angewendet werden kann, „*wenn die anderen sich verschmelzenden Gesellschaften in Mitgliedstaaten, in denen ein derartiges Verfahren nicht besteht, bei der Zustimmung zu dem Verschmelzungsplan gemäß Artikel 23 Absatz 1 ausdrücklich akzeptieren, dass die Aktionäre der betreffenden sich verschmelzenden Gesellschaft auf ein solches Verfahren zurückgreifen können*“.

Zusammengefasst kommt das österreichische Überprüfungsverfahren also nur dann zur Anwendung, wenn sämtliche Gesellschafter der an der Verschmelzung beteiligten ausländischen Gesellschaft ebenfalls ein solches Verfahren aufgrund des für diese Gründungsgesellschaft maßgeblichen Rechts einleiten können oder die ausländische Gesellschaft der Durchführung des Verfahrens zugunsten der Aktionäre der österreichischen Gesellschaft zustimmt.

2. Umsetzung des Art 25 Abs 3 in § 22 SEG

Wie bereits eingehend erläutert²⁷⁷, gründen sich die Anwendungsmodalitäten des § 22 SEG, der seinerseits wiederum auf § 225c ff AktG verweist, auf Art 25 Abs 3. Der folgenden Darstellung der möglichen Varianten, wie Minderheitsaktionäre - nach der Konzeption des österreichischen Gesetzgebers - ein unangemessenes Umtauschverhältnis aufgreifen können, liegt zunächst die Unterscheidung zugrunde, ob die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gesellschaft ein nachträgliches Verfahren kennt oder nicht. Innerhalb der letztgenannten Erscheinungsform erfolgt wiederum eine Teilung in Herein- und Hinausverschmelzung.

2.1. Exkurs: Veröffentlichung der Modalitäten für die Ausübung der Minderheitsrechte?

Art 21 nimmt Bezug auf all jene Informationen, die im Zuge der SE-Verschmelzungsgründung im Amtsblatt der jeweiligen beteiligten Gesellschaft veröffentlicht werden müssen, wobei die Mitgliedstaaten weitere Auflagen normieren können. Gemäß Art 21d ist auch ein Hinweis auf die Modalitäten zur Ausübung der Rechte der Minderheitsaktionäre gestützt auf Art 24 bekannt zu machen. Da sich das österreichische Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses

²⁷⁶ Teichmann, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (428); Kroat-Reder, Die Gründung einer europäischen Aktiengesellschaft, 205; Schäfer in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 25 SE-VO Rz 11; Schejfele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 242; Neun in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft², 133.

²⁷⁷ Vgl dazu Kapitel III.4.

jedoch nicht auf Art 24 Abs 2 stützt²⁷⁸, scheint eine Offenlegung nach Art 21d nicht zwingend notwendig zu sein.²⁷⁹ Dieser Ansicht folgte auch der österreichische Gesetzgeber bei der Umsetzung dieser Norm. § 19 SEG sieht lediglich eine Veröffentlichungspflicht in Bezug auf die Ausübung des Rechtes auf Barabfindung gemäß § 21 SEG vor, welches sich tatsächlich auf Art 24 Abs 2 stützt.²⁸⁰ Ein Hinweis auf das Recht zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses wurde nicht, auch nicht unter Ausübung der Ermächtigung zur Erweiterung des in Art 21 vorgesehenen Kataloges, normiert.

Wie bereits ausführlich erläutert, kann sich ein nachträgliches Überprüfungsverfahren sowohl auf Art 18, als auch auf Art 24 Abs 2 iVm Art 25 Abs 3 stützen.²⁸¹ Demzufolge ist es selbstverständlich, dass, im Unterschied zu Österreich, beispielsweise in Deutschland eine Veröffentlichung zwingend notwendig ist²⁸², da sich das deutsche Verfahren ausdrücklich auf die Ermächtigung des Art 24 Abs 2 stützt.²⁸³ Aus dem Blickwinkel des Art 21d, dessen Intention die Information der Minderheitsaktionäre ist, macht es jedoch keinen Unterschied, welche Norm als Grundlage für das Verfahren herangezogen wird. Letztendlich handelt es sich um gleich gelagerte Sachverhalte, sodass eine Ungleichbehandlung bei der Veröffentlichung der Minderheitsrechte nicht gerechtfertigt erscheint. Der europäische Gesetzgeber hat die Möglichkeit unterschiedlicher Grundlagen zur Normierung eines nachträgliches Überprüfungsverfahrens offenkundig nicht bedacht, weswegen man mE bereits durch analoge Anwendung des Art 21d zu einer Veröffentlichungspflicht auch für Minderheitsrechte, die sich auf Artt 18 iVm 25 Abs 3 stützen, gelangt. Letztlich hätte auch der österreichische Gesetzgeber von der eingeräumten Ermächtigung des Art 21 Gebrauch machen und eine Bekanntmachung vorsehen können, um so der offenkundigen Teleologie des Art 21d gerecht zu werden.

Die Veröffentlichungspflicht ist nicht nur dann zu beachten, wenn die an der Verschmelzung beteiligte ausländische Gesellschaft kein nachträgliches Überprüfungsverfahren kennt, sondern auch in jenen Fällen, in welchen alle beteiligten Rechtsordnungen ein derartiges vergleichbares Verfahren vorsehen. Eine diesbezügliche Differenzierung ist der SE-VO nicht zu entnehmen,

²⁷⁸ Vgl dazu ausführlich Kapitel III.5.

²⁷⁹ So ausdrücklich *Hügel* in *Kals/Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, § 19 Rz 6.

²⁸⁰ ErläutRV zum GesRÄG 2004: 466 BlgNR 22. GP S 16 f zu § 19 SEG.

²⁸¹ Vgl dazu Kapitel III.5 und III.6.

²⁸² *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 21 SE-VO Rz 7; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 21 SE-VO Rz 7; *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 21 Rz 12; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 189; aA offenbar *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 21 Rz 16, der nur einen Hinweis auf das Abfindungsangebot bei der Hinausverschmelzung gemäß § 7 dSEAG für erforderlich hält.

²⁸³ Vgl dazu Kapitel III.3.

insbesondere nimmt Art 21d nicht Bezug auf die Anwendbarkeit von Art 25 Abs 3. In der letztgenannten Variante scheidet zwar das Anfechtungsrecht aufgrund der Bemessung des Umtauschverhältnisses jedenfalls zu Gunsten des nachträglichen Verfahrens aus²⁸⁴, doch müssen die in den Rechtsordnungen der beteiligten Gesellschaften vorgesehenen Überprüfungsverfahren aufeinander abgestimmt werden. Daher bedarf es auch in diesem Fall einer Information der Minderheitsgesellschafter, insbesondere im Hinblick auf die Gerichtszuständigkeit und das anzuwendende Sachrecht.

Nach der hier vertretenen Ansicht erstreckt sich die Veröffentlichungspflicht des Art 21d auch auf das in Österreich vorgesehene Überprüfungsverfahren. Selbst wenn man diese Auffassung nicht teilt, ist es aus praktischen Gründen durchaus ratsam einen Hinweis für die Ausübung der Minderheitsrechte zu veröffentlichen, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden.

2.2. Die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gesellschaft kennt kein dem österreichischen Recht vergleichbares Überprüfungsverfahren

Neben Österreich kennen nur wenige Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ein nachträgliches Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses.²⁸⁵ Daher stellt die in Art 25 Abs 3 normierte Variante der Zustimmung der beteiligten ausländischen Gesellschaft in der Praxis wohl den Regelfall dar.²⁸⁶

2.2.1. Zustimmung zum österreichischen Überprüfungsverfahren wird nicht erteilt

Art 25 Abs 3 bestimmt, dass die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses nur dann einleiten können, wenn dies die an der Verschmelzung beteiligte ausländische Gesellschaft ausdrücklich akzeptiert. Wird die für die Zustimmung erforderliche Mehrheit nicht erreicht, so steht das Überprüfungsverfahren den Aktionären der österreichischen Gesellschaft nicht offen. Es wurde jedoch nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt, wie die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft in dieser Fallkonstellation gegen die Bemessung des Umtauschverhältnisses rechtlich vorgehen können. Mangels Zustimmung der beteiligten ausländischen Gesellschaft zur Durchführung des nachträglichen Überprüfungsverfahrens gemäß den §§ 225c ff AktG kann dieses jedenfalls nicht eingeleitet

²⁸⁴ Vgl dazu Kapitel V.3.1.

²⁸⁵ Vgl dazu Kapitel V.3.3. und V.3.4., insbesondere im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Verfahren.

²⁸⁶ Kaufmann in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, § 12 EU-VerschG Rz 4.

werden. Aber auch das Recht zur Anfechtung des Verschmelzungsbeschlusses ist nach § 225b AktG ausdrücklich ausgeschlossen.

Um dieses Rechtsschutzdefizit zu beseitigen, soll den Aktionären der österreichischen Gesellschaft dennoch das Anfechtungsrecht, das auch den Gesellschaftern der ausländischen Gesellschaft nach dem für diese Gesellschaft einschlägigen Recht zusteht, eingeräumt werden.²⁸⁷ Dieses Ergebnis ist zwar zu befürworten, da anderenfalls die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft überhaupt keine Möglichkeit hätten, gegen das Umtauschverhältnis vorzugehen. Allerdings findet sich dafür kein Anhaltspunkt in den österreichischen Gesetzen, weder im SEG noch im AktG. Um zu diesem durchaus wünschenswerten Ergebnis zu gelangen, muss § 225b AktG teleologisch reduziert werden.²⁸⁸ Bei der Schaffung der Norm hatte der Gesetzgeber ausschließlich auf innerstaatliche Verschmelzungen Bedacht genommen, sodass der ausnahmslose Ausschluss des Anfechtungsrechts durch das unabdingbar zustehende nachträgliche Überprüfungsverfahren gerechtfertigt ist. Beide Normen stehen in unmittelbarem Konnex und sind als Einheit zu betrachten, weil bei Wegfall einer der beiden Regelungen die jeweils andere nicht zielführend angewendet werden kann. Unterbleibt somit die Möglichkeit der Durchführung eines nachträglichen Verfahrens, hat dies den Entfall des Anfechtungsausschlusses und somit das „Wiederaufleben“ der Anfechtungsmöglichkeit zur unmittelbaren Folge. Der von § 225b AktG angeordnete Ausschluss der Anfechtung kommt daher bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nur dann zum Tragen, wenn die beteiligte ausländische Gesellschaft der Durchführung des österreichischen Überprüfungsverfahrens zustimmt.²⁸⁹

²⁸⁷ ErläutRV zum GesRÄG 2004: 466 BlgNR 22. GP S 18 zu § 22 SEG.

²⁸⁸ Adensamer/Eckert, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil II), GeS 2007, 143 (146). Konsequenterweise muss dies auch bei der Hereinverschmelzung gelten, nicht nur bei der von den Autoren behandelten Hinausverschmelzung.

²⁸⁹ Im Ergebnis gleich Kroat-Reder, Die Gründung einer europäischen Aktiengesellschaft, 200; Hügél in Kals/Hügél, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 32; Simon/Rubner, Die Umsetzung der Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung ins deutsche Recht, Der Konzern 2006, 835 (841); Teichmann in Drinhausen/Van Hulle/Maul, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), § 2 Rz 82; Fida/Rieder, Grenzüberschreitende Verschmelzung, ecoloX 2007, 685 (687); Schwarz, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 25 Rz 31; Drinhausen in Semler/Stengl, UmwG³, § 122h Rz 5; Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 244; Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, UmwStG⁵, Art 24 SE-VO Rz 13; Kaufmann in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, § 12 EU-VerschG Rz 18 FN 16; Eckert in Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 12 EU-VerschG Rz 18.

2.2.2. Zustimmung zum österreichischen Überprüfungsverfahren wird erteilt

Art 25 Abs 3 spricht zwar wörtlich von „*bei der Zustimmung zu dem Verschmelzungsplan*“, doch muss nach hM diese Zustimmung nicht direkt im Verschmelzungsplan erteilt werden.²⁹⁰ Es kann auch eine davon gesonderte Beschlussfassung vorgenommen werden, weil es durchaus denkbar ist, dass einzelne Aktionäre der beteiligten Gesellschaft, deren Recht kein derartiges Verfahren kennt, zwar für die Verschmelzung an sich, aber gegen die Zustimmung zur Durchführung des Überprüfungsverfahrens stimmen.²⁹¹ Zudem scheint eine getrennte Beschlussfassung durchaus ratsam. Art 21d fordert nämlich die Bekanntgabe der Ausübung der Minderheitsrechte im Amtsblatt des Mitgliedstaats, dem die Gründungsgesellschaft unterliegt.²⁹² Wie bereits dargelegt, hängt es jedoch von der Zustimmung der an der Verschmelzung beteiligten ausländischen Gesellschaft ab, ob den Minderheitsaktionären der österreichischen Gesellschaft zur Rüge des Umtauschverhältnisses das nachträgliche Überprüfungsverfahren oder das Anfechtungsrecht offen steht. Insofern müsste bei gleichzeitiger Beschlussfassung die Hauptversammlung der ausländischen Gesellschaft mehrere Wochen vor jener der österreichischen Gesellschaft stattfinden. Anderenfalls könnte in der Veröffentlichung der Minderheitsrechte lediglich darauf Bezug genommen werden, dass eine der beiden Varianten möglich sein wird, aber noch nicht feststeht, welche.

Um diese Unsicherheit beseitigen zu können, ist es mE durchaus zulässig und auch zweckmäßig, den Beschluss über die Erteilung der Zustimmung zum nachträglichen Überprüfungsverfahren bereits einige Zeit vor dem Verschmelzungsbeschluss, der dann zeitgleich mit jenem der österreichischen Gesellschaft erfolgen kann, zu fassen. Damit wird sichergestellt, dass die österreichische Gesellschaft die Veröffentlichung betreffend die Minderheitsrechte gemäß Art 21d ohne eine - aus Sicht der Aktionäre - schwer verständliche Bedingungskonstruktion durchführen kann. Die Gesellschafter wissen also bereits im Vorfeld der Beschlussfassung über

²⁹⁰ *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (623); *Hügel* in *Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 8; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 25 SE-VO Rz 22; *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 25 Rz 28; *Kaufmann* in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, § 12 EU-VerschG Rz 8; *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG³, Art 25 SE-VO Rz 18; *Drinhausen* in *Semler/Stengel*, UmwG³, § 122h Rz 6; überhaupt gegen die Zulässigkeit der Beschlussfassung im Verschmelzungsplan *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 220; *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 25 Rz 29; für die untrennbare Verbindung mit dem Verschmelzungsbeschluss *Teichmann* in *Drinhausen/Van Hulle/Maul*, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), § 2 Rz 82.

²⁹¹ *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 220; *Drinhausen* in *Semler/Stengel*, UmwG³, § 122h Rz 6; *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 25 Rz 29.

²⁹² Vgl dazu Kapitel V.2.1.

die Verschmelzung, welcher Rechtsbehelf ihnen gegen ein unangemessenes Umtauschverhältnis zur Verfügung steht.

ME sollte die Entscheidung über die Zustimmung zum nachträglichen Verfahren spätestens in der Gesellschafterversammlung getroffen werden, in welcher auch über die Verschmelzung an sich abgestimmt wird. Eine nachträgliche Zustimmungserklärung ist mE aus praktischen Gründen nur dann möglich, wenn die Hauptversammlung jener Gesellschaft, deren Recht ein nachträgliches Verfahren kennt, noch nicht abgehalten wurde, weil davon das Abstimmungsverhalten der Minderheitsaktionäre der österreichischen Gesellschaft wesentlich abhängt. Wird nämlich die Zustimmung zum nachträglichen Verfahren nicht erteilt, müssen die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft bereits bei der Beschlussfassung der Generalversammlung ihrer Gesellschaft Widerspruch gegen die Verschmelzung erheben, wenn sie mit dem Umtauschverhältnis unzufrieden sind. In diesem Fall lebt nämlich das ansonsten durch das nachträgliche Verfahren ausgeschlossene Anfechtungsrecht auf.²⁹³ Die Einbringung einer Anfechtungsklage setzt jedoch gemäß § 196 Abs 1 Z 1 AktG die Erhebung eines Widerspruchs gegen den Verschmelzungsbeschluss voraus.

Sollte zum Zeitpunkt der Hauptversammlung der österreichischen Gesellschaft noch nicht eindeutig feststehen, ob die Zustimmung zum nachträglichen Verfahren erteilt wird oder nicht, müssten jene Aktionäre, die mit dem Umtauschverhältnis nicht einverstanden sind, vorsichtshalber Widerspruch gegen den Verschmelzungsbeschluss erheben. Damit wird jedoch ein wesentlicher Aspekt der Teleologie des nachträglichen Verfahrens, nämlich die Möglichkeit für die Verschmelzung zu stimmen, aber gegen das Umtauschverhältnis vorgehen zu können, völlig ausgehebelt.²⁹⁴ Wird von der beteiligten ausländischen Gesellschaft schließlich die Zustimmung erteilt, kommt eine Anfechtung alleine aufgrund der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses gemäß § 225b AktG nicht in Betracht. Somit wären die erhobenen Widersprüche, sofern sie sich ausschließlich auf das Umtauschverhältnis beziehungsweise darauf Bezug nehmende Erläuterungen erstrecken, im Nachhinein als gegenstandslos zu betrachten. Alle Aktionäre der österreichischen Gesellschaft, nicht nur jene, die vorsorglich Widerspruch erhoben haben, können bei der Hereinverschmelzung dann mittels nachträglichen Verfahrens gegen das Umtauschverhältnis vorgehen.

²⁹³ Vgl dazu Kapitel V.2.2.1.

²⁹⁴ Vgl dazu Kapitel IV.3.3.1.

Im Falle der Hinausverschmelzung könnte der Widerspruch wohl in eine Ankündigung der beabsichtigten Überprüfung des Umtauschverhältnisses²⁹⁵ umgedeutet werden. Anderenfalls müssten die Aktionäre, welche die Einleitung eines Überprüfungsverfahrens beabsichtigen, binnen eines Monats (zusätzlich) eine derartige Ankündigung machen. Um ein zweifaches Tätigwerden zu verhindern und Rechtssicherheit unter den Aktionären zu schaffen, sollte bereits in der Veröffentlichung gemäß Art 21d darauf hingewiesen werden, dass gegen die Bemessung des Umtauschverhältnisses gleichzeitig ein Widerspruch erhoben und in eventu eine Antragsankündigung eingebracht werden sollte.

Nicht eindeutig geklärt ist, mit welchem Quorum die Zustimmung der beteiligten ausländischen Gesellschaft zur Anwendbarkeit des österreichischen Verfahrens abgegeben werden muss. Die Beantwortung dieser Frage wird dem nationalen Recht überlassen, wobei sowohl die einfache Mehrheit²⁹⁶, als auch die nach dem jeweiligen nationalen Recht erforderliche Mehrheit für die Beschlussfassung zur Verschmelzung²⁹⁷ in Betracht kommen. Durch den Verweis auf Art 23 Abs 1 sprechen mE die besseren Gründe für jene Mehrheit, die auch für die Zustimmung zur Verschmelzung erforderlich ist.

2.2.2.1. Hereinverschmelzung

Das österreichische Überprüfungsverfahren kommt nur dann zur Anwendung, wenn die beteiligte ausländische Gesellschaft ausdrücklich ihre Zustimmung erteilt. Den Fall der Hereinverschmelzung regelt § 22 Abs 1 Z 1 SEG. Für die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft ist gemäß § 22 Abs 1 SEG iVm § 225b AktG die Anfechtung des Verschmelzungsbeschlusses wegen Mängeln bei der Festlegung des Umtauschverhältnisses ausgeschlossen. Dafür steht ihnen nach Eintragung der SE das nachträgliche gerichtliche Überprüfungsverfahren gemäß den §§ 225c ff AktG zur Verfügung. Im Ergebnis können also im Falle der Zustimmung der ausländischen Gesellschaft zum österreichischen Verfahren die Gesellschafter der österreichischen Gesellschaft die Eintragung der SE nicht mehr durch

²⁹⁵ Vgl zum Erfordernis der Ankündigung bei der Hinausverschmelzung Kapitel V.2.2.2.2.

²⁹⁶ *Schejfele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 220; *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 25 Rz 29; *Fida* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, Handbuch der Umgründungen, Q1 Rz 51.

²⁹⁷ *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 25 SE-VO Rz 12; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 25 SE-VO Rz 22; *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 25 Rz 28; *Bentel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 266; *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG⁵, Art 25 SE-VO Rz 18; offen lassend *Kaufmann* in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, § 12 EU-VerschG Rz 8; *Drinhausen* in *Semler/Stengl*, UmwG³, § 122h Rz 6.

Einbringung einer Anfechtungsklage verzögern oder gar verhindern, nur weil sie mit dem Umtauschverhältnis nicht einverstanden sind.²⁹⁸

Auf der anderen Seite ändert sich aber alleine durch die Zustimmung zum österreichischen Verfahren auch für die Aktionäre der ausländischen Gesellschaft vorläufig nichts. Sie haben nach wie vor die Möglichkeit, den Verschmelzungsbeschluss nach jenem Recht, dem die beteiligte Gründungsgesellschaft unterliegt, anzufechten, weil sie mit dem Umtauschverhältnis nicht einverstanden sind. Insofern können die Aktionäre der ausländischen Gesellschaft gegen die Festsetzung des Umtauschverhältnisses vor Eintragung der SE mittels Anfechtungsklage gegen den gesamten Verschmelzungsbeschluss vorgehen. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist haben sie jedoch keine Möglichkeit mehr, die Bemessung des Umtauschverhältnisses aufzugreifen. Während also zunächst die Gesellschafter der österreichischen Gesellschaft bis zur erfolgten Eintragung der SE kein Überprüfungsrecht haben, weil sie keine Anfechtung einbringen können, haben nach Ablauf der Anfechtungsfrist die Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft keine Überprüfungsmöglichkeit mehr.

Diese Konstellation ist in der Mehrzahl der Fälle für die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft von Vorteil²⁹⁹: die Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft können zwar den Verschmelzungsbeschluss anfechten, wodurch die Entstehung der SE verzögert wird. Allerdings kann bei erfolgreicher Anfechtung nur ein neuer Verschmelzungsplan (mit einem abgeänderten Umtauschverhältnis) ausgearbeitet werden, dem die Gesellschafterversammlung der österreichischen Gesellschaft erneut seine Zustimmung erteilen muss. Hingegen können die Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft, wenn sie ihre Zustimmung einmal erteilt haben, keinen Einfluss mehr auf ein von einem Aktionär der österreichischen Gesellschaft eingeleitetes nachträgliches Verfahren nach den §§ 225c ff AktG nehmen.³⁰⁰ Die Entscheidung des zuständigen Gerichts ist aber aufgrund der ausdrücklichen Anordnung in Art 25 Abs 3 für alle Aktionäre der SE bindend (Erstreckung der materiellen Rechtskraft³⁰¹).

Sollten also die Gesellschafter der ausländischen Gründungsgesellschaft den Beschluss anfechten, haben jene der österreichischen Gesellschaft immer noch die Möglichkeit, auf die neue Lage zu reagieren. Es muss ein neuer Verschmelzungsplan mit einem neu festgesetzten Umtauschverhältnis ausgearbeitet werden, wobei die Aktionäre erneut darüber entscheiden

²⁹⁸ Vgl zum Verfahren gemäß den §§ 225c ff AktG ausführlich Kapitel IV.

²⁹⁹ Vgl jedoch die Ausführungen in Kapitel XI., wo auch die Vorteile aus Sicht der ausländischen Gesellschaft näher beleuchtet werden.

³⁰⁰ Vgl aber zur Möglichkeit der Miteinbeziehung der Aktionäre der ausländischen Gesellschaft Kapitel V.2.2.3.

³⁰¹ *Adensamer/Eckert*, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil II), GeS 2007, 143 (149).

können, ob sie ihre Zustimmung erteilen oder nicht. Kommt es aber aufgrund des Antrages eines Gesellschafters der österreichischen Gesellschaft zu einem nachträglichen Verfahren, müssen die Aktionäre der ausländischen Gesellschaft das Ergebnis, auf das sie keinen Einfluss nehmen können, hinnehmen. Die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zur Wahrnehmung der Interessen der Aktionäre der ausländischen Gesellschaft gemäß § 225f AktG vermag den Anreiz zur Zustimmung wohl auch kaum zu erhöhen.³⁰²

Weiters ist zu berücksichtigen, dass das nachträgliche Überprüfungsverfahren aus Sicht der Aktionäre der ausländischen Gesellschaft nur eine Verschlechterung ihrer Rechtsposition, keinesfalls aber eine Verbesserung herbeiführen kann. Erachtet das Gericht das Umtauschverhältnis für zu niedrig bemessen, spricht es den Aktionären der österreichischen Gesellschaft eine Ausgleichsleistung in Form von baren Zuzahlungen oder zusätzlichen Anteilen nach Maßgabe des § 225j Abs 2 AktG zu, die aus dem Vermögen der SE zu leisten sind. Sollte das Umtauschverhältnis jedoch zu hoch bemessen sein, kann es nicht mehr gerichtlich nach unten korrigiert werden beziehungsweise können die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft nicht zu Zahlungen an die SE verpflichtet werden. Im Ergebnis haben also die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft nichts zu verlieren, im schlechtesten Fall erhalten sie keine bare Zuzahlung. Im Gegensatz dazu können die Aktionäre der ausländischen Gesellschaft nichts gewinnen, für sie endet das Überprüfungsverfahren im besten Fall ohne Zuspruch von baren Zuzahlungen an die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft.³⁰³

2.2.2.2. Hinausverschmelzung

Im Wesentlichen kann auf die Ausführungen zur Hereinverschmelzung verwiesen werden.³⁰⁴ Allerdings ergeben sich doch auch Abweichungen, die einer näheren Betrachtung bedürfen.

Zunächst ist festzuhalten, dass § 22 Abs 1 Z 2 SEG als Grundlage zur Durchführung eines Überprüfungsverfahrens der Aktionäre der österreichischen Gesellschaft bei der Hinausverschmelzung dient. § 22 Abs 2 SEG bestimmt, dass jene Aktionäre, die die Einleitung eines Verfahrens beabsichtigen, eine Erklärung diesbezüglich entweder zur Niederschrift in der Hauptversammlung oder binnen einen Monats nach Verschmelzungsbeschluss gegenüber der

³⁰² Vgl zu den Befugnissen des gemeinsamen Vertreters Kapitel IV.3.4.3.

³⁰³ Vgl dazu *Bayer/Schmidt*, Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – eine kritische Stellungnahme, NZG 2006, 841 (844); *Behrens*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach der Richtlinie 2005/56/EG (Verschmelzungsrichtlinie), 163; *Klein*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, RNotZ 2007, 565 (598).

³⁰⁴ Vgl dazu Kapitel V.2.2.2.1.

Gesellschaft abgeben müssen. Dies ist deshalb von Nöten, weil gemäß Art 25 Abs 2 (beziehungsweise § 24 SEG) vom Firmenbuchgericht eine Bescheinigung auszustellen ist, in welcher die Rechtmäßigkeit des bisherigen Verfahrens bestätigt wird. In dieser Rechtmäßigkeitsbescheinigung ist gemäß § 22 Abs 2 SEG auch darauf hinzuweisen, ob, und bejahendenfalls von wem ein Antrag auf Überprüfung des Umtauschverhältnisses zu stellen beabsichtigt wird. Bei der Verschmelzung zur Aufnahme auf eine österreichische SE muss eine derartige Erklärung nicht abgegeben werden. Der Grund für diese Differenzierung liegt darin, dass für eine in Österreich zu gründende SE gemäß § 24 SEG, im Übrigen entgegen dem Wortlaut des Art 26 Abs 2, keine Rechtmäßigkeitsbescheinigung ausgestellt werden muss, auf welcher der Hinweis zu vermerken wäre.³⁰⁵

Abgesehen von der Zulässigkeit einer derartigen Einschränkung des Art 26 Abs 2 kann dieser Grundsatz jedoch nur dann uneingeschränkt gelten, wenn lediglich eine österreichische Gesellschaft, nämlich als aufnehmende, an der SE-Verschmelzungsgründung teilnimmt. Sind hingegen neben der übernehmenden noch weitere österreichische Gesellschaften als übertragende beteiligt, muss sehr wohl für jede übertragende österreichische Gesellschaft eine Unbedenklichkeitsbescheinigung ausgestellt werden. Eine Gegen Ausnahme davon ist für jene übertragenden Gesellschaften denkbar, für deren Überprüfung der Gründungsmodalitäten dasselbe Firmenbuchgericht zuständig ist, wie für die Überprüfung der Durchführung der Verschmelzung und Gründung der SE iSd Art 26 Abs 1.³⁰⁶ Ist also ein und dasselbe Firmenbuchgericht für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Verschmelzung gemäß Art 25 Abs 1 auf erster Stufe (auch für mehrere Gesellschaften) und auch nach Art 26 Abs 1 auf zweiter Stufe zuständig, bedarf es mE keiner, quasi an sich selbst adressierter, Rechtmäßigkeitsbescheinigungen dieses Firmenbuchgerichtes.

Generell ist das Erfordernis der Ankündigung des Überprüfungsantrages darauf zurückzuführen, dass der europäische Gesetzgeber die Konzeption des österreichischen Verfahrens offenkundig falsch verstanden hat. Es wurde übersehen, dass es sich um ein nachträgliches Verfahren handelt,

³⁰⁵ Vgl dazu kritisch *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 34; § 24 Rz 24; *Ratka*, Behördliche Kontroll- und Einspruchsrechte im Zuge der Gründung und Sitzverlegung einer Societas Europaea (SE), ZFR 2007, 15 (17); *Ratka/Rauter*, Verschmelzungsgründung und Folgeverschmelzungen einer Europäischen Aktiengesellschaft, GesRZ 2006, 55 (61).

³⁰⁶ Im Gegensatz zu den Materialien zum SEG, vgl dazu ErläutRV zum GesRÄG 2004: 466 BlgNR 22. GP S 16 f zu § 19 SEG, wurde der Fall, dass eine österreichische Gesellschaft als übertragende und eine zweite österreichische Gesellschaft als übernehmende beteiligt sein kann, bei der Erlassung des EU-VerschG in den ErläutRV zum EU-VerschG: 171 BlgNR 23. GP S 16 zu § 14 Abs 1 bis 4 bedacht. Gemäß § 2 EU-VerschG ist das Firmenbuchgericht der aus der Verschmelzung hervorgehenden übernehmenden Gesellschaft für die Prüfung der Rechtmäßigkeit für beide Gesellschaften zuständig. Eine derartige Regelung findet sich jedoch nicht im SEG, sodass gemäß § 4 SEG für jede der beteiligten österreichischen Gesellschaften „*der für den Sitz der Gesellschaft zuständige, zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in Handelsachen berufene Gerichtshof erster Instanz*“ zuständig ist.

dessen Einleitung erst ab Beendigung des Gründungsvorganges möglich ist.³⁰⁷ Zum Zeitpunkt der Ausstellung der Rechtmäßigkeitsbescheinigung kann somit noch gar kein Verfahren „abhängig“ im Sinne des Art 25 Abs 3 sein, sodass auch kein diesbezüglicher Vermerk gemacht werden könnte. Da Art 25 Abs 3 jedoch einen Hinweis auf ein abhängiges Verfahren in der Rechtmäßigkeitsbescheinigung verlangt, musste eine Modifizierung der Antragsvoraussetzungen für die Hinausverschmelzung vorgenommen werden. Es bleibt zwar bei der Ausgestaltung als nachträgliches Verfahren, sodass das Verfahren bei Ausstellung der Bescheinigung noch nicht abhängig³⁰⁸ ist, doch wird die Einbringung eines Überprüfungsantrages von einer Ankündigung in der Hauptversammlung, in welcher der Verschmelzungsbeschluss gefasst wird oder binnen eines Monats danach, abhängig gemacht.

Durch das Erfordernis der Ankündigung wird die an sich in § 225i Abs 1 AktG normierte erga omnes Wirkung³⁰⁹ bei der Hinausverschmelzung auf all jene Aktionäre eingeschränkt, die einen Überprüfungsantrag stellen oder dies zumindest angekündigt haben, auch wenn sie später keinen einbringen.³¹⁰

2.2.3. Beteiligung der Aktionäre der ausländischen Gesellschaft am österreichischen Verfahren

2.2.3.1. Hereinverschmelzung

„Um eine rasche und reibungslose Gründung trotz erkennbarer Konflikte“⁶¹¹ durchführen zu können, hat der österreichische Gesetzgeber in § 22 Abs 3 SEG für die Aktionäre der ausländischen Gesellschaft eine Möglichkeit geschaffen, sich am österreichischen Verfahren zu beteiligen. Zunächst ist wiederum die Anerkennung des österreichischen Verfahrens gemäß Art 25 Abs 3 erforderlich.³¹² Als weitere Voraussetzung müssen sämtliche Gesellschafter der beteiligten ausländischen Gesellschaft auf ihr Anfechtungsrecht in Bezug auf Mängel bei der Festlegung des Umtauschverhältnisses verzichten, das ihnen nach dem für die Gründungsgesellschaft

³⁰⁷ Hügel in Kals/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 28.

³⁰⁸ Die ErläutRV zum GesRÄG 2004: 466 BlgNR 22. GP S 19 zu § 22 Abs 1 Z 2 und Abs 2 SEG sprechen von „eingeleitet“ im Sinne des Art 25 Abs 3 der Verordnung.

³⁰⁹ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.6.

³¹⁰ Hügel in Kals/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 31; Ratka/Ranter, Verschmelzungsgründung und Folgeverschmelzungen einer Europäischen Aktiengesellschaft, GesRZ 2006, 55 (61); Eckert in Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 12 EU-VerschG Rz 16.

³¹¹ ErläutRV zum GesRÄG 2004: 466 BlgNR 22. GP S 18 zu § 22 Abs 1 Z 1 und Abs 3 SEG.

³¹² Vgl dazu Kapitel V.1.

maßgeblichen Recht zusteht.³¹³ Während also für die Zustimmung zur Durchführung des österreichischen Verfahrens für die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft das gleiche Mehrheitserfordernis erfüllt sein muss, wie für die Zustimmung zum Verschmelzungsplan, muss für den Fall, dass auch den Aktionären der ausländischen Gesellschaft das österreichische Verfahren eröffnet werden soll, ein einstimmiger Beschluss gefasst werden (beziehungsweise muss jeder einzelne Aktionär auf sein Anfechtungsrecht verzichten). Dies ist konsequent, handelt es sich doch beim Anfechtungsrecht um ein individuelles Recht jedes Aktionärs.³¹⁴ Auf dieses individuelle Recht kann definitionsgemäß nicht mittels Mehrheitsbeschluss verzichtet werden.³¹⁵

Zusätzlich müssen die Aktionäre der ausländischen Gesellschaft auch die in § 225c Abs 3 AktG normierten Antragsvoraussetzungen erfüllen.³¹⁶ Diese Konstellation ist theoretisch zu befürworten, da in diesem Fall gewährleistet ist, dass die Verschmelzung nicht wegen Streitigkeiten bezüglich des Umtauschverhältnisses verzögert werden kann. Zudem steht allen Aktionären das Überprüfungsverfahren gegen die eingetragene SE offen und auch das Ergebnis des Verfahrens wirkt für beziehungsweise gegen alle Aktionärsgruppen gleich.³¹⁷ Es kommt somit zu einer Art kontradiktorischem Verfahren³¹⁸, indem, im Falle der Unangemessenheit, entweder den Aktionären der österreichischen oder jenen der beteiligten ausländischen Gesellschaft bare Zuzahlungen gewährt werden können.³¹⁹ Somit besteht für beide beteiligten Aktionärsgruppen eine Verbesserungsmöglichkeit. Eine Verschlechterung des Umtauschverhältnisses ist auch in diesem Fall nicht möglich, faktisch wird natürlich die Aktionärsgruppe benachteiligt, die im Falle der Unangemessenheit keine Zuzahlung zugesprochen erhält.

Der Knackpunkt liegt darin, dass wirklich jeder einzelne Aktionär der ausländischen Gesellschaft auf sein Anfechtungsrecht verzichten muss. In der Praxis ist dies in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wohl kaum durchführbar, insbesondere wenn es eine Vielzahl von Aktionären gibt.³²⁰ Interessant wird die Möglichkeit des § 22 Abs 3 SEG dann, wenn die ausländische Gesellschaft

³¹³ *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 35; *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 12 EU-VerschG Rz 10.

³¹⁴ Vgl dazu *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 196 Rz 2.

³¹⁵ Insbesondere kann der österreichische Gesetzgeber einen solchen Verzicht nicht durch Mehrheitsbeschluss für Gesellschaften, die einem ausländischen Gesellschaftsstatut unterliegen, statuieren.

³¹⁶ Zur distributiven Rechtsanwendung der Antragsvoraussetzungen, wenn auch das Gesellschaftsstatut der ausländischen Gründungsgesellschaft ein vergleichbares nachträgliches Überprüfungsverfahren kennt, vgl Kapitel VIII.2.1.

³¹⁷ Ob sich in der Praxis eine „österreichfreundliche“ Judikatur entwickelt, sprich ob in der Mehrzahl der Fälle die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft bevorzugt werden, bleibt abzuwarten, ist aber mE nicht zu erwarten.

³¹⁸ *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 36; *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 24 SE-VO Rz 19; *Teichmann*, Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 (386 f).

³¹⁹ Selbstverständlich kann das Gericht auch zum Ergebnis gelangen, dass das Umtauschverhältnis angemessen ist, und keinem der beiden Aktionärsgruppen bare Zuzahlungen zuerkennen.

³²⁰ *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 36.

nur wenige Aktionäre hat und an einer raschen Abwicklung der SE-Gründung interessiert ist. Für diesen Fall bietet das SEG eine optimale Grundlage.

2.2.3.2. Hinausverschmelzung

Warum in § 22 Abs 3 SEG nur ein Verweis auf Abs 1 Z 1 und nicht auch auf Abs 1 Z 2 enthalten ist, scheint rätselhaft. Möglicherweise handelt es sich dabei um ein Redaktionsversehen. Es ist jedenfalls nicht erklärbar, weswegen den Aktionären einer beteiligten ausländischen Gesellschaft, wenn sie die Voraussetzungen des § 22 Abs 3 SEG erfüllen, nur dann ein Antragsrecht eingeräumt werden soll, wenn die entstehende SE ihren Sitz in Österreich hat. Auch aus § 22 Abs 2 SEG kann eine Antragslegitimation nur sehr schwer abgeleitet werden. Die Formulierung „solche Aktionäre“ mit Verweis auf § 22 Abs 1 Z 2 SEG bezieht sich wohl nur auf die dort erwähnten „Aktionäre einer übertragenden Gesellschaft mit Sitz in Österreich“ und nicht auch auf die Aktionäre der beteiligten ausländischen Gesellschaft.³²¹

Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum die Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft nicht auf ihr Anfechtungsrecht verzichten und sich dem Verfahren vor dem zuständigen österreichischen Gericht anschließen können dürfen. Die Formulierung in § 22 Abs 3 SEG würde bedeuten, dass die ausländische Gesellschaft nur dem Überprüfungsverfahren für die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft zustimmen könnte. Dies entspricht dem in Kapitel V.2.2.2.1. behandelten Fall, den Aktionären der ausländischen Gesellschaft würde also die Anfechtungsklage offen stehen. Der Fall in Kapitel V.2.2.3.1., bei dem zusätzlich auch noch die Aktionäre der ausländischen Gesellschaft auf ihr Anfechtungsrecht verzichten und sich am österreichischen Verfahren beteiligen, wäre gar nicht möglich. Eine Rechtfertigung für diese Differenzierung ist nicht ersichtlich. Daher gehe ich davon aus, dass § 22 Abs 3 SEG entgegen dem Wortlaut auch auf den Fall des § 22 Abs 1 Z 2 SEG anwendbar ist. Ein anders lautendes Ergebnis wäre zudem mit dem europarechtlich geltenden Diskriminierungsverbot nicht vereinbar.

An dieser Stelle sei auch darauf hingewiesen, dass § 22 Abs 3 SEG nur von einem Aktionär einer „übertragenden Gesellschaft“ spricht. Dies würde bedeuten, dass die Aktionäre der übernehmenden ausländischen Gesellschaft keine Möglichkeit hätten, ein Überprüfungsverfahren einzuleiten. Hier ist dem Gesetzgeber offenkundig ein Fehler unterlaufen, besser wäre etwa die Formulierung „beteiligter Gesellschaft“. Möglicherweise hat man sich zu stark an die deutsche Parallelbestimmung

³²¹ Vgl dazu Hügél in Kals/Hügél, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 29, der eine weite Auslegung des § 22 Abs 2 SEG befürwortet.

angelehnt, die ja das Überprüfungsverfahren tatsächlich nur für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft vorsieht.³²² ME besteht aber kein Zweifel daran, dass auch die Aktionäre der übernehmenden ausländischen Gesellschaft, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, ein Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses einleiten können. Im Übrigen würde die wörtliche Auslegung der Bestimmung ebenfalls zu einer Diskriminierung der Aktionäre der ausländischen Gesellschaft führen, die mangels Rechtfertigung jedenfalls gegen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot verstoßen würde.

3. Die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gesellschaft kennt ebenfalls ein spezielles Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses

3.1. Reichweite des Art 25 Abs 3

Explizit geregelt wird in Art 25 Abs 3 nur jener Fall, in dem die Rechtsordnung einer der beteiligten Gesellschaften kein Überprüfungsverfahren kennt. Wie vorzugehen ist, wenn alle involvierten Rechtsordnungen ein spezielles Verfahren kennen, wird hingegen nur teilweise beantwortet. Zunächst legt Art 25 Abs 3 explizit fest, dass die Rechtsbehelfe gegen ein unangemessenes Umtauschverhältnis der Eintragung der Verschmelzung nicht entgegenstehen dürfen. Aus der Formulierung „*derartiges Verfahren*“ lässt sich weiters ableiten, dass die in den nationalen Rechtsordnungen normierten Überprüfungsverfahren zwar nicht identisch, aber zumindest ähnlich ausgestaltet sein müssen. Im Umkehrschluss kann also gefolgert werden, dass die Zustimmung der beteiligten ausländischen Gesellschaften nicht nur bei gänzlichem Fehlen eines Überprüfungsverfahrens erforderlich ist, sondern auch dann, wenn das nach dem Recht einer der beteiligten ausländischen Gründungsgesellschaften vorgesehene Überprüfungsverfahren entweder der Eintragung entgegensteht und/oder mit dem österreichischen Verfahren nicht vergleichbar ist.

Die Konstellation, dass die vorgesehenen Überprüfungsverfahren der Eintragung nicht entgegenstehen und einander vergleichbar ausgestaltet sind, regelt Art 25 Abs 3 hingegen nicht. Die hM geht davon aus, dass in diesem Fall Art 25 Abs 3 nicht anwendbar ist und in der Folge eine Zustimmung zur Durchführung des Verfahrens nicht erteilt werden muss.³²³ Diese Auslegung stützt sich vor allem auf die wörtliche Interpretation der Norm, aber auch mittels Umkehrschluss gelangt man zu demselben Ergebnis. § 22 SEG regelt ebenso nur den Fall, dass

³²² Vgl § 6 Abs 4 dSEAG; zum deutschen Verfahren vgl Kapitel X.

eine der involvierten Rechtsordnungen kein Überprüfungsverfahren vorsieht, sodass auch diese Norm in der gegenständlichen Fallkonstellation nicht anwendbar ist.

Somit existiert, der Normenhierarchie der SE-VO³²⁴ entsprechend, weder eine Regelung in der SE-VO selbst, noch im dazu in Frage kommenden nationalen Ausführungsgesetz. Als Grundlage zur Durchführung eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens kann daher nur auf die partielle Generalverweisung in Art 18 zurückgegriffen werden, während die Anwendungsmodalitäten des Art 25 Abs 3 nicht einschlägig sind. Demnach kommt es zur distributiven Rechtsanwendung, sodass auf Seiten der österreichischen Gesellschaft das in den §§ 225c ff AktG vorgesehene Verfahren und auf Seiten der ausländischen Gesellschaft das ihrem Gesellschaftsstatut zu entnehmende Verfahren eingeleitet werden kann. Es kommen also die Normen der jeweiligen nationalen Rechtsordnung ohne Einschränkungen der SE-VO zur Anwendung.

Andererseits bietet die SE-VO, aus Sicht der beteiligten Gesellschaften, aber auch keine Möglichkeit, der Anwendung eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens zu entgehen.³²⁵ Eine derartige Option könnte sich nur aus den einschlägigen nationalen Rechtsnormen ergeben beziehungsweise kann es faktisch dazu kommen, wenn alle Aktionäre zu einem Verzicht bewegt werden.

3.2. Prüfung der Anwendbarkeit des Art 25 Abs 3

In dem Fall, dass auch die Rechtsordnung einer der beteiligten ausländischen Gesellschaften ein Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses kennt, empfiehlt sich zunächst eine Prüfung, ob Art 25 Abs 3 anwendbar und damit die Zustimmung zum österreichischen Verfahren erforderlich ist. Diese Prüfung sollte mE in drei Schritten erfolgen: Es muss zunächst geklärt werden, ob das in der Rechtsordnung der beteiligten Gründungsgesellschaft normierte Überprüfungsverfahren so ausgestaltet ist, dass es der Eintragung der Verschmelzung nicht entgegensteht. Bejahendenfalls muss in einem zweiten Schritt beurteilt werden, ob es mit dem österreichischen Verfahren vergleichbar ist. Schließlich muss das Verfahren nicht nur abstrakt

³²³ *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (623); *Hügel* in *Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 26; *Ratka/Rauter*, Verschmelzungsgründung und Folgeverschmelzungen einer Europäischen Aktiengesellschaft, GesRZ 2006, 55 (60); *Kaufmann* in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, § 12 EU-VerschG Rz 6; *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 20 SE-VO Rz 33 f; *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 26; *Eckert* in *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 12 EU-VerschG Rz 20.

³²⁴ Vgl dazu Kapitel II.4.

³²⁵ Vgl dazu Kapitel VIII.1.4.3.1.

normiert, sondern auch konkret im zu beurteilenden Sachverhalt anwendbar sein.³²⁶ Werden diese drei Kriterien erfüllt, ist Art 25 Abs 3 nicht anwendbar mit der Folge, dass die Einleitung sowohl des österreichischen als auch des nach der ausländischen Rechtsordnung vorgesehenen Verfahrens ohne Zustimmung der jeweils anderen Gesellschaft möglich ist. Dies gilt selbstverständlich nur im Verhältnis jener Gesellschaften zueinander, deren Gesellschaftsstatut ein nachträgliches vergleichbares Verfahren kennt und dieses im konkreten Fall auch anwendbar ist. Sind an der Verschmelzung auch Gesellschaften beteiligt, die kein derartiges Verfahren kennen, muss die Zustimmung nach Art 25 Abs 3 von diesen Gesellschaften erteilt werden.

3.3. Kriterien zur Bestimmung der Vergleichbarkeit der Verfahren

Als Grundvoraussetzung dafür, dass Art 25 Abs 3 nicht anwendbar ist, müssen sich die anderen an der SE-Verschmelzungsgründung beteiligten Gesellschaften in Mitgliedstaaten befinden, in denen ein derartiges (dem österreichischen vergleichbares) Verfahren besteht. Sind die vorgesehenen Verfahren zu unterschiedlich ausgestattet, bleibt es bei der Regelung des Art 25 Abs 3, sodass grundsätzlich keines der Verfahren zur Anwendung kommt, sofern keine Zustimmung erteilt wird. Damit stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit man von vergleichbaren Verfahren sprechen kann. Anders ausgedrückt müssen alle Elemente des österreichischen Verfahrens gemäß den §§ 225 b ff AktG dahingehend untersucht werden, ob ihr Vorhandensein unabdingbar ist und daher deren Fehlen oder deren Modifikation in der Ausgestaltung der ausländischen Rechtsordnung einer Vergleichbarkeit entgegensteht oder ob es sich um Vorschriften handelt, die sich nicht so stark auf die Charakteristik des Verfahrens auswirken. Eine derartige Typisierung der einzelnen materiellen wie auch formellen Normen, die sowohl aus den §§ 225b ff AktG als auch aus den Bestimmungen des AußStrG zu entnehmen sind³²⁷, stellt sich als überaus schwierig dar, soll aber im Folgenden versucht werden.

3.3.1. Unabdingbare Voraussetzungen

Zwei Voraussetzungen, die unabdingbar vorliegen müssen, werden bereits durch Art 25 Abs 3 vorgezeichnet. Es muss sich demnach um ein nachträgliches Verfahren handeln, das der

³²⁶ *Simon/Rubner*, Die Umsetzung der Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung ins deutsche Recht, *Der Konzern* 2006, 835 (840); *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 265; *Kaufmann* in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, § 12 EU-VerschG Rz 6 FN 6.

³²⁷ Vgl dazu Kapitel IV.3.3.

Eintragung nicht entgegensteht und die Rechtskraft der Entscheidung muss sich auf die SE und alle ihre Gesellschafter erstrecken.

Darüber hinaus dürften folgende Elemente des österreichischen Überprüfungsverfahrens so stark sein, dass das Fehlen eines von ihnen in der Ausgestaltung des ausländischen Verfahrens der Vergleichbarkeit entgegensteht:

- Ausschluss der Anfechtungsmöglichkeit aufgrund der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses oder der baren Zuzahlungen gemäß § 225b AktG
- Anspruch gerichtet auf bare Ausgleichsleistung

Zumindest dem Wesen nach, wenn auch nicht in allen Details, scheinen zur Erhaltung der Charakteristik des österreichischen Verfahrens folgende Elemente unabdingbar:

- Beweiserleichterung für die antragstellenden Aktionäre
- Regelung betreffend das Kostenrisiko
- Vertretung der nicht antragstellenden Aktionäre

3.3.2. Abdingbare Voraussetzungen

Folgende Verfahrenselemente werden vom Autor als das österreichische Verfahren weniger prägend erachtet, sodass ihr Fehlen oder eine andere Ausgestaltung nach ausländischem Recht der Vergleichbarkeit nicht schaden dürfte:

- materielle und formelle Antragsvoraussetzungen
- Ausschluss der Anfechtungsmöglichkeit in Bezug auf die nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Erläuterungen zum Umtauschverhältnis
- Alternative zu baren Zuzahlungen, wie etwa die Ausgabe zusätzlicher Aktien
- Ausnahmeregelung betreffend die Überschreitung der 10% - Grenze für bare Zuzahlungen
- Gremialverfahren nach § 225g AktG

3.4. Überblick über jene Mitgliedstaaten, deren Rechtsordnung ein Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses kennt

Soweit ersichtlich, kennen die Rechtsordnungen folgender Mitgliedstaaten ein nachträgliches Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses:

- Deutschland gemäß § 6 dSEAG³²⁸
- Slowenien gemäß Art 450 siGWG-1³²⁹
- Tschechien gemäß §§ 220k ff HGB³³⁰
- Slowakei gemäß § 218i skHGB³³¹
- Bulgarien gemäß Art 263 bgHG³³²
- Estland gemäß § 398 HGB³³³
- Portugal gemäß Art 107 ff CSC³³⁴
- Lettland gemäß Art 346 HGB³³⁵

Auch Kroatien, künftiges Mitglied der Europäischen Union, sieht in Art 547 ZTD³³⁶ eine entsprechende Möglichkeit vor.

³²⁸ Vgl dazu die Ausführungen in Kapitel X.

³²⁹ *Paintner*, Slowenien: Gesetz vom 4.4.2006 über die Wirtschaftsgesellschaften – Teil 3: Societas Europaea (SE), WiRO 2007, 305 (308); zur Überprüfbarkeit bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung vgl *Wahl/Jeraj/Knaus*, Slowenien: Verschmelzung aus gesellschafts- und steuerrechtlicher Sicht, eastlex 2007, 113 (116); *Bruckmüller*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, eastlex 2008, 13 (16); *Radosanljevič/Novak* in *Schindler/Stingl*, Cross-Border Mergers in CEE/SEE, 99 f; *Kocbek/Prelič* in *Jannott/Frodermann*, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, Rz 3806 ff.

³³⁰ *Dvorák/Bohata*, Die Verschmelzungsrichtlinie für Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten und ihre Umsetzung in Tschechien, WiRO 2008, 107 (110); *Pelikánová/Čech* in *Oplustil/Teichmann*, The European Company – all over Europe, 51 ff; *Marč/Čisar* in *Schindler/Stingl*, Cross-Border Mergers in CEE/SEE, 38.

³³¹ *Doralt/Mašurová*, Verschmelzungsvertrag und Verschmelzungsbeschluss im slowakischen Aktienrecht, eastlex 2007, 173 (175); *Frolkovič/Balášková* in *Schindler/Stingl*, Cross-Border Mergers in CEE/SEE, 84 f; *Huber/Majtášová* in *Jannott/Frodermann*, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, Rz 3612 ff.

³³² *Kaufmann/Patscheva*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen in Bulgarien, eastlex 2008, 8 (11); *Todorov/Koycheva* in *Schindler/Stingl*, Cross-Border Mergers in CEE/SEE, 25.

³³³ *Pärn-Lee/Kotivnenko* in *Jannott/Frodermann*, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, Rz 416 ff.

³³⁴ *Simon/Rubner*, Die Umsetzung der Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung ins deutsche Recht, Der Konzern 2006, 835 (842); *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 318 FN 964; *Pinto Duarte* in *Oplustil/Teichmann*, The European Company – all over Europe, 277; gegen die Anwendbarkeit bei der SE-Verschmelzungsgründung offenbar *Pessanha/Castro Marques* in *Jannott/Frodermann*, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, Rz 3217.

³³⁵ *Čakste-Razņa* in *Jannott/Frodermann*, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, Rz 1815 ff.

³³⁶ *Obradović*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen in Kroatien, GeS 2009, 368 (376).

Eine detaillierte Behandlung jeder einzelnen dieser nationalen Rechtsordnungen würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen. Insbesondere auch aufgrund von sprachlichen Barrieren muss der Autor auf eine wissenschaftliche Abhandlung verzichten. Daher beschränkt sich die Arbeit auf eine detaillierte Darstellung des nachträglichen Überprüfungsverfahrens nach deutschem Recht und dessen Anwendbarkeit bei der SE-Verschmelzungsgründung unter Beteiligung einer österreichischen Gründungsgesellschaft.³³⁷ Das dort verwendete Schema zur Prüfung, ob es sich um ein dem österreichischen Verfahren vergleichbares handelt und ob die jeweils einschlägigen Normen auch im konkreten Sachverhalt zur Anwendung kommen, kann auch bei SE-Verschmelzungsgründungen mit in den genannten Mitgliedstaaten ansässigen Gesellschaften entsprechend angewendet werden. Zum Studium der genauen Ausgestaltung dieser Verfahren und deren Anwendbarkeit bei der SE-Verschmelzungsgründung wird auf die angegebenen Rechtsgrundlagen sowie die zitierte Literatur verwiesen.

³³⁷ Vgl dazu Kapitel X.

VI. Internationale Zuständigkeit

Nach ganz herrschender Ansicht ist die internationale Zuständigkeit strikt vom anzuwendenden Sachrecht zu trennen.³³⁸ Kommt also das österreichische materielle Recht zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses zur Anwendung - sei es durch Zustimmung der an der Verschmelzung beteiligten ausländischen Gesellschaft oder deshalb, weil deren Rechtsordnung ein vergleichbares Verfahren kennt - ist damit die Frage, welches Gericht zur Durchführung des Verfahrens berufen ist, noch nicht beantwortet. Auch bei Qualifikation der Zustimmung in der erstgenannten Variante als partielle Rechtswahl zugunsten des österreichischen materiellen Rechts im Verschmelzungsplan ist grundsätzlich keine Auswirkung auf die internationale Zuständigkeit gegeben.³³⁹ Daher muss eine vom anzuwendenden Sachrecht losgelöste, gesonderte Ermittlung der internationalen Zuständigkeit erfolgen. Aufgrund der bei grenzüberschreitenden Sachverhalten geltenden Vorrangwirkung des Gemeinschaftsrechtes gegenüber dem nationalen Recht sind zunächst die in den einschlägigen Gemeinschaftsrechtsakten normierten Zuständigkeitsregelungen heranzuziehen. Soweit diese einzelne Bereiche nicht regeln, oder explizit auf nationales Recht verweisen, ist dieses einschlägig.

1. Zuständigkeit nach der EuGVVO

1.1. Anwendungsbereich der EuGVVO

Der Anwendungsbereich der EuGVVO wird in Art 1 Abs 1 EuGVVO umschrieben. Dieser legt fest, dass die Verordnung auf alle Zivil- und Handelssachen anwendbar ist, wobei es auf die Art der Gerichtsbarkeit nicht ankommen soll.³⁴⁰ Erfasst werden also auch jene Materien, die dem AußStrG zugeordnet werden. Es handelt sich um eine weitreichende Definition des Anwendungsbereiches, der durch taxativ aufgezählte Ausnahmen in Art 1 Abs 2 EuGVVO eingeschränkt wird. Sowohl die Begriffe Zivil- und Handelssachen als auch die Ausnahmetatbestände sind autonom auszulegen.³⁴¹

³³⁸ Vgl dazu Kapitel VIII.1.1.

³³⁹ Vgl dazu Kapitel VIII.1.1.

³⁴⁰ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 1 EuGVVO Rz 38; *Burgstaller/Neumayr* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (März 2010), Art 1 EuGVO Rz 5; *Eckert*, Internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO bei Kapitalgesellschaften, *ecolex* 2003, 76 (77).

³⁴¹ *Czernich/Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Einleitung Rz 8; 13; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Vor Art 2 EuGVVO Rz 29; 91; *Burgstaller/Neumayr* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (März 2010), Art 1 EuGVO Rz 3; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 78.

Bei der Überprüfung des Umtauschverhältnisses handelt es sich zweifellos um eine Zivil- oder Handelssache im Sinne des Art 1 EuGVVO, ein Ausnahmetatbestand gemäß Art 1 Abs 2 EuGVVO ist nicht einschlägig.³⁴² Nicht restlos geklärt ist die Frage, ob, und gegebenenfalls inwieweit zur Erfüllung des Anwendungsbereiches ein grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben sein muss.³⁴³ Bei der Konzeption des österreichischen Überprüfungsverfahrens handelt es sich um ein nachgelagertes Verfahren, das erst nach Eintritt der Verschmelzungswirkungen eingeleitet werden kann. Dennoch ist mE ein ausreichender grenzüberschreitender Kontext – falls dieser überhaupt für erforderlich erachtet wird – gegeben, sodass dieser Bereich keiner näheren Thematisierung bedarf.³⁴⁴ Der Anwendungsbereich der EuGVVO ist somit für das nachträgliche Überprüfungsverfahren gemäß den §§ 22 SEG iVm 225c ff AktG im Falle der SE-Verschmelzungsgründung gegeben.

Der EuGVVO kommt gemäß Art 288 AEUV Vorrangwirkung zu. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar, weswegen die einschlägigen nationalen Normen in ihrer Anwendbarkeit verdrängt werden. Davon betroffen sind in erster Linie die Bestimmungen der JN, wobei für gesellschaftsrechtliche Belange insbesondere die §§ 83b, 92b und 120 JN einschlägig sind. Die Verordnung regelt jedoch zum überwiegenden Teil nur die internationale Zuständigkeit. Nur in wenigen Bestimmungen wird die örtliche und in Ausnahmefällen auch die sachliche Zuständigkeit mitumfasst, sodass in diesen Bereichen ergänzend auf nationales Recht zurückzugreifen ist.³⁴⁵

1.2. Überblick über das System der Gerichtsstände und Prüfung der Zuständigkeit nach der EuGVVO

Die einzelnen Gerichtsstandstypen, welche die EuGVVO zur Verfügung stellt, sollen anhand des folgenden Prüfungsschemas kurz charakterisiert werden. Zu beachten ist dabei, dass die in den einzelnen Zuständigkeitsnormen der EuGVVO verwendeten Begriffe teilweise autonom,

³⁴² OGH 18.02.2010, 6 Ob 221/09g; *Eckert*, Internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO bei Kapitalgesellschaften, *ecolex* 2003, 76 (77); *Nießen*, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, *NZG* 2006, 441 (442); *Mock*, Spruchverfahren im europäischen Zivilverfahrensrecht, *IPRax* 2009, 271 (273); *Kals* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, *ÖGesAusG* § 6 Rz 27.

³⁴³ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 1 EuGVVO Rz 17 ff; *Burgstaller/Neumayr* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (März 2010), Art 1 EuGVO Rz 25 ff; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 450 mwN.

³⁴⁴ Vgl dazu ausführlich die Untersuchung von *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 100 ff.

³⁴⁵ *Czernich/Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Einleitung Rz 44; *Burgstaller/Neumayr* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (März 2010), Vor Art 1 EuGVO Rz 46; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 481; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Vor Art 2 EuGVVO Rz 15.

teilweise aber auch nach dem maßgeblichen Personalstatut auszulegen sind. Eine nähere Konkretisierung erfolgt, soweit im Rahmen dieser Arbeit erforderlich, bei der Behandlung der für das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses in Frage kommenden Bestimmungen.

Sind die Anwendungsvoraussetzungen der EuGVVO gegeben, ist in einem ersten Schritt zu klären, ob ein Zwangsgerichtsstand gemäß Art 22 EuGVVO vorliegt. Dies ist deshalb geboten, weil die unter Art 22 EuGVVO zu subsumierenden Materien einer ausschließlichen Zuständigkeit unterliegen, die sämtliche andere Gerichtsstände verdrängt. Anders als nach der Konzeption der österreichischen JN³⁴⁶ sind die Zwangsgerichtsstände der EuGVVO tatsächlich ausschließliche Zuständigkeiten, die jedes angerufene Gericht a limine zu prüfen hat.³⁴⁷ Im Unterschied zur österreichischen Rechtslage³⁴⁸ sind die ausschließlichen Gerichtsstände der EuGVVO keiner davon abweichenden Gerichtsstandsvereinbarung zugänglich. Auch eine rügelose Einlassung bei einem an sich nicht zuständigen Gericht gemäß Art 24 EuGVVO ist in diesen Fällen nicht möglich. Das Vorliegen einer Zwangszuständigkeit hat das angerufene Gericht von Amts wegen zu prüfen und ist in jedem Verfahrensstadium aufzugreifen, eine Heilung der Unzuständigkeit ist nicht möglich.

Erst wenn das Vorliegen einer Zwangszuständigkeit verneint wird, kann die Zuständigkeitsprüfung mit dem allgemeinen Gerichtsstand gemäß Art 2 EuGVVO fortgesetzt werden.³⁴⁹ Dieser befindet sich unabhängig von der Staatsbürgerschaft am Wohnsitz der betroffenen Person. Art 60 EuGVVO ergänzt dieses Erfordernis für Gesellschaften und juristische Personen und legt fest, dass sich deren Wohnsitz an ihrem satzungsmäßigen Sitz, dem Sitz der Hauptverwaltung oder am Sitz der Hauptniederlassung befindet. Wird sowohl das Vorliegen einer Zwangszuständigkeit als auch des allgemeinen Gerichtsstandes verneint, kommt die EuGVVO nicht zur Anwendung.

Ist ein allgemeiner Gerichtsstand gegeben, ist die Zuständigkeitsprüfung dahingehend fortzusetzen, ob die EuGVVO für die konkrete Rechtssache noch weitere Gerichtsstände

³⁴⁶ Vgl zur Einteilung im österreichischen Recht in ausschließliche Gerichtsstände und Zwangsgerichtsstände *Mayr* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO², Vor § 65 JN Rz 1.

³⁴⁷ *Simotta* in *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁷, Rz 108; *Eckert*, Internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO bei Kapitalgesellschaften, *ecolex* 2003, 76 (77); *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Vor Art 2 EuGVVO Rz 48; *Geroldinger* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Vor Art 2 EuGVO Rz 34.

³⁴⁸ Gerichtsstandsvereinbarungen sind nach österreichischem Recht nur in einem sehr engen Kreis untersagt, vgl dazu *Simotta* in *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁷, Rz 231.

³⁴⁹ Wird das Vorliegen einer Zwangszuständigkeit verneint, hat das angerufene Gericht nach dem Prüfungsschema an sich zunächst zu prüfen, ob eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung gemäß Art 23 EuGVVO abgeschlossen wurde. Die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung und deren Abschluss wird in Kapitel IX. ausführlich behandelt.

eröffnet. Diese weiteren Gerichtsstände sind dadurch gekennzeichnet, dass sie zum allgemeinen Gerichtsstand hinzutreten, womit zwei oder mehrere Gerichte zur Verfahrensführung alternativ zur Verfügung stehen. Innerhalb dieser hinzutretenden Gerichtsstände sind wiederum zwei Kategorien zu unterscheiden, nämlich die Zuständigkeiten für Versicherungssachen, Verbrauchersachen und individuelle Arbeitsverträge gemäß den Artt 8 ff EuGVVO sowie die besonderen Zuständigkeiten gemäß den Artt 5 bis 7 EuGVVO. Im Zusammenhang mit dieser Arbeit interessiert vor allem die Zuständigkeit für Verbrauchersachen nach den Artt 15 bis 17 EuGVVO, weswegen die Versicherungssachen und individuellen Arbeitsverträge aus der erstgenannten Kategorie nicht näher behandelt werden.

Der Gerichtsstand für Verbraucher kommt einer besonders schutzwürdigen Personengruppe zugute und tritt anstelle der besonderen Zuständigkeiten gemäß den Artt 5 bis 7 EuGVVO. Daher ist zunächst zu prüfen, ob es sich um eine Verbrauchersache handelt. Um den Verbraucherschutz zu stärken, enthält Art 15 Abs 1c EuGVVO einen Auffangtatbestand, der jegliche Art von Verträgen im Sinne des Art 15 Abs 1 EuGVVO erfasst.

Ist das Vorliegen eines Verbrauchergerichtsstandes zu verneinen, muss noch geprüft werden, ob die Voraussetzungen für einen besonderen Gerichtsstand gemäß den Artt 5 bis 7 EuGVVO erfüllt sind. Wie auch der Verbrauchergerichtsstand eröffnet ein derartiger besonderer Gerichtsstand dem Kläger die internationale Zuständigkeit eines weiteren Gerichtes, das er wahlweise neben dem Gericht des allgemeinen Gerichtsstandes anrufen kann.

Schließlich kann die Zuständigkeit eines an sich nicht zuständigen Gerichtes durch rügelose Einlassung gemäß Art 24 EuGVVO begründet werden. Diese Möglichkeit besteht - mit Ausnahme für die ausschließlichen Zuständigkeiten in Art 22 EuGVVO - uneingeschränkt.

2. Ermittlung der Zuständigkeit für das nachträgliche Überprüfungsverfahren nach der EuGVVO

2.1. Zwangsgerichtsstand gemäß Art 22 Z 2 EuGVVO

Nachdem die Anwendbarkeit der EuGVVO festgestellt ist, muss zuerst geklärt werden, ob für das Verfahren der Zwangsgerichtsstand des Art 22 Z 2 EuGVVO einschlägig ist. Die Norm regelt die Zuständigkeit „für Klagen, welche die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft [...] oder die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe [...]“ betreffen zugunsten des Sitzstaates der betroffenen Gesellschaft. Da die beschlussfassenden Gesellschaften jedoch zum Zeitpunkt

der Antragseinbringung nicht mehr existieren und das Verfahren gegen die aus der Verschmelzung hervorgehende SE zu führen ist, kommt eine Konzentration der Zuständigkeit nur zugunsten der Gerichte des Sitzstaates der SE in Betracht. Geregelt wird jedoch nur die internationale Zuständigkeit; die örtliche Zuständigkeit ist dem nationalen Recht des für zuständig erklärten Gerichtsstaats zu entnehmen.³⁵⁰ Ist somit die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte aufgrund von Art 22 Z 2 EuGVVO gegeben, richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach den Bestimmungen der JN, wobei für das Überprüfungsverfahren § 120 Abs 5a Z 1 JN einschlägig ist.³⁵¹ Im Gegensatz zum Sitzbegriff des Art 60 EuGVVO³⁵² ist jener des Art 22 Z 2 EuGVVO nicht autonom, sondern nach dem internationalen Privatrecht des international zuständigen Gerichtsstaats zu ermitteln³⁵³, wobei im Falle der SE die Bestimmung des Sitzes in Art 7 den nationalen Normen, in Österreich § 10 IPRG, vorgeht.³⁵⁴

Durch die Schaffung dieses Zwangsgerichtsstandes ist zum einen die Zuständigkeit im höchst möglichen Maß vorhersehbar und zum anderen sollen einander widersprechende Entscheidungen über die Gültigkeit von Gesellschafterbeschlüssen vermieden werden.³⁵⁵ Als weiterer Zweck soll das Auseinanderfallen vom Verfahrensrecht und dem in der Sache anzuwendenden materiellen Recht vermieden werden.³⁵⁶ Dieses letztgenannte Ziel kann jedoch bei der Einordnung des nachträglichen Überprüfungsverfahrens unter den Zwangsgerichtsstand des Art 22 Z 2 EuGVVO nur selten verwirklicht werden.³⁵⁷ Zur Geltendmachung von Zuzahlungsansprüchen aufgrund eines nicht angemessenen Umtauschverhältnisses ist das

³⁵⁰ *Eckert*, Internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO bei Kapitalgesellschaften, *ecolx* 2003, 76 (80); *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 22 EuGVO Rz 1; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 2 Rz 20; *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 22 Rz 41; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 22 EuGVVO Rz 3; *Geroldinger* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 22 EuGVO Rz 75; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 467; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 113.

³⁵¹ *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 24.

³⁵² Vgl dazu Kapitel VI.2.2.

³⁵³ *Eckert*, Internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO bei Kapitalgesellschaften, *ecolx* 2003, 76 (80); *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 22 Rz 36; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 22 EuGVVO Rz 114 f; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 22 EuGVO Rz 41; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 22 Rz 197; *Geroldinger* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 22 EuGVO Rz 77; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 464 ff; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 115. Zu den unterschiedlichen Anknüpfungspunkten nach der Sitzbeziehungsweise Gründungstheorie vgl Kapitel II.3.

³⁵⁴ *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 22 EuGVO Rz 41.

³⁵⁵ EuGH 02.10.2008, C-372/07 – *Hassett und Doherty* Rz 20.

³⁵⁶ *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 22 EuGVO Rz 33; *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 22 Rz 34; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 22 EuGVVO Rz 101; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 22 Rz 139; *Geroldinger* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 22 EuGVO Rz 74; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 472 ff.

³⁵⁷ *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 110.

materielle Recht jener Gründungsgesellschaft maßgeblich, das den Aktionären ein derartiges Verfahren einräumt. Bejaht man nun das Vorliegen des ausschließlichen Gerichtsstandes gemäß Art 22 Z 2 EuGVVO, so ist das Verfahren zwingend von den Gerichten des Sitzstaates der SE zu führen. Zu dem gewünschten Gleichlauf von Verfahrensrecht und materiellem Recht kommt es also nur dann, wenn die SE ihren Sitz in dem Mitgliedstaat hat, dessen Rechtsordnung ein nachträgliches Überprüfungsverfahren kennt, also bei der Hereinverschmelzung. Bei der Hinausverschmelzung kann der angestrebte Gleichlauf jedoch nicht erreicht werden.³⁵⁸

2.1.1. Klage, „welche [...] die Auflösung einer Gesellschaft oder juristischen Person [...] zum Gegenstand“ hat

Zu einer Auflösung der beteiligten Gründungsgesellschaften im Rahmen der SE-Verschmelzungsgründung kommt es nur auf Seiten der übertragenden Gesellschaften.³⁵⁹ Bei der übernehmenden Gesellschaft findet hingegen zeitgleich mit der Verschmelzung eine Formumwandlung statt. Schon aus diesem Grund liegt jedenfalls dann keine Auflösung im Sinne des Art 22 Z 2 EuGVVO vor, wenn die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft einen Überprüfungsantrag einbringen. Eine Differenzierung bei der Zuständigkeit danach, ob die Gesellschaft, deren Aktionäre ein Überprüfungsverfahren einleiten können, als übertragende oder übernehmende involviert ist, scheint wenig zweckmäßig.³⁶⁰

Ferner wäre die Auflösung mE auch nicht Gegenstand der Klage.³⁶¹ Der Begriff ist zwar grundsätzlich weit auszulegen³⁶², die Erfassung des Antrages auf bare Zuzahlung aufgrund der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses scheint aber doch außerhalb des Anwendungsbereiches zu liegen.

³⁵⁸ Vgl dazu ausführlich Kapitel VIII.1.

³⁵⁹ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 477.

³⁶⁰ *Meilike* vertritt die Ansicht, dass „die Verschmelzung unproblematisch als Auflösung der übertragenden Gesellschaft angesehen werden“ kann und befürwortet darauf gestützt die Anwendung des Art 22 Z 2 EuGVVO. Die Möglichkeit, dass das Recht eines Mitgliedstaates das Überprüfungsverfahren auch den Aktionären der übernehmenden Gesellschaft ermöglichen könnte, hat er offenbar nicht bedacht. Vgl dazu *Meilike*, Erste Probleme mit § 16 SpruchG, NZG 2004, 547 (551).

³⁶¹ Vgl dazu auch *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 477.

³⁶² *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 22 Rz 39; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 22 EuGVVO Rz 110; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 22 Rz 166 ff; für eine noch weitere Auslegung *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 22 EuGVO Rz 37.

2.1.2. Klage, „[...] welche die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand“ hat

Der OGH hatte die internationale Zuständigkeit in einem Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der angebotenen Barabfindung nach § 6 Abs 2 GesAusG zu bestimmen.³⁶³ Aufgrund des Verweises in § 6 Abs 2 GesAusG auf die §§ 225c ff AktG ist das Verfahren nach den für die Überprüfung des Umtauschverhältnisses normierten Bestimmungen zu führen. Daher sind die dabei entwickelten Grundsätze zur Zuständigkeitsbestimmung zum Teil auch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung maßgeblich. Der OGH kam dabei zum Schluss, dass die Zuständigkeit aufgrund des Beschlusses zum Gesellschafterausschluss nach Art 22 Z 2 EuGVVO ausschließlich in dem Staat gegeben ist, in dem sich der Sitz der beklagten Gesellschaft befindet.³⁶⁴

Es lässt sich zwar argumentieren, dass das nachträgliche Überprüfungsverfahren unter Ausschluss der Anfechtungsmöglichkeit funktionell an die Stelle des Anfechtungsrechts gegen den (Verschmelzungs)beschluss der Gesellschafterversammlung tritt.³⁶⁵ Insofern wäre wohl die Anknüpfung an die Gültigkeit eines Beschlusses eines Organs der Gesellschaft gegeben. Allerdings darf dabei nicht übersehen werden, dass die Zielsetzung beim Überprüfungsverfahren eine andere ist als bei der Anfechtungsklage. Beabsichtigt ist nicht die Beseitigung des Beschlusses wie bei der Anfechtung, sondern dessen Abänderung, die die Gültigkeit des Beschlusses voraussetzt.³⁶⁶ Auf diese im Verfahren vorgebrachte Argumentation ist der OGH jedoch nicht näher eingegangen. Die angeregte Einholung einer Vorabentscheidung durch den EuGH zur Klärung der internationalen Zuständigkeit wurde bedauerlicherweise unterlassen.³⁶⁷

Weiters ändert sich die Person des Beklagten: während bei der Anfechtung die beschlussfassende Gesellschaft als beklagte Partei fungiert, ist beim nachträglichen Überprüfungsverfahren die neu

³⁶³ OGH 18.02.2010, 6 Ob 221/09g, GeS 2010, 21.

³⁶⁴ Zustimmend bereits zur Zuständigkeitsentscheidung der ersten Instanz, abgedruckt in HG Wien, 14.10.2008, 75 Fr 6292/08x, IPRax 2009, 265 *Knüfel*, Kurzkomentar Handelsgericht Wien, Beschluss vom 14.10.2008 – 75 Fr 6292/08x, EWiR 2009, 51 (52); aA *Mock*, Spruchverfahren im europäischen Zivilverfahrensrecht, IPRax 2009, 271 (277); *Eckert in Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 11 EU-VerschG Rz 11 f.

³⁶⁵ OGH 18.02.2010, 6 Ob 221/09g; aA *Nießen*, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441 (442); *Mock*, Spruchverfahren im europäischen Zivilverfahrensrecht, IPRax 2009, 271 (273 f); offen lassend *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 2 Rz 212b; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 323.

³⁶⁶ *Meilike*, Erste Probleme mit § 16 SpruchG, NZG 2004, 547 (551); *Nießen*, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441 (442); *Kals* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, ÖGesAusG § 6 Rz 27; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 109; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 477.

³⁶⁷ Ebenfalls kritisch *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 469 FN 2022; *Eckert in Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 11 EU-VerschG Rz 12; an der Richtigkeit der Zuständigkeitsentscheidung zweifelnd *Geroldinger in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 22 EuGVO Rz 100.

gegründete SE Antragsgegnerin.³⁶⁸ In diesem Bereich kann aufgrund des abweichenden Sachverhaltes nicht auf die Rechtsprechung des OGH zurückgegriffen werden. Dort wurde das Vorliegen des Zwangsgerichtsstandes gemäß Art 22 Z 2 EuGVVO für Streitigkeiten zwischen dem Hauptgesellschafter und den Minderheitsgesellschaftern derselben Gesellschaft bejaht. Die Gesellschaft muss somit nicht selbst beklagt im Sinne des Art 22 Z 2 EuGVVO sein.³⁶⁹

Bei der Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist zwar ohnehin die unstrittig von Art 22 Z 2 EuGVVO erfasste Gesellschaft Antragsgegnerin. Allerdings richtet sich der Überprüfungsantrag nicht gegen die beschlussfassende Gesellschaft, sondern gegen die aufgrund des Beschlusses entstandene SE. Ob auch Anträge gegen eine andere als die beschlussfassende Gesellschaft, wie dies bei der SE-Verschmelzungsgründung der Fall ist, die Anwendung des Zwangsgerichtsstandes verlangen, wurde bisher in der Rechtsprechung nicht thematisiert. Eine derartige Ausweitung der Zwangsgerichtsstände auf vom Wortlaut der Regelung nicht erfasste Dritte scheint mE jedoch nicht möglich³⁷⁰, zumal Art 22 EuGVVO nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eng auszulegen ist und Analogien grundsätzlich nicht angebracht sind.³⁷¹

2.2. Allgemeiner Gerichtsstand gemäß Artt 2 iVm 60 EuGVVO

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person befindet sich nach Art 2 EuGVVO am Wohnsitz, sofern dieser im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates gelegen ist. Art 60 Abs 1 EuGVVO legt fest, dass juristische Personen und Gesellschaften ihren Wohnsitz alternativ³⁷² entweder am Ort ihres Satzungssitzes, ihrer Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung haben. Daher können Gesellschaften bis zu drei konkurrierende allgemeine Gerichtsstände haben, was zu einer

³⁶⁸ Nießen, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441 (442 f).

³⁶⁹ OGH 18.02.2010, 6 Ob 221/09g; Kropholler/Hein, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 22 EuGVO Rz 34; aA Nießen, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441 (442 f).

³⁷⁰ Nießen, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441 (443).

³⁷¹ EuGH 02.10.2008, C-372/07 – *Hassett und Doherty* Rz 18 ff; jüngst EuGH 12.05.2011, C-144/10 – *Berliner Verkehrsbetriebe* Rz 30 ff; Eckert, Internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO bei Kapitalgesellschaften, *ecolex* 2003, 76 (80); Simotta in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 22 EuGVVO Rz 8; Geroldinger in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 22 EuGVO Rz 3; Kropholler/Hein, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 22 EuGVO Rz 34; Frenzel, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 323; Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht, 471; Eckert in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 11 EU-VerschG Rz 12.

³⁷² Eckert, Internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO bei Kapitalgesellschaften, *ecolex* 2003, 76 (77); Czernich in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 60 Rz 3; Simotta in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 60 EuGVVO Rz 9; Burgstaller/Neumayr in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Oktober 2002), Art 60 EuGVO Rz 3; Kropholler/Hein, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 60 EuGVO Rz 2; Geimer in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 60 Rz 3.

Wahlmöglichkeit des Klägers führt.³⁷³ Die Begriffe „*Gesellschaften und juristische Personen*“ sind nach dem für sie maßgeblichen nationalen Recht und nicht autonom auszulegen.³⁷⁴ Dies ist im Falle einer SE jedoch völlig unproblematisch, weil deren Eigenschaft als Gesellschaft in der SE-VO festgelegt ist.

Die drei möglichen Anknüpfungspunkte Satzungssitz, Hauptverwaltung und Hauptniederlassung sind jedoch autonom auszulegen.³⁷⁵ Zu beachten ist dabei, dass sich bei einer SE der satzungsmäßige Sitz und die Hauptverwaltung gemäß Art 7 im selben Mitgliedstaat, wenn auch nicht zwingend am selben Ort innerhalb dieses Mitgliedstaates, befinden müssen. Insofern können bei Auseinanderfallen der drei Anknüpfungskriterien zwar drei verschiedene Gerichte örtlich, jedoch maximal zwei Mitgliedstaaten international zuständig sein.

Damit ist zunächst geklärt, dass sich die Zuständigkeit für die Durchführung des nachträglichen Überprüfungsverfahrens aus den Bestimmungen zum allgemeinen Gerichtsstand gemäß den Artt 2 iVm 60 EuGVVO ergibt. Offen bleibt aber, welche Gesellschaft für die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes herangezogen werden soll. Denkbar wären sowohl der allgemeine Gerichtsstand der Gründungsgesellschaft, deren Personalstatut das nun zu führende Verfahren vorsieht, als auch jener der bereits neu entstandenen SE. Die letztgenannte Variante ist zu befürworten.³⁷⁶ Das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses kann erst nach erfolgter SE-Verschmelzungsgründung eingeleitet werden, sodass die Gründungsgesellschaften zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr existieren und folglich auch keinen Gerichtsstand mehr haben können. Außerdem ist das Verfahren gegen die hervorgehende SE zu führen, was ebenfalls für das Abstellen auf den allgemeinen Gerichtsstand der SE spricht.³⁷⁷

2.3. Verbrauchergerichtsstand gemäß Art 15 Abs 1c EuGVVO

Die Artt 15 ff EuGVVO regeln die internationale Zuständigkeit in Verbrauchersachen, wobei dabei der Schutz des wirtschaftlich schwächeren Vertragspartners im Vordergrund steht. Der

³⁷³ Eckert, Internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO bei Kapitalgesellschaften, *ecolex* 2003, 76 (77); Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 60 Rz 4; Simotta in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 60 EuGVVO Rz 9; Burgstaller/Neumayr in Burgstaller/Neumayr, Internationales Zivilverfahrensrecht (Oktober 2002), Art 60 EuGVO Rz 3; Kropholler/Hein, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 60 EuGVO Rz 2.

³⁷⁴ Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 60 Rz 2; Simotta in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 60 EuGVVO Rz 1; Kropholler/Hein, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 60 EuGVO Rz 1.

³⁷⁵ Simotta in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 60 EuGVVO Rz 9; Kropholler, Internationales Privatrecht⁶, 615.

³⁷⁶ Vgl dazu auch die Ausführungen zu Art 22 Z 2 EuGVVO in Kapitel VI.2.1.

³⁷⁷ Vgl dazu Koppensteiner, Zur Grenzüberschreitenden Verschmelzung, *GesRZ* 2006, 111 (117); Müller, Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, *Der Konzern* 2007, 81 (85).

Begriff des Verbrauchers ist autonom und nach der Rechtsprechung des EuGH eng auszulegen.³⁷⁸ Geschützt werden soll der private Endverbraucher gegenüber dem in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelnden Vertragspartner³⁷⁹, wobei die Eigenschaft als Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegeben sein muss.³⁸⁰ Der Vertragsbegriff ist ebenfalls autonom auszulegen und entspricht weitgehend dem in Art 5 Z 1 EuGVVO verwendeten Begriff³⁸¹, ist mit diesem aber nicht deckungsgleich.³⁸² Die Auslegungsunterschiede sind jedoch im Hinblick auf den Anspruch auf bare Zuzahlungen zu vernachlässigen, weil dieser sowohl unter den Vertragsbegriff des Art 5 Z 1 EuGVVO als auch unter jenen des Art 15 EuGVVO fällt.³⁸³

Die Ansprüche der Minderheitsaktionäre auf bare Zuzahlungen fallen jedenfalls nicht unter die Bestimmungen des Art 15 Abs 1a und b EuGVVO, da es sich weder um einen Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung, noch um ein auf Raten zurückzuzahlendes Darlehen oder Kreditgeschäft handelt. Als Auffangtatbestand³⁸⁴ erfasst Art 15 Abs 1c EuGVVO jedoch sämtliche vertragliche Beziehungen im Sinne des Art 15 Abs 1 EuGVVO, sofern der Vertragspartner im Wohnsitzstaat des Verbrauchers beruflich oder gewerblich tätig ist oder seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit auf diesen Staat ausrichtet und der Vertrag dieser Tätigkeit zuzurechnen ist.

Die Einordnung des Zuzahlungsanspruches als vertragliche Verpflichtung der SE gegenüber ihren Aktionären wirft keine größeren Probleme auf.³⁸⁵ Der Anspruch wurzelt auch, wie von Art 15 EuGVVO gefordert, in einer synallagmatischen Beziehung, da die Hingabe der Aktien an der Gründungsgesellschaft mit dem Erhalt der Anteile an der SE untrennbar verbunden ist. Fraglich ist jedoch, ob die Voraussetzungen des Art 15 Abs 1c EuGVVO erfüllt sind. In aller Regel wird die gegründete SE eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit im Sinne des Art 15 Abs 1 EuGVVO ausüben und es ist durchaus wahrscheinlich, dass einzelne Gesellschafter, die einen

³⁷⁸ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 15 EuGVVO Rz 13; *Nemeth* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 15 EuGVO Rz 15; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 15 EuGVO Rz 6; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 15 Rz 17.

³⁷⁹ *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 15 Rz 13; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 15 EuGVVO Rz 16; *Nemeth* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 15 EuGVO Rz 1; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 15 EuGVO Rz 4 ff; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 15 Rz 18 ff; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 110.

³⁸⁰ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 458.

³⁸¹ Vgl dazu Kapitel VI.2.4.

³⁸² *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 15 Rz 5.

³⁸³ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 456.

³⁸⁴ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 15 EuGVVO Rz 53; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 15 EuGVO Rz 20.

³⁸⁵ Vgl zum Vertragsbegriff Kapitel VI.2.4.; aA zum Barabfindungsanspruch *Kalss* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, ÖGesAusG § 6 Rz 27.

Anspruch auf bare Zuzahlungen geltend machen, als Verbraucher gemäß Art 15 Abs 1 EuGVVO zu qualifizieren sind.³⁸⁶ Als weitere Tatbestandsvoraussetzung muss der Anspruchsgegner, also im gegenständlichen Fall die SE, ihre berufliche oder gewerbliche Tätigkeit im Wohnsitzstaat eines Aktionärs, der als Verbraucher zu qualifizieren ist, ausüben oder auf diesen Staat ausrichten und zusätzlich muss der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fallen.

Die Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses betrifft hingegen ausschließlich das Innenverhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft. Es ist jedoch kaum möglich, dass Bereiche des Innenverhältnisses in die Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit jener Gesellschaft fallen, zu der das Gesellschafterverhältnis besteht. Denkbar wäre eigentlich nur, dass die berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in einer derart offensiv ausgerichteten Anwerbung³⁸⁷ potentieller Aktionäre durch die Gesellschaft selbst oder ihr zurechenbarer natürlicher oder juristischer Personen im betroffenen Mitgliedstaat erfolgt, oder zumindest auf diesen Mitgliedstaat ausgerichtet ist. Allerdings wird das Gesellschafterverhältnis zwischen den einzelnen Aktionären der Gründungsgesellschaften und der SE mit der Beschlussfassung über die Verschmelzung begründet. Zu diesem Zeitpunkt ist die SE jedoch noch gar nicht entstanden, sodass sie auch nicht beruflich oder gewerblich tätig sein konnte. Allenfalls könnte man auf die Begründung des Gesellschafterverhältnisses zu jener Gründungsgesellschaft abstellen, deren Aktionären ein nachträgliches Überprüfungsverfahren eingeräumt wird. Immerhin erlischt diese ja ohne Liquidation und wird von der SE durch Gesamtrechtsnachfolge fortgesetzt. Demzufolge hätte das Anwerben von Aktionären an sich als berufliche oder gewerbliche Tätigkeit der jeweiligen Gründungsgesellschaft zum Zeitpunkt der Anwerbung eingeordnet werden müssen. Auszunehmen wären an sich wiederum reine Binnensachverhalte zum Zeitpunkt des Anteilserwerbes, etwa das Begründen der Aktionärsstellung österreichischer Verbraucher von einer österreichischen Aktiengesellschaft, da diese von der Bestimmung nicht erfasst werden.³⁸⁸ Da jedoch zum Zeitpunkt der Antragseinbringung kein reiner Binnensachverhalt mehr vorliegt, wären die Voraussetzungen für das Vorliegen des Verbrauchergerichtsstandes vermutlich dennoch erfüllt.

Fraglich ist jedoch, ob Art 15 EuGVVO auf Streitigkeiten zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, die ausschließlich im Mitgliedschaftsverhältnis wurzeln, überhaupt anwendbar sein soll. Der Anspruch auf bare Zuzahlungen bei der SE-Verschmelzungsgründung entsteht mit der

³⁸⁶ OGH 18.02.2010, 6 Ob 221/09g in diese Richtung gehend, aber letztendlich offen lassend; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 479.

³⁸⁷ Vgl dazu *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 457.

³⁸⁸ *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 15 Rz 23.

Beschlussfassung über die Umstrukturierung. Dass dabei, der Teleologie des Art 15 EuGVVO entsprechend, typischerweise gegenläufige Interessen verfolgt werden, die einen besonderen Schutz des wirtschaftlich schwächeren und unerfahreneren Vertragspartners bedürfen, ist nicht ersichtlich. Durch die Beschlussfassung der Generalversammlung soll vielmehr ein gemeinsamer in der Satzung festgelegter Gesellschaftszweck verfolgt und gefördert werden.³⁸⁹ Alleine die Tatsache, dass derartige Beschlüsse mehrheitlich gefasst werden rechtfertigt mE jedoch nicht die Einordnung der überstimmten Aktionäre als Verbraucher, sofern sie die übrigen Voraussetzungen erfüllen. Im Übrigen würde die Heranziehung des Verbrauchergerichtsstandes gemäß Art 16 EuGVVO zu einer Ausweitung der Zuständigkeiten auf alle Wohnsitzstaaten der als Verbraucher zu qualifizierenden Aktionäre führen.³⁹⁰

Zudem würde die Zuerkennung der Verbrauchereigenschaft im Sinne des Art 15 EuGVVO und damit die Einräumung des Verbrauchergerichtsstandes von nicht zu vertretenden Zufällen abhängen. Entscheidend ist nämlich die Beurteilung der Vertragspartner zum Zeitpunkt des Anteilserwerbs. Insofern könnte eine natürliche Person als Verbraucher qualifiziert werden, weil sie diese Anteile von der Gesellschaft in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit erworben hat. Erwirbt dieselbe Person jedoch noch weitere Aktien von einem Dritten, ist sie hinsichtlich dieser Anteile nicht Verbraucher im Sinne des Art 15 EuGVVO. Dies selbst dann, wenn ihr ein Dritter die Aktien in Ausübung seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit verkauft hat und der Verkauf auch in den Bereich seiner Tätigkeit fällt. Der Anspruch richtet sich nämlich nicht gegen diesen Vertragspartner, sondern gegen die SE, der das vertragliche Verhältnis zu diesem Dritten keinesfalls zugerechnet werden kann.

Gegen die Anwendbarkeit des Verbrauchergerichtsstandes spricht weiters der Verbraucherbegriff der Rom I-VO³⁹¹. Zunächst ist festzuhalten, dass sich der Anwendungsbereich der Rom I-VO, die nach Art 1 Abs 1 Rom I-VO für „*vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen*“ gilt, weitgehend mit jenem der EuGVVO deckt, jedoch für die Ansprüche der Aktionäre auf bare Zuzahlungen nicht gegeben ist. Dies ergibt sich aus Art 1 Abs 2 lit f Rom I-VO, der „[...] *Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht, [...] wie deren innere Verfassung [...]*“ explizit ausnimmt. Darunter sind sämtliche Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern zu verstehen, die aus dem Mitgliedschaftsverhältnis resultieren. Alle diese Fragen, worunter mE auch der

³⁸⁹ Vgl dazu auch Kapitel VI.2.4.

³⁹⁰ *Kals* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, ÖGesAusG § 6 Rz 27.

³⁹¹ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

Anspruch der Gesellschafter auf ein angemessenes Umtauschverhältnis fällt³⁹², sind nach dem Gesellschaftsstatut zu lösen. Von der Ausnahme nicht erfasst sind hingegen schuldrechtliche Beziehungen, bei welchen ein Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft wie ein außenstehender Dritter auftritt.³⁹³ Ein entsprechender Ausnahmetatbestand ist der EuGVVO fremd, sodass der an sich in Erwägungsgrund (7) der Rom I-VO angestrebte Einklang des materiellen Anwendungsbereiches zwischen der EuGVVO und der Rom I-VO nicht vollständig erreicht werden kann. Andererseits sieht Erwägungsgrund (7) der Rom I-VO aber auch vor, dass die Bestimmungen der Rom I-VO mit jenen der EuGVVO in Einklang stehen sollen, sodass es mE durchaus gerechtfertigt scheint, bei der Auslegung der Verbraucherschutznormen der EuGVVO die Bestimmungen der Rom I-VO heranzuziehen. In Art 6 Rom I-VO werden - parallel zu Art 15 EuGVVO - der Verbraucherbegriff sowie der Verbraucherschutz näher definiert. Gemäß Art 6 Abs 4 lit d Rom I-VO werden die Verbraucherschutzbestimmungen für „[...] Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten [...]“ ausdrücklich ausgenommen, wobei unter Finanzinstrumenten insbesondere verbriefte Wertpapiere zu verstehen sind. Begründet wird diese Ausnahme damit, dass die Anwendung der Verbraucherschutzbestimmungen zur Anwendbarkeit von verschiedenen Rechten führen könnte, wodurch das Wesen der Finanzinstrumente verändert und deren Handel in der Folge verhindert werden könnte.³⁹⁴ Im Ergebnis ist daher - bei analoger Anwendung des Verbraucherbegriffes der Rom I-VO - der Verbrauchergerichtsstand des Art 15 EuGVVO jedenfalls dann nicht anwendbar, wenn die Aktien jener Gesellschaft, deren Aktionäre ein nachträgliches Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses einleiten können, wertpapiermäßig verbrieft sind.³⁹⁵

Schließlich spricht auch die Konzeption der einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Normen gegen die Einordnung einzelner Aktionäre als Verbraucher. Das geschaffene System für die Aktiengesellschaft aber auch die SE trifft eigene Vorkehrungen zum Schutz einzelner Aktionäre oder Minderheiten. Ein darüber hinausgehender Schutz, etwa aufgrund von Verbraucherschutzregelungen, ist weder notwendig noch mit den gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Vorschriften koordinierbar. So wäre etwa der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aktionäre quasi ausgehebelt, wenn man plötzlich eine Unterscheidung zwischen Verbrauchern und Nichtverbrauchern vornehmen würde. Außerdem wäre die Schaffung einer

³⁹² Vgl zur möglichen Einordnung des Anspruches auf Barabfindung unter den Ausnahmetatbestand des Art 1 Abs 2 lit f Rom I-VO *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 605.

³⁹³ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 130; 256 ff.

³⁹⁴ Vgl dazu Erwägungsgrund (28) der Rom I-VO; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 332 f.

³⁹⁵ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 460.

Vielzahl von standardisierten und mit gleichen Rechten und Pflichten verbundenen Anteilen, die frei handel- und übertragbar sind, nicht möglich.³⁹⁶

2.4. Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß Art 5 Z 1a EuGVVO

Art 5 Z 1a EuGVVO eröffnet einen zusätzlichen Gerichtsstand für Streitigkeiten über einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag an dem Ort, an welchem diese vertragliche Verpflichtung erfüllt wurde oder zu erfüllen wäre. Es wird somit nicht nur die internationale, sondern auch die örtliche Zuständigkeit geregelt.³⁹⁷

Die Begriffe „*Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag*“ sind nach der Rechtsprechung des EuGH autonom³⁹⁸ und weit auszulegen.³⁹⁹ Erforderlich ist, dass es sich um einen schuldrechtlichen Anspruch handelt und dass dieser Anspruch auf einer freiwillig eingegangenen Verpflichtung beruht.⁴⁰⁰ Vor allem das Kriterium der Freiwilligkeit wurde jedoch durch die Rechtsprechung des EuGH weitgehend aufgeweicht, sodass auch unter Kontrahierungszwang abgeschlossene Verträge unter Art 5 Z 1 EuGVVO fallen.⁴⁰¹ Die Satzung einer Aktiengesellschaft stellt ebenfalls einen Vertrag im Sinne des Art 5 Z 1 EuGVVO dar⁴⁰², da zwischen den Aktionären durch „eine

³⁹⁶ Vgl dazu *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 457 FN 1972.

³⁹⁷ *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 5 Rz 1; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 5 EuGVVO Rz 4; *Schmaranzer* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 5 EuGVO Rz 3; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 5 Rz 144; *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 111; *Wepfner*, Internationale Zuständigkeit für die spruchverfahrensrechtliche Durchsetzung von Zuzahlungs- und Barabfindungsansprüchen bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, RIW 2011, 144 (149).

³⁹⁸ EuGH 22.03.1983, C-34/82 - *Peters/ZNAV* Rz 10; *Nießen*, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441 (443); *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 5 Rz 10; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 5 EuGVVO Rz 38; *Schmaranzer* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 5 EuGVO Rz 25; *Kropfoller/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 5 EuGVO Rz 5 ff; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 5 Rz 13; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 84.

³⁹⁹ *Nießen*, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441 (443); *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 5 Rz 10 ff; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 5 EuGVVO Rz 39; *Schmaranzer* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 5 EuGVO Rz 25; *Kropfoller/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 5 EuGVO Rz 6; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 5 Rz 24; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 84.

⁴⁰⁰ *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 5 Rz 10; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 5 EuGVVO Rz 41; *Kropfoller/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 5 EuGVO Rz 9; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 84.

⁴⁰¹ *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 5 Rz 10a; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 5 EuGVVO Rz 43.

⁴⁰² EuGH 10.03.1992, C-214/89 - *Powell Duffryn* Rz 16 f; *Nießen*, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441 (444); *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 5 Rz 44a; *Kropfoller/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 5 EuGVO Rz 12 f; *Mock*, Spruchverfahren im europäischen Zivilverfahrensrecht, IPRax 2009, 271 (275).

*Gemeinsamkeit von Interessen im Hinblick auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes*⁴⁰³ eine enge Bindung besteht. Auch Beschlüsse von Gesellschaftsorganen sind, sofern diese unter Einhaltung der gesetzlichen und in der Satzung festgelegten Bestimmungen zustande kamen, als vertragliche Ansprüche zu qualifizieren.⁴⁰⁴ In beiden Fällen ist es aufgrund der autonomen Auslegung des Vertragsbegriffes irrelevant, ob die Satzung nach dem für die Gesellschaft maßgeblichen Personalstatut ebenfalls als Vertrag qualifiziert wird. Unerheblich ist weiters, zu welchem Zeitpunkt der konkrete Kläger Aktionär der Gesellschaft wurde und ob dieser etwa gegen die nun einschlägige Satzungsänderung oder den jetzt bekämpften gesetzes- und satzungskonform gefassten Beschluss gestimmt hat.⁴⁰⁵

Vom Vertragsbegriff werden nicht nur die aus dem jeweiligen Vertrag unmittelbar entspringenden Verpflichtungen, sondern auch die anstelle dieser Verpflichtungen tretenden Sekundärpflichten, etwa bei Nicht- oder Schlechterfüllung, erfasst. Unerheblich ist dabei, ob diese Sekundärpflichten ebenfalls auf einer vertraglichen oder aber auf einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage beruhen. Daher fallen etwa Schadenersatzansprüche auch dann unter den Begriff „*Anspruch aus einem Vertrag*“, wenn sich diese nicht aus dem konkreten Vertrag, sondern aus dem Gesetz ergeben.⁴⁰⁶

Vor dem Hintergrund dieses weit auszulegenden Vertragsbegriffes des Art 5 Z 1 EuGVVO ist nun zu prüfen, ob auch der Anspruch auf bare Zuzahlungen aufgrund eines unangemessen festgelegten Umtauschverhältnisses als vertraglich in diesem Sinne zu verstehen ist. Zunächst handelt es sich bei der Zustimmung zur geplanten SE-Verschmelzungsgründung um einen übereinstimmenden Beschluss der Hauptversammlungen der beteiligten Gründungsgesellschaften. Da es sich dabei um eine Maßnahme handelt, die nur mit einer Satzungsänderung zu erreichen ist, müssen die dafür in der Satzung festgelegten beziehungsweise gesetzlich vorgesehenen Bestimmungen eingehalten werden. Werden diese Anforderungen

⁴⁰³ EuGH 10.03.1992, C-214/89 - *Powell Duffryn* Rz 16; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 114.

⁴⁰⁴ EuGH 22.03.1983, C-34/82 - *Peters/ZNAV* Rz 18; EuGH 10.03.1992, C-214/89 - *Powell Duffryn* Rz 19; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 114.

⁴⁰⁵ EuGH 10.03.1992, C-214/89 - *Powell Duffryn* Rz 18; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 114.

⁴⁰⁶ EuGH 06.10.1976, C-14/76 - *De Bloos/Bouyer* Rz 17; *Nießen*, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441 (443); *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 5 Rz 15a; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 5 EuGVVO Rz 44; *Schmaranzer* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 5 EuGVO Rz 25 f; *Kropboller/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 5 EuGVO Rz 14; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 5 Rz 26.

erfüllt, sind die vom EuGH entwickelten Voraussetzungen zur Einordnung unter Art 5 Z 1 EuGVVO erfüllt.

Zu klären bleibt jedoch, ob es sich beim Zuzahlungsanspruch tatsächlich um einen schuldrechtlichen Anspruch aus diesem, eben bejahten, Vertragsverhältnis im Sinne des Art 5 Z 1 EuGVVO handelt oder ob der Anspruch gesetzlicher Natur ist. Im Verschmelzungsplan wird lediglich das Umtauschverhältnis der Anteile festgelegt, während sich der Anspruch auf bare Zuzahlungen eindeutig und ausschließlich aus dem Gesetz in den §§ 225c ff AktG ergibt. Der Rechtsprechung des EuGH zufolge werden jedoch nicht nur die im Vertrag festgelegten Leistungspflichten, also im gegenständlichen Fall der angemessene Anteils-umtausch, erfasst. Auch die anstelle dieser ausdrücklich vereinbarten vertraglichen Pflichten tretenden Sekundärpflichten, nämlich die Leistung barer Zuzahlungen bei Verletzung der Leistungspflicht, werden mitumfasst. Dass sich dieser Anspruch, ähnlich wie der gesetzliche Schadenersatzanspruch, aus dem Gesetz und nicht aus dem Vertrag ergibt, schadet nicht.⁴⁰⁷

Dem Einwand, dass sich die Pflicht zur Festlegung eines angemessenen Umtauschverhältnisses an sich schon aus dem Gesetz ergebe und als solcher gar nicht als vertragliche Pflicht zu qualifizieren sei, womit die Einordnung als vertraglicher Anspruch zu verneinen sei, kann nicht gefolgt werden.⁴⁰⁸ Das Gesetz beschränkt in diesem Bereich mE lediglich die Privatautonomie der Vertragspartner in der Weise, dass eben nur ein angemessenes Umtauschverhältnis festgelegt werden darf. Derartige gesetzliche Einschränkungen der Vertragsfreiheit sind zahlreich, wobei gerade diese Einschränkungen betreffende Streitigkeiten in aller Regel als vertragliche zu qualifizieren sein werden. Beim Rücktrittsrecht des Konsumenten, etwa beim Haustürgeschäft, wird man auch nicht ernsthaft behaupten können, dass Streitigkeiten über die Ausübung dieses Rücktrittsrechts nicht vertraglicher Natur seien, weil das Recht im KSchG und nicht im Vertrag normiert ist.

Anders als beim Vertragsbegriff erfolgt die Ermittlung des Erfüllungsortes nicht nach autonom festgelegten Grundsätzen, sondern nach dem für das Vertragsverhältnis maßgeblichen Sachrecht,

⁴⁰⁷ *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 116 f.

⁴⁰⁸ So aber für das ebenfalls gesetzlich vorgesehene Barabfindungsangebot *Kals* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, ÖGesAusG § 6 Rz 27.

der sogenannten *lex causae*.⁴⁰⁹ Daher muss zunächst das anwendbare Sachrecht festgestellt werden. Dies erfolgt wiederum grundsätzlich anhand der kollisionsrechtlichen Bestimmungen jener Rechtsordnung, deren Gericht angerufen werden soll. Die SE-VO verdrängt jedoch das Kollisionsrecht der einzelnen Mitgliedstaaten in jenen Bereichen, in denen sie selbst eine Zuweisung vornimmt. Dies ist beim Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses der Aktionäre der österreichischen Gründungsgesellschaft der Fall, da für dieses gemäß den Artt 18 iVm 25 Abs 3 SE-VO österreichisches materielles Recht anzuwenden ist.⁴¹⁰ Der Erfüllungsort im Sinne des Art 5 Z 1 EuGVVO muss also nach österreichischem Recht ermittelt werden.⁴¹¹

Da es sich bei der Ausgleichsleistung grundsätzlich um eine Geldleistung handelt, bestimmt sich der Ort der Erfüllung im Zweifel nach § 905 Abs 2 ABGB. Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung ist als Erfüllungsort der Ort, an dem der Schuldner zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz hatte, anzusehen.⁴¹² Einschlägig ist somit der Zeitpunkt der Beschlussfassung der betroffenen Gründungsgesellschaft, womit auch der vertragliche Anspruch auf bare Zuzahlungen entsteht (allerdings noch nicht durchsetzbar ist). Als Wohnsitz der beschlussfassenden Gründungsgesellschaft ist deren Satzungssitz zu verstehen.

Nach der Konzeption des österreichischen Überprüfungsverfahrens ist jedoch nicht die Gründungsgesellschaft, sondern die SE Schuldnerin der Ausgleichsleistungen. Insofern mangelt es dem Schuldner zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht nur an einem Wohnsitz im Sinne des § 905 Abs 1 ABGB, sondern ist der Schuldner zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht wirksam gegründet. Um § 905 Abs 1 ABGB dennoch anwenden zu können, muss dieser teleologisch reduziert werden. Denkbar wäre dabei die Fokussierung auf den Wohnsitz des Schuldners einerseits oder auf den Wohnsitz zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses andererseits, da beide Voraussetzungen kumuliert nicht erfüllt werden können. Die besseren Gründe sprechen mE für die Einschränkung zugunsten des Zeitpunktes des Vertragsabschlusses, womit der Sitz der

⁴⁰⁹ EuGH 19.02.2002, C-256/00 - *Besix* Rz 41; *Nießen*, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441 (444); *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 5 Rz 45 f; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 5 EuGVVO Rz 124; *Schmaranzer* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 5 EuGVO Rz 36; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 5 EuGVO Rz 29 ff; *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 120 f; *Mock*, Spruchverfahren im europäischen Zivilverfahrensrecht, IPRax 2009, 271 (275); *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, 616 f; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 90.

⁴¹⁰ Vgl dazu Kapitel III.5.

⁴¹¹ Im Ergebnis zustimmend *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 120; *Mock*, Spruchverfahren im europäischen Zivilverfahrensrecht, IPRax 2009, 271 (275).

⁴¹² Vgl dazu *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², § 88 JN Rz 114; *Eckert*, Internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO bei Kapitalgesellschaften, *ecolex* 2003, 76 (80); *Schmaranzer* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 5 EuGVO Rz 38 mwN; *Eckert* in *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 11 EU-VerschG Rz 12.

österreichischen Gründungsgesellschaft als Erfüllungsort zu betrachten ist.⁴¹³ Bei einem nachträglichen Wechsel des Schuldners etwa ändert sich der Erfüllungsort ebenfalls nicht.⁴¹⁴ Insofern kann man darauf schließen, dass es sich dabei um das schwächere Element handelt, auch wenn im gegenständlichen Fall ein „Wechsel“ des Schuldners nicht stattfindet, weil die betroffene Gründungsgesellschaft ja zu keinem Zeitpunkt Schuldnerin der Ausgleichsleistungen ist.

Mit dieser Lösung wird auch ein Gleichlauf von anzuwendendem formellem und materiellem Recht erreicht, da ein österreichisches Gericht international zuständig und auch österreichisches materielles Recht einschlägig ist.⁴¹⁵ Andererseits gibt es bei Auseinanderfallen von allgemeinem und vertraglichem Gerichtsstand⁴¹⁶ zumindest zwei konkurrierend zuständige Gerichte, womit die Konzentration der Zuständigkeit auf ein Gericht nicht erreicht werden kann.⁴¹⁷

3. Zuständigkeitsregelung in Art 25 Abs 3 SE-VO?

Wie bereits eingehend untersucht, normiert Art 25 Abs 3 die Anwendungsvoraussetzungen, um ein nachträgliches Überprüfungsverfahren durchführen zu können.⁴¹⁸ Das materielle österreichische Recht gemäß den §§ 225c ff AktG kommt demnach nur dann zur Anwendung, wenn entweder das Recht aller anderen Gründungsgesellschaften ebenfalls ein vergleichbares Verfahren kennt oder wenn diese der Anwendung der österreichischen Normen zustimmen. Mit der Option zur Zustimmung wird den an der Verschmelzung beteiligten ausländischen Gesellschaften in Wahrheit die Möglichkeit zu einer partiellen Rechtswahl eingeräumt. Sie können sich entscheiden, ob das nach der SE-VO vorgezeichnete Anfechtungsverfahren zur Geltendmachung eines unangemessenen Umtauschverhältnisses oder das österreichische Modell der nachträglichen Überprüfung angewendet werden soll. Dabei handelt es sich wohl unstrittigerweise um eine Dispositionsmöglichkeit des materiellen Rechts. Zu beachten ist jedoch, dass die Anwendbarkeit von materiellem und formellem Recht zu trennen ist. Mit der Erteilung der Zustimmung zum österreichischen materiellen Recht ist daher nicht auch automatisch die

⁴¹³ Im Ergebnis zustimmend *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 479.

⁴¹⁴ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 5 EuGVVO Rz 213; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 5 EuGVO Rz 9; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 5 Rz 73.

⁴¹⁵ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 5 EuGVVO Rz 6; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 5 Rz 114.

⁴¹⁶ Vgl dazu Kapitel VII.2.

⁴¹⁷ *Mocke*, Spruchverfahren im europäischen Zivilverfahrensrecht, IPRax 2009, 271 (276).

⁴¹⁸ Vgl dazu Kapitel III.4.

Zuständigkeit österreichischer Gerichte verbunden.⁴¹⁹ Zu prüfen ist daher, ob Art 25 Abs 3, neben der Wahlmöglichkeit des materiellen Rechts, zusätzlich eine Aussage betreffend die internationale Zuständigkeit zu entnehmen ist.

Der österreichische Gesetzgeber regelte die Zuständigkeit zur Durchführung des nachträglichen Verfahrens in § 22 SEG. Dabei ging er wohl selbstverständlich davon aus, dass Art 25 Abs 3 als Grundlage dieser Regelungen heranzuziehen ist.⁴²⁰ Auch in der Literatur wird diese Auffassung mit teilweise unterschiedlicher Begründung vertreten.⁴²¹ Tatsächlich trifft Art 25 Abs 3 jedoch keinerlei explizite Aussage über die internationale Zuständigkeit.

Die Art 25 Abs 3 entsprechende Parallelregelung in Art 10 Abs 3 VRL wurde großteils wörtlich übernommen, jedoch insofern modifiziert, als folgender Halbsatz eingefügt wurde: „[...] dass die Gesellschafter der erstgenannten sich verschmelzenden Gesellschaft ein solches Verfahren bei dem Gericht, das für diese Gesellschaft zuständig ist, beantragen können.“

Anders als bei Delegationsbestimmungen an das nationale Recht⁴²², kann bei der Auslegung der unmittelbar geltenden Sachnormen der SE-VO nicht ergänzend auf die Regelungen in der VRL zurückgegriffen werden.⁴²³ Die Verordnung richtet sich nämlich direkt an die am Rechtsverkehr teilnehmenden Rechtssubjekte und ist in allen ihren Teilen verbindlich und unmittelbar anwendbar. Die Richtlinie ist hingegen an die einzelnen Mitgliedstaaten adressiert und gibt lediglich ein zu erreichendes Ziel vor, überlässt die Umsetzung jedoch den nationalen Gesetzgebern.⁴²⁴ Diese Charakterisierung trifft aber nur für jene Bereiche einer Verordnung zu, welche ausdrücklich an den nationalen Gesetzgeber adressiert sind, wie dies etwa bei Ermächtigungsnormen der Fall ist. Würde man Art 10 Abs 3 VRL als zuständigkeitsbegründende Regelung einordnen, müsste diese unmittelbar anwendbar sein und dürfte dem nationalen Gesetzgeber keinen Umsetzungsspielraum überlassen. Da eine unmittelbare Geltung bei Richtlinien grundsätzlich nicht gegeben ist, kann Art 10 Abs 3 VRL weder bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung noch analog bei der SE-Verschmelzungsgründung als

⁴¹⁹ Vgl dazu Kapitel VIII.1.1.

⁴²⁰ ErläutRV zum GesRÄG 2004: 466 BlgNR 22. GP S 17 f zu § 22 SEG.

⁴²¹ Vgl dazu *Hügel* in *Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 25; *Nießén*, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441 FN 11; *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 24 SE-VO Rz 15; *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG⁵, Art 25 SE-VO Rz 20; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 39; *Müller*, Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 81 (84).

⁴²² Vgl dazu Kapitel III.2.

⁴²³ So wohl *Nießén*, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441 FN 11.

⁴²⁴ Vgl dazu auch *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 93 f.

zuständigkeitsbegründende Norm herangezogen werden.⁴²⁵ Darüber hinaus handelt es sich mE aufgrund der Formulierung des Art 10 Abs 3 VRL ebenso wenig um eine Zuständigkeitsbegründung wie bei Art 25 Abs 3. Vielmehr setzt die Berufung des Gerichtes zur Durchführung des nachträglichen Überprüfungsverfahrens voraus, dass dieses bereits aufgrund einer anderen Zuständigkeitsnorm für diese Gesellschaft zuständig ist.

Der in Art 25 Abs 3 verwendete Begriff „*Verfahren*“ deutet zwar darauf hin, dass es sich um eine formellrechtliche Bestimmung handeln könnte, doch erfolgt keine weitere Konkretisierung, weder im Hinblick auf die internationale, noch auf die sachliche oder örtliche Zuständigkeit. Man müsste dem Begriff „*Verfahren*“ daher zusätzlich zum unstrittigerweise gegebenen materiellen Gehalt, der den Umfang der partiellen Rechtswahl absteckt, eine Zuständigkeitsentscheidung zugunsten der Gerichte jenes Mitgliedstaates beimessen, dessen Rechtsordnung ein nachträgliches Verfahren kennt. Damit wäre sichergestellt, dass - im Falle der Zustimmung - das österreichische Verfahren jedenfalls vor österreichischen Gerichten zu führen wäre und ein wesentliches Ziel, nämlich der Gleichlauf von materiellem und formellem Recht⁴²⁶, erreicht wäre.

Übersehen wird dabei jedoch zumeist, dass dieses Ziel, zumindest in einigen Fallkonstellationen, nur gegen Aufgabe eines anderen wesentlichen Zieles, nämlich der Vermeidung mehrerer gleichzeitig anhängiger Verfahren⁴²⁷, erreicht werden kann. Geht man davon aus, dass die Zuständigkeit untrennbar mit der Zustimmung zum materiellen Recht verbunden ist, kommt es somit zwangsweise dazu, dass im Falle der Beteiligung von zwei oder mehreren Gesellschaften, deren Recht ein nachträgliches Verfahren kennt und gleichzeitiger Erteilung der Zustimmung jener Gesellschaften, deren Aktionäre keine derartige Überprüfungsöglichkeit haben, dass zwei oder mehrere Gerichte zuständig sind.

Weitgehend ungeklärt ist bisweilen auch, wie das Verhältnis dieser vermeintlichen Gerichtsstandsnorm der SE-VO zur Konzeption der Gerichtsstände in der EuGVVO zu beurteilen sein soll.

3.1. Nichtanwendbarkeit der EuGVVO?

Die Verdrängung der EuGVVO in ihrer Anwendbarkeit durch Art 25 Abs 3 würde zunächst dafür Gewähr leisten, dass es zu einem Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und

⁴²⁵ AA *Eckert in Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 12 EU-VerschG Rz 11. Im Übrigen würde es wohl auch im Falle der Säumigkeit eines Mitgliedstaates bei der Umsetzung der VRL zu keiner unmittelbaren Geltung der Bestimmung kommen, da diese mE nicht hinreichend bestimmt ist.

⁴²⁶ Vgl dazu Kapitel VIII.1.4.3.

⁴²⁷ Vgl dazu Kapitel VII.2.

anwendbarem materiellem Recht kommt. Zur Koordinierung mehrerer Überprüfungsverfahren, die bei Gerichten in verschiedenen Mitgliedstaaten anhängig gemacht werden, kann auf die Artt 27 ff EuGVVO zurückgegriffen werden. Diese Bestimmungen sind auch dann anwendbar, wenn der Gerichtsstand nicht nach der EuGVVO zu ermitteln ist.⁴²⁸

Bereits geklärt wurde, dass der in Art 1 Abs 1 EuGVVO geregelte Anwendungsbereich der EuGVVO grundsätzlich gegeben ist.⁴²⁹ Zu prüfen ist jedoch, ob die in der Verordnung enthaltenen Zuständigkeitsregelungen nicht durch Art 25 Abs 3 verdrängt werden könnten. Eine derartige Möglichkeit sieht Art 67 EuGVVO vor, der den Vorrang der spezielleren Zuständigkeitsnorm postuliert.⁴³⁰ Art 25 Abs 3 ist sowohl die speziellere, als auch die jüngere Zuständigkeitsnorm. Insofern würde man durch Interpretation einerseits anhand der *lex specialis* Regel und andererseits mittels *lex posterior* Regel, obwohl es darauf bei der Anwendung des Art 67 EuGVVO nach hM nicht ankommt⁴³¹, zu einer ausschließlichen Anwendbarkeit von Art 25 Abs 3 kommen. Voraussetzung dafür wäre jedoch, dass die SE-VO generell, und Art 25 Abs 3 im Speziellen, als Rechtsakt zu verstehen ist, der zumindest indirekt die internationale Zuständigkeit regelt. Soweit ersichtlich wird eine derartige Auffassung bisweilen in der Literatur nicht vertreten.⁴³²

Bei der Qualifizierung des Art 25 Abs 3 als spezielle Zuständigkeitsnorm im Sinne des Art 67 EuGVVO würden erhebliche Schwierigkeiten bei der Charakterisierung der Norm auftreten. Auf die Normtypisierung der EuGVVO kann ja, mangels Anwendbarkeit, nicht zurückgegriffen werden. Die zu klärenden Fragen, etwa Art der Zuständigkeit (Verbrauchergerichtsstand, ausschließlicher oder Wahlgerichtsstand), Möglichkeit des Abschlusses sowie Form und Wirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung etc könnten nicht nach den Bestimmungen der EuGVVO beantwortet werden. Da es aber ansonsten keine einschlägige gemeinschaftsrechtliche zivilprozessuale Regelung gibt, müssten all diese Fragen anhand der nationalen Zivilprozessnormen der beteiligten Gründungsgesellschaften geklärt werden.

⁴²⁸ Vgl dazu Kapitel VII.

⁴²⁹ Vgl dazu Kapitel VI.1.1.

⁴³⁰ *Klauser in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 67 EuGVVO Rz 2 f; *Burgstaller/Neumayr in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Oktober 2002), Art 67 EuGVO Rz 1.

⁴³¹ *Klauser in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 67 EuGVVO Rz 2; *Burgstaller/Neumayr in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Oktober 2002), Art 67 EuGVO Rz 1.

⁴³² Vgl etwa die Beispiele bei *Klauser in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 67 EuGVVO Rz 4 f; *Burgstaller/Neumayr in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Oktober 2002), Art 67 EuGVO Rz 2; aA jedoch für Art 10 Abs 3 VRL *Eckert in Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 12 EU-VerschG Rz 11.

Da es auch bei der Durchführung des Verfahrens bei dem Grundsatz der *lex fori* bleibt⁴³³, ist zur Klärung dieser Fragen das Verfahrensrecht des Gerichtsstaates heranzuziehen. Demnach ist etwa die Beurteilung der Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung bei einem nachträglichen Überprüfungsverfahren ausschließlich nach dem Recht des zuständigen Gerichtsstaates zu entscheiden. Soweit jedoch materiellrechtliche Fragen auftreten, sind diese durch Koordinierung der involvierten Rechtsordnungen anhand der nach hM geltenden Vereinigungstheorie zu lösen.⁴³⁴ Davon betroffen sind etwa Fragen wie Form, Abschluss und Wirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung oder auch die Auslegung des Verbraucherbegriffes. Auf sämtliche autonom nach der EuGVVO auszulegenden Begriffe kann ja mangels Anwendbarkeit nicht zurückgegriffen werden. Die Abgrenzung von formellem und materiellem Recht verläuft jedoch fließend, sodass bereits dabei erhebliche Probleme auftreten können.⁴³⁵ Die Meinung, dass die EuGVVO nicht anwendbar ist, sondern von Art 25 Abs 3 verdrängt wird, ist daher abzulehnen.

3.2. Eingliederung des Art 25 Abs 3 in das typisierte Zuständigkeitssystem der EuGVVO

Da die Anwendungsvoraussetzungen der EuGVVO für Streitigkeiten, die sich auf die Bemessung des Umtauschverhältnisses beziehen, gegeben sind⁴³⁶, wäre auch eine Einbettung des Art 25 Abs 3 als zusätzliche zuständigkeitsbegründende Norm in das dort vorgezeichnete Zuständigkeitssystem in Erwägung zu ziehen. Grundsätzlich denkbar wären dabei zwei Anknüpfungen, nämlich die Einordnung des Art 25 Abs 3 als zusätzlicher Zwangsgerichtsstand gemäß Art 22 EuGVVO oder die Eröffnung eines zusätzlichen Wahlgerichtsstandes im Sinne der Artt 5 bis 7 EuGVVO.

3.2.1. Art 25 Abs 3 als Zwangsgerichtsstand gemäß Art 22 EuGVVO

Die in Art 22 EuGVVO geschaffenen Zwangsgerichtsstände sind nach der Judikatur des EuGH eng und autonom auszulegen. Es handelt sich um eine taxative Aufzählung von Bereichen, in denen eine ausschließliche Zuständigkeit gegeben sein soll, wobei eine analoge Ausweitung nicht zulässig ist.⁴³⁷ Die ausdrückliche Erweiterung der taxativen Auflistung des Art 22 EuGVVO in anderen Rechtsakten, etwa der SE-VO, ist zwar mE zulässig; die Klärung dieser Frage kann aber

⁴³³ Vgl dazu Kapitel VIII.1.2.

⁴³⁴ Vgl dazu Kapitel II.3.1.2.

⁴³⁵ Vgl dazu Kapitel VIII.1.3.

⁴³⁶ Vgl dazu Kapitel VI.1.1.

⁴³⁷ Vgl dazu Kapitel VI.2.1.2.

dahingestellt bleiben. Eine derart explizite Anordnung ist Art 25 Abs 3 zweifellos nicht zu entnehmen und eine implizite Erweiterung des Kataloges der Zwangszuständigkeiten scheint aufgrund der engen Auslegung und der Analogiefeindlichkeit von Art 22 EuGVVO nicht möglich.

3.2.2. Art 25 Abs 3 als (zusätzlicher) Wahlgerichtsstand

Weiters wäre die Schaffung eines zusätzlichen besonderen Gerichtsstandes im Sinne der Artt 5 bis 7 EuGVVO zugunsten der Gerichte jenes Staates, dessen Recht ein Überprüfungsverfahren kennt, denkbar. Da jedoch Art 25 Abs 3 keinerlei Aussage über die in den Wahlgerichtsständen der EuGVVO geregelte örtliche Zuständigkeit trifft, scheint mir auch diese Einordnung nicht möglich. Allenfalls könnte man die örtliche Zuständigkeit mittels Rückgriff auf das nationale Verfahrensrecht des Gerichtsstaates eruieren. Demnach wäre für die Durchführung des österreichischen Verfahrens wohl das Gericht am Sitz der Gesellschaft gemäß § 83b JN zuständig. Die an sich einschlägige zuständigkeitsbegründende Norm für das nachträgliche Überprüfungsverfahren, nämlich § 120 Abs 5a Z 1 JN, könnte, zumindest bei der Hinausverschmelzung, nicht als Grundlage herangezogen werden. Diese verweist nämlich auf das zuständige Gericht am Sitz der übernehmenden Gesellschaft, womit im Falle der Hinausverschmelzung ein ausländisches Gericht zuständig wäre. Dies wäre mit der Unterstellung, dass Art 25 Abs 3 in jedem Fall eine Zuständigkeitsregelung zugunsten der österreichischen Gerichte normiert, nicht vereinbar. Daher würde Art 25 Abs 3 gegenüber § 120 Abs 5a Z 1 JN Vorrangwirkung zukommen, sodass § 120 Abs 5a Z 1 JN nicht angewendet werden könnte. Da aber Art 25 Abs 3 keine weiteren Regelungen bezüglich der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit trifft, wäre wiederum auf nationales Recht zurückzugreifen. Die Art 25 Abs 3 unterstellte Vorgabe wäre aber einzuhalten, was für § 83b JN zutreffen würde.

Zu beachten ist jedoch, dass diese überaus komplizierte Herleitung der Zuständigkeit gar nicht nötig ist, da der durch Art 25 Abs 3 eröffnete Gerichtsstand ohnedies aufgrund von Art 5 Z 1a EuGVVO bereits zur Verfügung steht.⁴³⁸ Der dort verwendete Begriff „Erfüllung“ ist nämlich nach der *lex causae*, also dem anzuwendenden Sachrecht, zum Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches auszulegen. Dies ist österreichisches Recht, da der Anspruch mit der Fassung des Verschmelzungsbeschlusses entsteht und dieser Abschnitt grundsätzlich dem Recht der Gründungsgesellschaften zuzuordnen ist. Nach österreichischem Recht ist der Erfüllungsort gemäß § 905 Abs 1 ABGB der Ort der Niederlassung des Schuldners. Im Falle der Fassung eines

⁴³⁸ Vgl dazu Kapitel VI.2.4.

Beschlusses im Rahmen der Gesellschafterversammlung ist somit der Sitz der Gesellschaft als Erfüllungsort anzusehen.⁴³⁹

4. Zusammenfassung

Bislang wurde der EuGH mit der Frage der internationalen Zuständigkeit zur Durchführung eines nachträglichen Verfahrens zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses im Rahmen der SE-Verschmelzungsgründung nicht befasst. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Zuständigkeit ausschließlich nach den Bestimmungen der EuGVVO zu ermitteln. Dabei kommen als zuständigkeitsbegründende Normen wahlweise der allgemeine Gerichtsstand gemäß den Artt 2 iVm 60 EuGVVO einerseits und der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes für vertragliche Ansprüche nach Art 5 Z 1a EuGVVO andererseits zur Anwendung. Die Heranziehung des Verbrauchergerichtsstandes gemäß den Artt 15 ff EuGVVO wird hingegen ebenso wie die Betrachtung des Art 25 Abs 3 als international zivilprozessuale Zuständigkeitsnorm abgelehnt. Dieses Ergebnis stimmt über weite Strecken mit den bisherigen Stellungnahmen in der Literatur sowie den vom EuGH herausgearbeiteten Rechtssätzen überein. Eine endgültige Klärung dieser Frage wird letztlich nur der EuGH herbeiführen können.

⁴³⁹ Vgl dazu Kapitel VI.2.4.

VII. Vorgehensweise bei internationaler Zuständigkeit mehrerer Gerichte

1. Fallkonstellationen, bei denen nur ein Gericht international zuständig ist

Wie bereits ausführlich erörtert wurde, kommt es beim Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses zu einer konkurrierenden Zuständigkeit, weil sowohl der allgemeine Gerichtsstand als auch der Gerichtsstand des Erfüllungsortes einschlägig sind.⁴⁴⁰ Insofern sind nur wenige Konstellationen denkbar, in welchen nur ein Gericht international zur Führung des Überprüfungsverfahrens zuständig ist. Dies ist nämlich nur dann der Fall, wenn der allgemeine Gerichtsstand gleichzeitig am Erfüllungsort gelegen ist. Dabei muss jedoch beachtet werden, dass die örtliche Zuständigkeit des allgemeinen Gerichtsstandes gemäß Art 60 EuGVVO autonom zu bestimmen ist⁴⁴¹, während der Erfüllungsort nach den Grundsätzen des nationalen Rechtes der *lex causae* ermittelt werden muss⁴⁴². Das Zusammenfallen beider Gerichtsstände ist also nur möglich, wenn die autonome Auslegung von Art 60 EuGVVO als auch die Auslegung des Erfüllungsortes nach der *lex causae* zum selben örtlichen Gericht führen.

Ist eine österreichische Aktiengesellschaft an der Verschmelzungsgründung beteiligt, trifft dieses örtliche Zusammenfallen der beiden Gerichtsstände nur bei der Hereinverschmelzung zu, sofern das Personalstatut aller anderen beteiligten Gründungsgesellschaften kein vergleichbares Überprüfungsverfahren kennt und diese der Durchführung des österreichischen Verfahrens gemäß § 22 Abs 1 Z 1 SEG zustimmen. In diesem Fall befindet sich die durch Aufnahme gegründete SE in Österreich, womit auch die Anknüpfungspunkte des allgemeinen Gerichtsstandes gemäß Art 60 EuGVVO in Österreich liegen. Der Erfüllungsort für die Leistung der baren Zuzahlungen ist nach österreichischem Recht zu ermitteln und befindet sich gemäß § 905 Abs 1 ABGB am Sitz der Schuldnerin der Ausgleichsleistung⁴⁴³, also ebenfalls am Sitz der SE, der mit dem Sitz der Gründungsgesellschaft übereinstimmt.

Auch bei der Hinausverschmelzung einer österreichischen Gesellschaft auf eine ausländische SE, sofern das Personalstatut der anderen beteiligten Gründungsgesellschaften wiederum kein vergleichbares Verfahren kennt, diese aber der Durchführung des österreichischen Verfahrens zustimmen, soll nur ein Gericht international zuständig sein. Dies ordnet § 22 Abs 1 Z 2 SEG an, der bestimmt, dass neben der Zustimmung der ausländischen Gesellschaften zum österreichischen Verfahren zusätzlich eine „Zustimmung“ zugunsten des Gerichtes am Sitz der

⁴⁴⁰ Vgl dazu Kapitel VI.4.

⁴⁴¹ Vgl dazu Kapitel VI.2.2.

⁴⁴² Vgl dazu Kapitel VI.2.4.

⁴⁴³ Vgl dazu Kapitel VI.2.4.

übertragenden österreichischen Gesellschaft erfolgen muss. Eine Abänderung der nach der EuGVVO einschlägigen Zuständigkeiten kann jedoch nur in Form einer Gerichtsstandsvereinbarung gemäß Art 23 EuGVVO, unter Einhaltung der dort normierten Voraussetzungen, erfolgen.⁴⁴⁴ Eine einseitige Erklärung der ausländischen Gesellschaft, wie dies § 22 Abs 1 Z 2 SEG vorsieht, ist keinesfalls ausreichend.⁴⁴⁵

Eine weitere Fallkonstellation, welche - zumindest nach Ansicht des österreichischen Gesetzgebers - ebenfalls eine Verfahrenskonzentration bei einem Gericht zur Folge haben soll, wurde zwar nicht ins SEG, jedoch bei der Umsetzung der VRL in § 2 EU-VerschG aufgenommen. Befinden sich bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung eine der übertragenden Gesellschaften als auch die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft in Österreich (und haben die Aktionäre der ausländischen übertragenden Gesellschaften keine nachträgliche Überprüfungsmöglichkeit), so soll ein nachträgliches Überprüfungsverfahren ausschließlich bei dem für die hervorgehende Gesellschaft zuständigen Gericht geführt werden. Ob und in wieweit die EuGVVO auf das Überprüfungsverfahren anzuwenden ist beziehungsweise ob es Zuständigkeitsbestimmungen gibt, die den österreichischen Normen vorgehen könnten, wurde vom Gesetzgeber offenkundig in keiner Weise, weder bei Umsetzung der SE-VO noch bei jener der VRL, bedacht. Anderenfalls wäre man nämlich zum Ergebnis gekommen, dass diese Regelung keinen Anwendungsbereich hat. Aufgrund der Vorrangwirkung der EuGVVO kann der einschlägige Gerichtsstand des Erfüllungsortes nicht durch ein nationales Gesetz abbedungen werden, wodurch der neu geschaffene § 2 EU-VerschG in seiner Anwendung durch Art 5 Z 1a EuGVVO verdrängt wird.⁴⁴⁶ Eine allenfalls denkbare, von § 905 ABGB abweichende Regelung des Erfüllungsortes⁴⁴⁷ ist durch § 2 EU-VerschG mE nicht gegeben und war auch vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Dieser wollte ausdrücklich, dass „[...] die Zuständigkeit des Gerichtes vorgesehen wird, in dessen Sprengel die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat.“⁴⁴⁸ Eine Verfahrenskonzentration bei einem Gericht aufgrund von § 2 EU-VerschG ist somit weder bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung noch per analoger Anwendung bei der SE-Verschmelzungsgründung erzielbar, sodass eine eingehende Auseinandersetzung mit dieser Fallkonstellation, insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Analogie, unterbleiben kann.

⁴⁴⁴ Vgl dazu Kapitel IX.

⁴⁴⁵ Vgl dazu Kapitel IX.7.2.1.

⁴⁴⁶ Vgl zur Vorrangwirkung Kapitel II.1.

⁴⁴⁷ Vgl zur Bestimmung des Erfüllungsortes nach der lex causae Kapitel VI.2.4.

⁴⁴⁸ ErläutRV zum EU-VerschG: 171 BlgNR 23. GP S 8 zu § 2 EU-VerschG.

Sind an der Hereinverschmelzung ausländische Gesellschaften beteiligt, deren Aktionäre nach dem für diese Gesellschaften maßgeblichen Recht ebenfalls ein nachträgliches Überprüfungsverfahren einleiten können, könnte es zu einem Zusammenfallen beider Gerichtsstände kommen. Dies wäre dann der Fall, wenn der Erfüllungsort für die Ausgleichsleistungen der Aktionäre der ausländischen Gründungsgesellschaften, der nach den Personalstatuten der jeweiligen ausländischen Gesellschaft zu ermitteln ist, am Sitzort der SE liegen würde, was aber eher unwahrscheinlich sein dürfte.

In der Praxis kann es natürlich dazu kommen, dass Überprüfungsanträge ausschließlich bei einem von mehreren konkurrierend international zuständigen Gerichten eingebracht werden. Auch in diesem Fall kommt es, jedoch nicht aus rechtlichen, sondern aus faktischen Gründen, zu einer Verfahrenskonzentration bei einem Gericht, sodass eine Koordinierung unterbleiben kann.⁴⁴⁹

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass trotz Zusammenfallen des allgemeinen Gerichtsstandes und des Erfüllungsortes theoretisch dennoch eine konkurrierende Zuständigkeit, genauer eine konkurrierende sachliche Zuständigkeit, gegeben sein könnte. Diese wird nämlich in der EuGVVO nur ausnahmsweise geregelt, sodass zu deren Bestimmung in der Regel auf das nationale Recht zurückgegriffen werden muss.⁴⁵⁰ Sieht daher die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates unterschiedliche sachliche Zuständigkeiten für den allgemeinen Gerichtsstand und den Erfüllungsgerichtsstand vor, bleibt es bei der konkurrierenden Zuständigkeit dieser beiden Gerichte. Dies ist aus Sicht der österreichischen Rechtsordnung nicht relevant, weil sachlich in beiden Fällen gemäß § 120 Abs 1 Z 3 JN das Landesgericht zuständig ist.

2. Koordinierung der Verfahren bei konkurrierender internationaler Zuständigkeit mehrerer Gerichte in verschiedenen Mitgliedstaaten

Da das Zusammenfallen des allgemeinen Gerichtsstandes und des Erfüllungsgerichtsstandes nur in wenigen Fällen gegeben ist, kommt es im Regelfall zu einer konkurrierenden internationalen Zuständigkeit von zumindest zwei Gerichten in verschiedenen Mitgliedstaaten.

Ein wichtiges Ziel, das auch die EuGVVO zu verwirklichen versucht, ist die Vermeidung einander widersprechender Entscheidungen. Durch den Umstand, dass es mehrere konkurrierende Zuständigkeiten gibt, soll es nicht dazu kommen, dass es auch parallele Verfahren

⁴⁴⁹ Vgl dazu Kapitel VII.1.

⁴⁵⁰ Vgl dazu Kapitel II.1.1.

und in der Folge widersprüchliche Entscheidungen gibt.⁴⁵¹ Gerade im Bereich der Festlegung eines angemessenen Umtauschverhältnisses ist diese Gefahr besonders groß, da die Bemessung des Umtauschverhältnisses innerhalb einer gewissen Bandbreite als angemessen zu qualifizieren ist.⁴⁵² Eine unterschiedliche Festsetzung durch zwei oder mehrere Gerichte ist nicht nur mit erheblichen Kosten für jedes einzelne Verfahren verbunden, sondern auch wenig zweckmäßig.⁴⁵³ Daher scheint es geboten, eine Konzentration des Überprüfungsverfahrens bei einem der international zuständigen Gerichte zu erreichen. Die EuGVVO stellt im Abschnitt 9 mit den Artt 27 und 28 zwei Normen zur Verfügung, die eine Koordination von in verschiedenen Mitgliedstaaten anhängig gemachten Verfahren ermöglichen sollen.

2.1. Anwendungsvoraussetzungen für Artt 27 und 28 EuGVVO

Als Grundvoraussetzung muss die sachliche Anwendbarkeit der EuGVVO gegeben sein, wobei sich die Zuständigkeit der jeweiligen Gerichte nicht unbedingt auf eine Gerichtsstandsregelung in der EuGVVO stützen muss.⁴⁵⁴ Weiters müssen die eingeleiteten Verfahren bei zuständigen Gerichten eingebracht worden sein, wobei dies solange zu vermuten ist, solange sich das angerufene Gericht nicht für unzuständig erklärt.⁴⁵⁵ Es müssen Gerichte in verschiedenen Mitgliedstaaten angerufen worden sein, reine Binnenfälle werden von den Artt 27 und 28 nicht erfasst.⁴⁵⁶ Die Koordinierungsvorschriften greifen erst ein, wenn die Verfahren bereits anhängig sind, wobei Art 30 EuGVVO eine autonome Bestimmung des Zeitpunktes der Anhängigkeit liefert. Demnach ist ein Verfahren dann als anhängig zu betrachten, wenn, je nach Ausgestaltung des einschlägigen nationalen Rechtes, das verfahrenseinleitende Schriftstück entweder bei Gericht eingebracht oder zur Zustellung an den Beklagten an die dafür zuständige Stelle übergeben wird. Vor Anhängigkeit bei den Gerichten kann eine Verfahrenskoordination jedoch noch nicht

⁴⁵¹ EuGH 08.12.1987, 144/86 – *Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo* Rz 8; EuGH 06.12.1994, C-406/92 – *Tatry* Rz 32; *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 1; *McGuire/Burgstaller in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 27 EuGVO Rz 1; *Mayr in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 1; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 27 EuGVO Rz 1; *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 27 Rz 1.

⁴⁵² Vgl dazu Kapitel VI.1.

⁴⁵³ *Mayr in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 1; *McGuire/Burgstaller in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 27 EuGVO Rz 1.

⁴⁵⁴ *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 3; *Mayr in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 10; *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 27 Rz 14.

⁴⁵⁵ *Mayr in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 5.

⁴⁵⁶ *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 3; *Mayr in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 8; *McGuire/Burgstaller in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 27 EuGVO Rz 1.

stattfinden. Unerheblich ist die Verfahrensart, sodass auch Anträge nach dem AußStrG erfasst werden.⁴⁵⁷

2.2. Koordinierung aufgrund von Art 27 EuGVVO

Art 27 Abs 1 EuGVVO nimmt darauf Bezug, dass „[...] bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht [...]“ wurden. In diesem Fall hat das später angerufene Gericht das Verfahren von Amts wegen auszusetzen und sich gemäß Art 27 Abs 2 EuGVVO schließlich für unzuständig zu erklären, sobald die Zuständigkeit des Erstgerichtes feststeht.

2.2.1. Identität des Anspruchs

Die Beantwortung der Frage, ob es sich um denselben Anspruch im Sinne des Art 27 EuGVVO handelt, muss autonom erfolgen.⁴⁵⁸ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Begriff weit auszulegen und anhand der sogenannten Kernpunktlehre zu bestimmen.⁴⁵⁹ Dabei müssen sowohl der Gegenstand, worunter der Zweck des angestrebten Verfahrens zu verstehen ist, als auch die Grundlage des Anspruches übereinstimmen, um zu einer Identität zu gelangen. Auf die formale Identität der Klage kommt es hingegen nicht an.⁴⁶⁰ Zur Beurteilung der Identität der Grundlage sind der Sachverhalt und die Rechtsvorschrift,⁴⁶¹ nicht jedoch die vom Anspruchsgegner erhobenen Einwendungen⁴⁶² zu berücksichtigen. Nicht erforderlich ist ein Übereinstimmen der begehrten Entscheidung.⁴⁶³

⁴⁵⁷ *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 6; *Mayr in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 1 EuGVVO Rz 12.

⁴⁵⁸ *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 9; *Mayr in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 14; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 27 EuGVO Rz 7; *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 27 Rz 29; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 153.

⁴⁵⁹ EuGH 08.12.1987, 144/86 – *Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo* Rz 16; *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 10 ff; *Mayr in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 16; *McGuire/Burgstaller in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 27 EuGVO Rz 59; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 27 EuGVO Rz 7; *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 27 Rz 30 f; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 153.

⁴⁶⁰ EuGH 08.12.1987, 144/86 – *Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo* Rz 17.

⁴⁶¹ EuGH 06.12.1994, C-406/92 – *Tatry* Rz 38 ff.

⁴⁶² EuGH 08.05.2003, C-111/01 - *Gantner Electronic* Rz 26; *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 6; *Mayr in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 13; *McGuire/Burgstaller in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 27 EuGVO Rz 60; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 27 EuGVO Rz 13; *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 27 Rz 43.

⁴⁶³ *McGuire/Burgstaller in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 27 EuGVO Rz 59.

2.2.2. Identität der Parteien

Die Identität der Parteien ist aufgrund von autonom entwickelten Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln.⁴⁶⁴ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist dieser Begriff ebenfalls weit auszulegen. Parteiidentität liegt nicht nur dann vor, wenn es sich um dieselben in den Anträgen bezeichneten Personen handelt oder lediglich deren Rolle vertauscht wurde. Sie ist auch dann gegeben, wenn die Interessen der Parteien identisch und voneinander untrennbar sind, etwa weil sich die Rechtskraft der Entscheidung auch auf die andere Partei auswirkt.⁴⁶⁵

2.2.3. Vorgehen des später angerufenen Gerichtes

Zur Klärung, welches der angerufenen Gerichte zuerst befasst wurde, ist auf die autonome Bestimmung in Art 30 EuGVVO zurückzugreifen.⁴⁶⁶ Die Koordinierungsregel in Art 27 EuGVVO nimmt ausschließlich auf das Zuvorkommen Bezug, sodass Gesichtspunkte wie Sachnähe oder Gleichlauf von materiellem und formellem Recht außer Betracht bleiben müssen. Das später angerufene Gericht hat das bei ihm anhängig gemachte Verfahren zunächst von Amts wegen auszusetzen, wobei es bei dieser Entscheidung keinen Ermessensspielraum hat.⁴⁶⁷ Eine Pflicht zur amtswegigen Ermittlung, ob ein Verfahren in einem anderen Mitgliedstaat anhängig sein könnte, besteht nach hM jedoch nur dann, wenn es konkrete Hinweise darauf gibt.⁴⁶⁸

Die Aussetzung erfolgt nach den einschlägigen nationalen Verfahrensnormen. In Österreich sind daher die Bestimmungen über die Unterbrechung des Verfahrens, im außerstreitigen Verfahren

⁴⁶⁴ EuGH 08.12.1987, 144/86 – *Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo* Rz 11; EuGH 06.12.1994, C-406/92 - *Tatry* Rz 30; *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 7; *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 20; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 27 EuGVO Rz 4; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 27 Rz 12 f.

⁴⁶⁵ EuGH 19.05.1998, C-351/96 – *Drouot assurances* Rz 19 ff; EuGH 06.12.1994, C-406/92 - *Tatry* Rz 31; *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 8; *McGuire/Burgstaller* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 27 EuGVO Rz 40 f; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 27 EuGVO Rz 4; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 27 Rz 13.

⁴⁶⁶ Vgl dazu Kapitel VII.2.1.

⁴⁶⁷ EuGH 09.12.2003, C-116/02 - *Gasser* Rz 42; *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 15; *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 22.

⁴⁶⁸ *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 15; *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 21; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 27 EuGVO Rz 23; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 27 Rz 60 ff.

geregelt in den §§ 25 und 26 AußStrG, heranzuziehen.⁴⁶⁹ Die Aussetzung dauert solange an, bis die Zuständigkeit des Erstgerichtes feststeht. Dabei prüft jedoch ausschließlich das zuerst angerufene Gericht, ob es zur Führung des Verfahrens international zuständig ist.⁴⁷⁰ Die internationale Zuständigkeit muss sich nicht auf einen Gerichtsstand der EuGVVO stützen, sondern kann etwa auch aufgrund einer rügelosen Einlassung des Antragsgegners gemäß Art 24 EuGVVO gegeben sein, sofern kein Zwangsgerichtsstand vorliegt.⁴⁷¹ Die Zuständigkeitsentscheidung des Erstgerichtes wird in aller Regel implizit erfolgen; eine förmliche Entscheidung ist nur dann zu treffen, wenn der Antragsgegner die Einrede der Unzuständigkeit erhebt.⁴⁷²

Das später angerufene Gericht hat bis zur Klärung der Zuständigkeit des Erstgerichtes zuzuwarten, ohne dass es auf die Entscheidung Einfluss nehmen könnte. Sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichtes feststeht, hat sich das Zweitgericht für unzuständig zu erklären. Dies erfolgt durch Beschluss, mit welchem der Antrag wegen internationaler Unzuständigkeit zurückgewiesen wird.⁴⁷³ Die Terminologie ist dabei etwas unglücklich gewählt, weil Art 27 EuGVVO ja gerade Zuständigkeitskonflikte zwischen konkurrierend international zuständigen Gerichten regelt.⁴⁷⁴ Andererseits wird durch das Instrument der rügelosen Einlassung gemäß Art 24 EuGVVO auch die Möglichkeit geschaffen, die Zuständigkeit eines an sich international unzuständigen Gerichtes zu schaffen, sofern dieses zuerst angerufen wird.

Fällt die Zuständigkeitsentscheidung des Erstgerichtes negativ aus, hat das später angerufene Gericht die Aussetzung zu beenden und das Verfahren in der Sache fortzusetzen.⁴⁷⁵ Eine

⁴⁶⁹ *McGuire/Burgstaller* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 27 EuGVO Rz 104; *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 15; *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 23; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 27 Rz 55; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 27 EuGVO Rz 24.

⁴⁷⁰ EuGH 09.12.2003, C-116/02 - *Gasser* Rz 48; *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 24; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 27 EuGVO Rz 19; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 27 Rz 17.

⁴⁷¹ EuGH 09.12.2003, C-116/02 - *Gasser* Rz 49 ff; *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 16; *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 27; *McGuire/Burgstaller* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 27 EuGVO Rz 108.

⁴⁷² *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 16; *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 27; *McGuire/Burgstaller* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 27 EuGVO Rz 108.

⁴⁷³ *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 17; *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 26; ähnlich *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 27 Rz 67.

⁴⁷⁴ *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 1 EuGVVO Rz 26.

⁴⁷⁵ *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 25; *McGuire/Burgstaller* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 27 EuGVO Rz 105.

Überweisung ist nicht möglich, weder vom unzuständigen Erstgericht an das seiner Meinung nach zuständige Gericht, noch vom später angerufenen Gericht an das Erstgericht.⁴⁷⁶

2.3. Koordinierung aufgrund von Art 28 EuGVVO

Ergänzend zu Art 27 EuGVVO ermöglicht Art 28 EuGVVO eine Koordinierung von Verfahren, die „in Zusammenhang“ stehen. Ist dies der Fall, so kann das später angerufene Gericht das Verfahren aussetzen; abgestellt wird also wie bei Art 27 EuGVVO auf das Zuvorkommen. Es handelt sich dabei um eine Auffangnorm, die Verfahren erfassen soll, die zwar in Zusammenhang stehen, aber die strengen Voraussetzungen des Art 27 EuGVVO nicht erfüllen. Es muss weder eine Identität der Parteien noch des Streitgegenstandes vorliegen.⁴⁷⁷ Das Erstgericht muss grundsätzlich für das beim später angerufenen Gericht angestrebte Verfahren auch nicht international zuständig sein.⁴⁷⁸ Ausreichend ist, dass das jeweilige Gericht für das bei ihm eingebrachte Verfahren international zuständig ist.⁴⁷⁹

2.3.1. Zusammenhang der Verfahren

Art 28 Abs 3 EuGVVO enthält eine Definition, wann es sich um Verfahren handelt, die in Zusammenhang stehen. Demnach ist dies dann der Fall, „[...] wenn zwischen ihnen eine so enge Beziehung gegeben ist, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergeben könnten.“

Das Vorliegen einer „engen Beziehung“ als auch die Gefahr der „widersprechenden Entscheidung“ sind autonom und weit auszulegen.⁴⁸⁰ Die Abgrenzung des Art 28 zum ebenfalls sehr weit

⁴⁷⁶ Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 27 Rz 17; Mayr in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 27 EuGVVO Rz 28; Kropholler/Hein, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 27 EuGVO Rz 22.

⁴⁷⁷ Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 28 Rz 2; McGuire/Burgstaller in Burgstaller/Neumayr, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 28 EuGVO Rz 1; Mayr in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 28 EuGVVO Rz 3; Kropholler/Hein, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 28 EuGVO Rz 5; Weppner, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 173 f.

⁴⁷⁸ Vgl Kapitel VII.2.3. über die Voraussetzungen zur Vorgehensweise nach Art 28 Abs 2 EuGVVO.

⁴⁷⁹ McGuire/Burgstaller in Burgstaller/Neumayr, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 28 EuGVO Rz 4; Mayr in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 28 EuGVVO Rz 3.

⁴⁸⁰ McGuire/Burgstaller in Burgstaller/Neumayr, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 28 EuGVO Rz 7; Mayr in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 28 EuGVVO Rz 6; Kropholler/Hein, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 28 EuGVO Rz 3; Adolphsen, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 154.

auszulegenden Anwendungsbereich des Art 27 EuGVVO kann im Einzelfall sehr schwierig sein.⁴⁸¹ Die Entscheidung hat letztlich das später angerufene Gericht zu treffen.⁴⁸²

2.3.2. Vorgehen des später angerufenen Gerichtes gemäß Abs 1

Die Beurteilung, ob eine „enge Beziehung“ der beiden Verfahren gegeben ist, obliegt dem Zweitgericht. Gelangt das später angerufene Gericht zum Ergebnis, dass in einem anderen Mitgliedstaat eine Klage anhängig ist, die im Zusammenhang mit der bei ihm eingebrachten Klage steht, so kann das Zweitgericht das bei ihm anhängig gemachte Verfahren aussetzen. Im Gegensatz zu Art 27 EuGVVO besteht jedoch keine Verpflichtung zur Aussetzung; dem später angerufenen Gericht wird vielmehr ein Ermessen eingeräumt.⁴⁸³ Es ist auch weder für die Aussetzung noch für die Fortsetzung des Verfahrens erforderlich, dass die Zuständigkeit des Erstgerichtes feststeht.⁴⁸⁴ Die Aussetzung erfolgt wie bei Art 27 EuGVVO nach den Bestimmungen über die Unterbrechung und - im Rahmen des Ermessensspielraumes - von Amts wegen. Auf Einrede einer Partei hat das Gericht über die Unterbrechung zu entscheiden.⁴⁸⁵

Nach der Entscheidung des Erstgerichtes hat das später angerufene Gericht das Verfahren fortzusetzen, sofern keine Zurückweisung des Verfahrens gemäß Art 28 Abs 2 EuGVVO erfolgte. Dabei hat es die Ergebnisse des ausländischen Verfahrens nach den Bestimmungen über die Anerkennung zu berücksichtigen.⁴⁸⁶

2.3.3. Vorgehen des später angerufenen Gerichtes gemäß Abs 2

Eine Zurückweisung der Klage ist nur dann möglich, wenn die Voraussetzungen gemäß Art 28 Abs 2 EuGVVO erfüllt werden. Zunächst müssen beide Klagen in erster Instanz anhängig sein,

⁴⁸¹ Mayr in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 28 EuGVVO Rz 4; Geimer in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 28 Rz 1.

⁴⁸² EuGH 06.12.1994, C-406/92 - *Tatry* Rz 52 f; McGuire/Burgstaller in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 28 EuGVO Rz 3; Mayr in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 28 EuGVVO Rz 7.

⁴⁸³ Tiefenthaler in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 28 Rz 6; McGuire/Burgstaller in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 28 EuGVO Rz 14; Mayr in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 28 EuGVVO Rz 16; Kropholler/Hein, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 28 EuGVO Rz 10; Geimer in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 28 Rz 18.

⁴⁸⁴ Tiefenthaler in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 28 Rz 6; Mayr in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 28 EuGVVO Rz 8.

⁴⁸⁵ Tiefenthaler in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 28 Rz 6; McGuire/Burgstaller in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 28 EuGVO Rz 12; Mayr in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 28 EuGVVO Rz 8.

⁴⁸⁶ McGuire/Burgstaller in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 28 EuGVO Rz 16.

damit keiner der involvierten Parteien eine Instanz verloren gehen kann.⁴⁸⁷ Das zuerst angerufene Gericht muss darüber hinaus für beide Klagen zuständig sein und die Verbindung der beiden Verfahren muss nach dem Recht des Erstgerichtes zulässig sein, um negative Kompetenzkonflikte zu vermeiden.⁴⁸⁸ Schließlich kann eine Zurückweisung durch das Zweitgericht nur auf Antrag einer Partei erfolgen.

Strittig ist, ob im Falle der Erstanrufung eines österreichischen Gerichtes eine Verbindung der Verfahren zulässig ist. Diese ist nach dem nationalen Verfahrensrecht durchzuführen, wobei gemäß § 187 ZPO eine Verbindung nur dann möglich ist, wenn die Verfahren bei demselben Gericht anhängig sind. Da jedoch, wie auch bei Art 27 EuGVVO, eine grenzüberschreitende Überweisung vom später angerufenen Gericht an das Erstgericht nicht vorgesehen ist, muss der Antrag beim Erstgericht ohnehin neu eingebracht werden.⁴⁸⁹ Damit wären die beiden Verfahren bei demselben Gericht anhängig, sodass eine Verbindung gemäß § 187 ZPO zulässig sein dürfte.⁴⁹⁰

3. Koordinierung von in verschiedenen Mitgliedstaaten anhängig gemachten Überprüfungsverfahren nach Art 27 EuGVVO

3.1. Identität des Anspruches

Als erste Voraussetzung zur Anwendung des Art 27 Abs 1 EuGVVO muss geklärt werden, ob es sich bei den eingebrachten Anträgen auf bare Zuzahlungen um denselben Anspruch handelt. Nur wenn dies der Fall ist, kommt eine Verfahrenskoordination nach dieser Bestimmung in Betracht. Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist nach autonom zu bestimmenden Gesichtspunkten zu prüfen, wobei nach der Rechtsprechung des EuGH auf die Kernpunktlehre abzustellen ist.⁴⁹¹ Demnach muss mit den bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten anhängig gemachten Verfahren derselbe Zweck verfolgt werden. Als solcher Verfahrenszweck ist bei der

⁴⁸⁷ *McGuire/Burgstaller* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 28 EuGVO Rz 17; *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 28 EuGVVO Rz 18; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 28 EuGVO Rz 8.

⁴⁸⁸ *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 28 EuGVVO Rz 12 f; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 28 EuGVO Rz 8.

⁴⁸⁹ Vgl dazu Kapitel VII.2.2.3.

⁴⁹⁰ Zustimmung *McGuire/Burgstaller* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 28 EuGVO Rz 19; *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 28 EuGVVO Rz 13; ablehnend *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 28 Rz 7; für die vergleichbare Bestimmung der dZPO ablehnend *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 28 EuGVO Rz 8; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 28 Rz 34.

⁴⁹¹ Vgl dazu Kapitel VII.2.2.1.

nachträglichen Überprüfung des Umtauschverhältnisses die Bewertung der an der Verschmelzung beteiligten Unternehmen zu betrachten, woraus wiederum das Umtauschverhältnis der Anteile abzuleiten ist. Darüber hinaus müssen die Anträge auch auf einer identischen Grundlage, worunter der Sachverhalt und die Rechtsvorschrift zu verstehen sind, beruhen. Der maßgebliche Sachverhalt, der zur Einleitung eines Überprüfungsverfahrens führt, ist die bereits abgeschlossene SE-Verschmelzungsgründung. Diese stellt sich aus Sicht aller beteiligten Gesellschaften wie auch Gesellschafter als einheitlicher Sachverhalt dar, sodass auch das Vorliegen dieser Voraussetzung bejaht werden kann.⁴⁹² Als maßgebliche identische Rechtsvorschrift ist wohl Art 25 Abs 3 zu betrachten, der auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist. Streng betrachtet hätten daher im Falle einer SE-Verschmelzungsgründung, bei der die Aktionäre beider beteiligter Gesellschaften eine nachträgliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses einleiten können, keine identische Rechtsvorschrift als Grundlage, weil zwei unterschiedliche Vorschriften aus zwei nationalen Rechtsordnungen einschlägig sind. Eine derart formalistische Auslegung dieses Erfordernisses ist jedoch mE abzulehnen. Dies würde dazu führen, dass sämtliche Ansprüche, die aufgrund von Richtlinien oder Ermächtigungen in die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten Eingang gefunden haben, niemals auf einer identischen Grundlage im Sinne des Art 27 Abs 1 EuGVVO beruhen würden.

3.2. Identität der Parteien

Die Beurteilung, ob es sich um die identischen Parteien handelt, hat nach autonomen Grundsätzen zu erfolgen.⁴⁹³ Eine Identität der Parteien ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn Überprüfungsanträge lediglich einer Aktionärsgruppe bei verschiedenen mitgliedstaatlichen Gerichten anhängig gemacht werden. Dies ist dann der Fall, wenn lediglich Aktionäre einer übertragenden oder der übernehmenden Gesellschaft Überprüfungsanträge stellen. Die Interessen der einzelnen Antragsteller sind dabei insbesondere deshalb so eng miteinander verbunden, weil sich die Rechtskraft der Entscheidung auf alle Aktionäre der betroffenen Gesellschaft auswirkt. Im Falle der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses bekommt jeder Aktionär denselben Betrag pro Aktie als bare Zuzahlung beziehungsweise erhält kein Aktionär der Gruppe einen Ausgleichsbetrag, wenn das Gericht das Umtauschverhältnis für angemessen hält.⁴⁹⁴

⁴⁹² *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 175.

⁴⁹³ Vgl dazu Kapitel VII.2.2.2.

⁴⁹⁴ Vgl dazu Kapitel IV.3.2.

Nicht anders zu beurteilen ist mE auch der Fall, dass sowohl Aktionäre einer übertragenden als auch der übernehmenden Gesellschaft Anträge einbringen. Mit beiden Verfahren wird der Zuspruch barer Zuzahlungen für die Aktionäre der übertragenden beziehungsweise übernehmenden Gesellschaft und damit einhergehend die Ablehnung von Zahlungen an die jeweils andere Aktionärsgruppe begehrt. In diesem Fall werden also durch die anhängig gemachten Verfahren mE lediglich die Rollen der beiden Aktionärsgruppen vertauscht, was nach der Rechtsprechung des EuGH dem Erfordernis der Identität der Parteien nicht schadet.⁴⁹⁵ Zu beachten ist, dass es sich beim Überprüfungsverfahren um einen Mehrparteienprozess handelt, bei dem zumindest drei Parteien (die SE als Antragsgegnerin und die Aktionärsgruppen der zumindest zwei beteiligten Gründungsgesellschaften) beteiligt sind. Ein Parteirollentausch, wie er typischerweise im Zweiparteienprozess zwischen Kläger und Beklagtem vorkommt, ist somit gar nicht möglich. Durch die Einleitung eines Überprüfungsverfahrens durch beide beteiligte Aktionärsgruppen ändert sich also nur deren jeweilige Parteirolle, während die Rolle des Antragsgegners, also der SE, unverändert bleibt. Aber auch ein derartiger Rollentausch ausschließlich auf Seiten der antragstellenden Parteien ändert mE nichts an der Identität der Parteien. Selbst wenn nur eine Aktionärsgruppe einen Überprüfungsantrag gegen die SE stellt, verfolgt diese die gegenläufigen Interessen der anderen Aktionärsgruppe, die selbstverständlich gegen den Zuspruch barer Ausgleichsleistungen eintreten wird. Der Unterschied liegt im gegenständlichen Fall nur darin, dass die andere Aktionärsgruppe nicht nur passiv gegen Ausgleichsleistungen der einen Aktionärsgruppe, sondern darüber hinaus aktiv für den Zuspruch von Ausgleichszahlungen an sie selbst auftritt.

Auch wenn Gesellschafter mehrerer Gesellschaften Überprüfungsanträge einbringen, handelt es sich mE wiederum nur um einen Rollentausch auf Seiten der Antragsteller. Der Umstand, dass die einzelnen Aktionärsgruppen gegenläufige Interessen verfolgen, ist eine logische Konsequenz des Wechsels der Parteirollen und schadet mE nicht. Es kommt vielmehr auf Identität und Untrennbarkeit der Interessen an, die auch in diesen Fallkonstellationen durch die in Art 25 Abs 3 ausdrücklich angeordnete Rechtskrafterstreckung gegenüber der SE⁴⁹⁶ und allen ihren Aktionären gegeben sind.⁴⁹⁷ Schließlich wirkt sich der rechtskräftige Zuspruch oder aber auch die rechtskräftige Ablehnung von baren Zuzahlungen an eine Aktionärsgruppe gegenüber allen Aktionärsgruppen aus. Die nicht antragstellenden Aktionärsgruppen erhalten Gewissheit darüber,

⁴⁹⁵ Vgl dazu Kapitel VII.2.2.2.

⁴⁹⁶ Art 25 Abs 3 spricht von „übernehmende Gesellschaft“, nichts anderes kann aber für eine durch Verschmelzung zur Neugründung entstandene SE gelten.

⁴⁹⁷ AA *Wepner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 176 f, der das Erfordernis des gemeinsamen Interesses für nicht erfüllt hält.

ob und gegebenenfalls inwieweit es zu einem Liquiditätsabfluss aus der Gesellschaft kommt beziehungsweise im Falle der Ausgabe von Aktien anstelle der baren Zuzahlungen, wie stark die dadurch hervorgerufene Anteilsverschiebung ist.⁴⁹⁸ Darüber hinaus wird sich die rechtskräftige Entscheidung auch auf die Verfahren der anderen antragstellenden Aktionärsgruppen auswirken, sodass der Ausgang dieser Verfahren erheblich beeinflusst wird.

3.3. Internationale Zuständigkeit des Erstgerichtes für beide Verfahren

Eine Verfahrenskonzentration gemäß Art 27 EuGVVO ist nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm ausschließlich beim zuerst angerufenen Gericht möglich. Daher muss dieses sowohl zur Durchführung des bei ihm anhängig gemachten Verfahrens, als auch für das später bei einem Gericht in einem anderen Mitgliedstaat eingeleitete Verfahren international zuständig sein. Fehlt dem Erstgericht somit die internationale Zuständigkeit für das später eingeleitete Verfahren, kann eine Verfahrenskoordination nach Art 27 EuGVVO nicht durchgeführt werden.⁴⁹⁹ Selbst dann, wenn das Zweitgericht für beide anhängigen Verfahren international zuständig wäre, das Erstgericht jedoch nur für das bei ihm eingeleitete, kommt aufgrund der strengen Prioritätsregel eine Konzentration der beiden Verfahren beim Zweitgericht nicht in Frage. In diesen Fällen kann daher nur nach den Bestimmungen des Art 28 EuGVVO vorgegangen werden.⁵⁰⁰

Das nachträgliche Überprüfungsverfahren kann bei mehreren Gerichten eingeleitet werden, wobei jedoch nur das Gericht des allgemeinen Gerichtsstandes der SE gemäß den Artt 2 iVm 60 EuGVVO für die Anträge aller antragsberechtigten Aktionärsgruppen international zuständig ist. Die Gerichte des vertraglichen Erfüllungsortes gemäß Art 5 Z 1a EuGVVO sind hingegen jeweils nur für die Anträge der Aktionäre jener Gesellschaft international zuständig, deren Sitz sich zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Verschmelzung in ihrem Gerichtssprengel befunden hat.⁵⁰¹ Die strenge Prioritätsregel in Art 27 EuGVVO bringt daher die unangenehme Folge mit sich, dass die Möglichkeit der Konzentration des Überprüfungsverfahrens nach dieser Bestimmung davon abhängt, bei welchem Gericht zuerst ein Antrag eingebracht wird. Die Möglichkeit einer Koordinierung aufgrund eines anderen Merkmales als dem Zuvorkommen sieht die EuGVVO nicht vor.⁵⁰² Zweckmäßig wäre etwa das Abstellen auf jenes Gericht, welches zur Führung aller anhängig gemachten Verfahren international zuständig ist, unabhängig vom Zeitpunkt der Anrufung oder auch eine Konzentration beim sachnächsten Gericht.

⁴⁹⁸ Vgl dazu Kapitel IV.3.1.2.

⁴⁹⁹ Vgl dazu Kapitel VII.2.2.3.

⁵⁰⁰ Vgl dazu Kapitel VII.2.2.3.

⁵⁰¹ Vgl dazu die Kapitel VI.2.2. und VI.2.4.

⁵⁰² Vgl zur Kritik an der Prioritätsregel Kapitel VII.2.2.3.

Wird zuerst das Gericht am allgemeinen Gerichtsstand angerufen, ist eine Koordinierung nach Art 27 EuGVVO jedenfalls möglich. Das später angerufene Gericht hat somit zunächst das Verfahren auszusetzen und die Zuständigkeitsentscheidung des Erstgerichtes abzuwarten. Hält sich das Erstgericht für international zuständig, so hat sich das Zweitgericht für unzuständig zu erklären.⁵⁰³

Wird zuerst ein Gericht am Erfüllungsort angerufen, so ist darauf abzustellen, wo und von welcher Aktionärsgruppe weitere Verfahren anhängig gemacht werden. Handelt es sich um Aktionäre derselben Aktionärsgruppe, die einen Überprüfungsantrag am allgemeinen Gerichtsstand der SE geltend gemacht haben, ist eine Koordination nach Art 27 EuGVVO möglich, weil auch das Gericht am Erfüllungsort zur Führung des beim Zweitgericht anhängig gemachten Verfahrens international zuständig ist. In allen anderen Fallkonstellationen kann eine Verfahrenskonzentration nach Art 27 EuGVVO nicht erreicht werden, sodass nach den Bestimmungen des Art 28 EuGVVO vorzugehen ist.⁵⁰⁴

4. Koordinierung von in verschiedenen Mitgliedstaaten anhängig gemachten Überprüfungsverfahren nach Art 28 EuGVVO

Ist aufgrund der mangelnden Zuständigkeit des Erstgerichtes eine Verfahrenskoordination gemäß Art 27 EuGVVO nicht möglich, ist nach Art 28 Abs 1 EuGVVO vorzugehen.⁵⁰⁵ Das Erfordernis des Zusammenhanges der anhängigen Verfahren gemäß Art 28 Abs 3 EuGVVO ist in jedem Fall erfüllt, da bereits die strengeren Voraussetzungen des Art 27 Abs 1 EuGVVO, also Anspruchs- und Parteiidentität, bejaht wurden.⁵⁰⁶ Auch Art 28 EuGVVO stellt streng auf das Zuvorkommen ab, sodass bei Anwendung dieser Bestimmung ebenfalls eine Verfahrenskonzentration bei einem später angerufenen Gericht keinesfalls möglich ist.⁵⁰⁷ Die später angerufenen Gerichte können demnach das jeweils anhängige Verfahren aussetzen und die Entscheidung des Erstgerichtes abwarten.

Ein Vorgehen nach Art 28 Abs 2 EuGVVO scheidet beim nachträglichen Überprüfungsverfahren jedenfalls aus, weil dem Erstgericht die internationale Zuständigkeit zur Führung des später anhängig gemachten Verfahrens fehlt. Wäre diese gegeben, könnte eine Verfahrenskoordination bereits nach Art 27 EuGVVO erfolgen. Daher ist eine

⁵⁰³ Vgl dazu Kapitel VII.2.2.3.

⁵⁰⁴ Vgl dazu Kapitel VII.2.3.

⁵⁰⁵ Vgl dazu Kapitel VII.2.3.

⁵⁰⁶ Vgl dazu Kapitel VII.2.2.

⁵⁰⁷ Vgl dazu Kapitel VII.2.3.

Unzuständigkeitserklärung des später angerufenen Gerichtes und damit verbunden eine Verfahrenskonzentration beim Erstgericht nicht möglich.

5. Koordinierung der Verfahren bei konkurrierender Zuständigkeit mehrerer Gerichte in Österreich

Die Normen zur Verfahrenskoordination in den Artt 27 ff EuGVVO sind nur dann einschlägig, wenn Verfahren bei zwei oder mehreren Gerichten in verschiedenen Mitgliedstaaten anhängig sind. Mangels anderweitiger gemeinschaftsrechtlicher Regelungen ist daher bei konkurrierender Zuständigkeit mehrerer Gerichte eines Mitgliedstaates auf die jeweiligen nationalen Vorschriften zurückzugreifen. Beim Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist eine konkurrierende Zuständigkeit mehrerer österreichischer Gerichte immer dann denkbar, wenn zumindest zwei österreichische Gesellschaften an der SE-Verschmelzungsgründung beteiligt sind. In dem Fall, dass die SE ihren Sitz in Österreich hat und zumindest zwei österreichische Gründungsgesellschaften beteiligt sind, kommt es sogar ausschließlich zu einer konkurrierenden Zuständigkeit österreichischer Gerichte, sofern die Aktionäre der ausländischen Gründungsgesellschaft(en) kein nachträgliches Überprüfungsverfahren einleiten können. In allen anderen Fallkonstellationen kann es zumindest faktisch zu einer ausschließlichen innerstaatlichen Zuständigkeitskonkurrenz kommen, weil Überprüfungsanträge tatsächlich nur bei österreichischen Gerichten eingebracht wurden.⁵⁰⁸

Die Koordinierung mehrerer anhängig gemachter Verfahren - denselben Verfahrensgegenstand betreffend - ist in § 12 Abs 2 AußStrG geregelt. Nach österreichischem Verfahrensrecht wird also nicht auf die Identität des Anspruches und der Parteien oder auf den Zusammenhang der Verfahren, sondern auf die Identität des Streitgegenstandes abgestellt. Daraus resultieren für die Behandlung des nachträglichen Überprüfungsverfahrens jedoch keine maßgeblichen Unterschiede. Die Anhängigkeit des Verfahrens ist gemäß § 12 Abs 1 AußStrG mit dem Antrag auf Einleitung bei Gericht gegeben. Da Art 30 EuGVVO zur Beurteilung des Zeitpunktes der Anhängigkeit auf das nationale Recht verweist, sind dabei keine Unterschiede gegeben. Die Regelung in § 12 Abs 1 AußStrG entspricht der Variante des Art 30 Z 1 EuGVVO.⁵⁰⁹ Ähnlich der Ausgestaltung in den Artt 27 ff EuGVVO stellt § 12 Abs 2 AußStrG alleine auf das Zuvorkommen ab und sieht eine Verfahrenskonzentration beim zuerst angerufenen Gericht vor. Das später angerufene Gericht hat „[...] die Sache an das an sich zuständige Gerichte zu überweisen, bei

⁵⁰⁸ Vgl dazu Kapitel VII.1.

⁵⁰⁹ McGuire/Burgstaller in Burgstaller/Neumayr, Internationales Zivilverfahrensrecht (Dezember 2009), Art 30 EuGVO Rz 12.

dem sie zuerst anhängig geworden ist.“ Das erneute Einbringen des Antrages beim zuerst befassten Gericht ist daher nicht nötig. Darin liegt der wesentliche Unterschied zu den Regelungen in den Artt 27 ff EuGVVO, denen das Institut der (grenzüberschreitenden) Überweisung an das Erstgericht fremd ist.⁵¹⁰ Nach den Bestimmungen der EuGVVO hat (Art 27 Abs 2) beziehungsweise kann (Art 28 Abs 2) sich das später angerufene Gericht für unzuständig erklären, mit der Folge, dass der Antrag beim Erstgericht erneut eingebracht werden muss.⁵¹¹

⁵¹⁰ Vgl dazu Kapitel VII.2.2.3.

⁵¹¹ Vgl dazu Kapitel VII.2.2.3. und VII.2.3.2.

VIII. Zusammenspiel mehrerer mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen

1. Auseinanderfallen von materiellem Recht und Verfahrensrecht

Wie bereits ausführlich erläutert wurde, sind zur Durchführung des nachträglichen Verfahrens zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses bei der SE-Verschmelzungsgründung in der überwiegenden Mehrzahl der Fallkonstellationen die Gerichte von zumindest zwei Mitgliedstaaten international zuständig.⁵¹² Zunächst ist zu prüfen, ob es überhaupt zu einem Auseinanderfallen von materiellem Recht und Verfahrensrecht kommen kann, oder ob das Verfahrensrecht von der Verweisung der Artt 18 beziehungsweise 24 Abs 2 iVm 25 Abs 3 mit umfasst ist.

1.1. Verweisungsumfang der Artt 18 beziehungsweise 24 Abs 2 iVm 25 Abs 3

Ein nachträgliches Überprüfungsverfahren kann sich sowohl auf Art 18, als auch - unter Einhaltung der engeren Voraussetzungen - auf Art 24 Abs 2 stützen. Die Anwendungsmodalitäten finden sich für beide Varianten in Art 25 Abs 3, der die Zustimmung zur Durchführung des Verfahrens der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft fordert, sofern deren Personalstatut kein derartiges Verfahren kennt.⁵¹³ Zwar verwendet Art 25 Abs 3 mehrmals den Begriff „*Verfahren*“, doch werden davon lediglich die materiellrechtlichen Vorschriften der jeweiligen nationalen Rechtsordnung mitumfasst.⁵¹⁴ Die österreichischen verfahrensrechtlichen Normen stehen somit nicht zur Disposition und können folglich auch nicht im Rahmen der Zustimmung als maßgeblich vereinbart werden. Im Übrigen würden die österreichischen Verfahrensnormen ohnehin von den ausländischen Gerichten weitgehend nicht angewendet werden.⁵¹⁵

Dies bedeutet, dass die Zustimmung der ausländischen Gesellschaft gemäß Art 25 Abs 3 als partielle Rechtswahl zugunsten des österreichischen Rechtes qualifiziert werden kann. Das an sich in der SE-VO vorgesehene Grundkonzept wird – je nach Umfang der Zustimmung durch die ausländische Gesellschaft – entweder für die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft oder zusätzlich auch für jene der ausländischen abbedungen und durch die in der österreichischen

⁵¹² Vgl dazu Kapitel VII.2.

⁵¹³ Vgl dazu Kapitel III.4.

⁵¹⁴ *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 130; vgl zum Versuch einer Abgrenzung von formellem und materiellem Recht beim Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses Kapitel VIII.1.4.

⁵¹⁵ Vgl dazu Kapitel VIII.1.4.3.1.

Rechtsordnung normierten materiellen Verfahrensnormen ersetzt. Die österreichischen verfahrensrechtlichen Vorschriften werden davon jedoch nicht erfasst. Durch die Zustimmung kommt es grundsätzlich auch zu keiner Zuständigkeitsvereinbarung zugunsten der österreichischen Gerichte.⁵¹⁶ Rechtswahl und internationale Zuständigkeit müssen nach hM streng voneinander getrennt werden⁵¹⁷ und unterliegen auch unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen. Ist der Umfang der Vereinbarung zweifelhaft, ist davon auszugehen, dass es sich nur um eine Rechtswahl und nicht auch um eine Gerichtsstandsvereinbarung handelt.⁵¹⁸ Es kommt also zu keinem automatischen Gleichlauf der Rechte, sodass der Grundsatz der *lex fori processualis* sowie die Folgen des Auseinanderfallens von materiellem Recht und Verfahrensrecht einer näheren Konkretisierung bedürfen.

1.2. Grundsatz der *lex fori processualis*

Der Grundsatz der *lex fori processualis* besagt, dass sich das Verfahrensrecht bei Sachverhalten mit Auslandsbezug ausschließlich nach der Rechtsordnung des Gerichtsstaates bestimmt. Anders ausgedrückt wendet jedes Gericht nur sein innerstaatlich normiertes Verfahrensrecht ohne Rücksicht auf das maßgebliche materielle Recht an.⁵¹⁹ Es handelt sich dabei um einen weit verbreiteten Grundsatz, der in mehr oder weniger starker Ausprägung allen europäischen Rechtsordnungen bekannt sein dürfte.⁵²⁰ Geht man von diesem Verständnis des *lex fori* Grundsatzes aus, ist dieser mE jedoch viel zu weit gefasst. In einem gewissen Kernbereich ist der Grundsatz sowohl sinnvoll als auch weitgehend unumstritten. Soweit etwa Fragen der Gerichtsverfassung allgemein, Besetzung des Gerichtes, Entscheidungsformen, Rechtsmittel, Ablauf des Verfahrens, Vertretung vor Gericht etc betroffen sind, gibt es kaum Zweifel daran,

⁵¹⁶ Missverständlich ist insofern § 22 Abs 1 Z 2 SEG, der offenbar eine Zustimmung der ausländischen Gesellschaft sowohl zur Anwendbarkeit des österreichischen Überprüfungsverfahrens als auch zur Klärung der Zuständigkeit zugunsten der österreichischen Gerichte anordnet. Vgl dazu auch Kapitel VIII.7.2.1.

⁵¹⁷ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 244 ff; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Einleitung Rz 116 ff; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 1041 ff; *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, 605; *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 25; *Schäfer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 24 SE-VO Rz 15; *Oechsler*, Die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, NZG 2006, 161 (165); *Adensamer/Eckert*, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil II), GeS 2007, 143 (149); *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 12 EU-VerschG Rz 5; offenbar aA für das Überprüfungsverfahren *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 39; *Müller*, Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 81 (84).

⁵¹⁸ *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 1019; 1674.

⁵¹⁹ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 45 ff; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 37; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 319; *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Einleitung Internationales Privatrecht Rz 429; *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, 595; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 54; *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 124; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 487.

⁵²⁰ *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 124; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 447 f; 487 FN 2094 mwN.

dass diese jedenfalls anhand des Verfahrensrechtes des Gerichtsstaates zu beantworten sind.⁵²¹ Schwierigkeiten bereitet selbstverständlich die Abgrenzung dieses eben anhand von Beispielen skizzierten Kernbereiches von jenen Verfahrensnormen, die davon nicht mehr erfasst sind. Aufgrund des umfassenden Geltungsanspruches des Verfahrensrechtes des Gerichtsstaates ist der *lex fori* Grundsatz bereits seit längerem teilweise heftiger Kritik ausgesetzt.⁵²² Eine Abkehr davon scheint jedoch, insbesondere aus Gründen der Praktikabilität, eher unwahrscheinlich.⁵²³ Eine tiefer gehende Auseinandersetzung mit dem *lex fori* Grundsatz sowie eine fundierte Kritik daran kann im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden, weswegen auf die zitierte weiterführende Literatur verwiesen wird.

1.3. Abgrenzung von formellem und materiellem Recht

Aufgrund des beschränkten Verweisungsumfanges des Art 18 auf das österreichische materielle Recht kommt der Abgrenzung vom Verfahrensrecht große Bedeutung zu. Aus Sicht aller beteiligten Gesellschaften ist es wichtig zu wissen, welche österreichischen Normen von der Zustimmung zum österreichischen Verfahren umfasst sind und welche nicht.

Auf den ersten Blick scheint eine derartige Abgrenzung des Verfahrensrechtes vom anzuwendenden materiellen Recht einfach: die Bestimmungen in den Verfahrensgesetzen, also insbesondere jene des AußStrG, sind als verfahrensrechtlich zu qualifizieren und demnach von den ausländischen Gerichten nicht anzuwenden, während die Normen des AktG als materiellrechtliche zu betrachten und somit vom Umfang der Zustimmung erfasst sind. Zu beachten ist jedoch, dass der nationale Gesetzgeber eine derartig formale Abgrenzung bei der Zuordnung der einzelnen Normen in aller Regel nicht einhält. Dies lässt sich dadurch erklären, dass der Gesetzgeber typischerweise innerstaatliche Sachverhalte vor Augen hat, bei denen ein Auseinanderfallen von materiellem und formellem Recht ohnehin nicht denkbar ist. Insofern kommt der Eingliederung einer bestimmten Norm entweder in das materiellrechtliche oder das

⁵²¹ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 46; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 38; *Kropboller*, Internationales Privatrecht⁶, 596; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 131 FN 38.

⁵²² Vgl dazu *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 325 ff; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 37 ff jeweils mwN; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 45 ff.

⁵²³ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 48; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 37; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 322; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 54; *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Einleitung Internationales Privatrecht Rz 429; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 125; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 488.

formellrechtliche Gesetz nur untergeordnete Bedeutung zu.⁵²⁴ Die Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten sind daher, unabhängig von der formalen Stellung einzelner Normen, als Gesamtes zu betrachten.

Zu berücksichtigen ist auch, dass eine scharfe Grenze zwischen materiellem und formellem Recht praktisch nicht gezogen werden kann. In vielen Bereichen können die vom Gesetzgeber verfolgten Zielsetzungen sowohl durch materielle als auch durch formelle Regelungen erreicht werden, wobei die tatsächlich getroffene Wahl von Zufälligkeiten abhängen kann.⁵²⁵ Damit würde es aber im Falle einer Rechtswahl bei der Durchsetzung eines Anspruches vor ausländischen Gerichten aufgrund des herrschenden *lex fori* Grundsatzes auch von Zufälligkeiten abhängen, welche Normen von der getroffenen Rechtswahl erfasst sind und welche nicht. Folglich hängen davon auch in erheblichem Ausmaß die Erfolgchancen zur Durchsetzung des Anspruches vor ausländischen Gerichten ab.⁵²⁶ Insofern kann die Abgrenzung betreffend das österreichische Überprüfungsverfahren nicht einfach dadurch getroffen werden, dass man die Regelungen in den §§ 225b – 225m AktG als materiellrechtlich und jene des AußStrG, mit den Modifikationen in § 225e Abs 1 AktG, als formellrechtlich qualifiziert. Eine befriedigende Zuordnung kann daher nur aufgrund einer funktionalen Betrachtung jeder einzelnen Norm, unter weitgehender Ausklammerung ihrer formalen Stellung, erfolgen.⁵²⁷

1.4. Versuch einer Abgrenzung von formellem und materiellem Recht beim Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses

In diesem Kapitel soll der Versuch unternommen werden, die für das österreichische Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses einschlägigen Normen anhand einer funktionalen Betrachtungsweise entweder dem materiellen oder dem formellen Recht zuzuordnen. Dabei sind jene Regelungen näher zu untersuchen, die bei der Charakterisierung des österreichischen Verfahrens, zumindest dem Wesen nach, als unabdingbar festgestellt wurden.⁵²⁸ Der folgenden

⁵²⁴ Vgl dazu *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Einleitung Internationales Privatrecht Rz 432; 436 ff; 505 ff; ähnlich *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 45 ff; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 37; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 734.

⁵²⁵ *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 56 spricht von Austauschbarkeit von materiellem und Verfahrensrecht; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 4.

⁵²⁶ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 45 ff; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 37; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 245.

⁵²⁷ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 49; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 51; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 57; 313; *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Einleitung Internationales Privatrecht Rz 432; *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, 595; *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 133.

⁵²⁸ Vgl dazu Kapitel V.3.3.1.

Untersuchung ist vorzuschicken, dass dieser Abgrenzungsversuch anhand der österreichischen Rechtsordnung vorgenommen wird. Das angerufene Gericht wird jedoch die Abgrenzung des materiellen Rechtes vom Verfahrensrecht – dem *lex fori* Grundsatz entsprechend – nach den Rechtsnormen des Gerichtsstaates vornehmen. Wird somit ein österreichisches Gericht angerufen, kommt in aller Regel österreichisches materielles wie auch Verfahrensrecht zur Anwendung, sodass die Abgrenzung unterbleiben kann.⁵²⁹ Bei Befassung eines ausländischen Gerichtes wird dieses die Abgrenzung allerdings nicht nach österreichischem Recht, sondern nach seinem innerstaatlichen Recht vornehmen.⁵³⁰ Insofern müsste für jeden Mitgliedstaat, der kein dem österreichischen Verfahren vergleichbares kennt, eine eigene Kategorisierung der österreichischen Rechtsnormen anhand der jeweiligen nationalen Rechtsordnung vorgenommen werden. Eine derart präzise Untersuchung der einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen kann jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden. Daher orientiert sich die folgende Kategorisierung am österreichischen Recht, wobei dabei zumindest die problematischen Bereiche bei der Abgrenzung lokalisiert werden können.⁵³¹ Weiters ist darauf hinzuweisen, dass die Abgrenzung anhand einer sehr materiellrechtsfreundlichen Qualifikation erfolgt, wobei deren Anwendung sowie der Umfang der Anwendung wiederum zunächst anhand der *lex fori* des Gerichtsstaates zu beurteilen ist.⁵³²

1.4.1. Materiellrechtliche Normen

Als materiellrechtlich sind jedenfalls der Anspruch der Aktionäre auf bare Zuzahlungen gegen die SE gemäß § 225c AktG sowie der damit eng in Verbindung stehende Anfechtungsausschluss nach § 225b AktG zu qualifizieren.⁵³³ Ebenso dem materiellen Recht zuzuordnen ist der Verzinsungsanspruch in § 225j AktG⁵³⁴, der als Ergänzung des Zuzahlungsbegehrens mit diesem in unmittelbarem Zusammenhang steht.⁵³⁵

⁵²⁹ Vgl dazu auch Kapitel X.3.2.1.

⁵³⁰ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 245; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 49; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 314; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 52; *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Einleitung Internationales Privatrecht Rz 449; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 137; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 489.

⁵³¹ Ähnlich *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 489.

⁵³² Vgl dazu Kapitel VIII.1.7.2.

⁵³³ Vgl dazu Kapitel IV.3.1.1. und IV.2.

⁵³⁴ Vgl dazu Kapitel IV.3.1.1.

⁵³⁵ Ebenso *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 354; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 135.

Die Möglichkeit zur Ausgabe zusätzlicher Aktien anstelle von baren Zuzahlungen auf Antrag der SE gemäß § 225e Abs 3 AktG ist ebenfalls dem Sachrecht zuzuweisen.⁵³⁶ Die praktische Handhabung dieses Instrumentariums von ausländischen Gerichten, oder auch von österreichischen Gerichten gegen eine ausländische SE, wird kaum größere Probleme aufwerfen. Zunächst kann eine gerichtliche Ermächtigung zur Ausgabe von zusätzlichen Anteilen nur auf Antrag der SE erteilt werden, sodass diese überhaupt nur dann einen Antrag einbringen wird, sofern die Ausgabe auch tatsächlich und rechtlich, nach Maßgabe des Gesellschaftsstatuts der SE, wenn sich deren Sitz im Ausland befindet, möglich ist. Inwieweit die Ausgabe von Anteilen gestattet wird, liegt im Ermessen des Gerichtes, wobei davon auszugehen ist, dass die ausländischen Gerichte bei der Ausübung des Ermessens die dabei relevanten Faktoren⁵³⁷ nicht wesentlich anders berücksichtigen werden als österreichische Gerichte. Schließlich obliegt die Entscheidung, ob und in wieweit von einer allfälligen Ermächtigung Gebrauch gemacht wird, bei der SE.

Die materiellen Anspruchsvoraussetzungen⁵³⁸ sowie die damit in Zusammenhang stehende Regelung zum Verzicht gemäß § 225d AktG⁵³⁹ gehören ebenfalls in diese Kategorie.⁵⁴⁰ Die Berechtigung zur Geltendmachung von baren Zuzahlungen ist somit ausschließlich nach dem anwendbaren Sachrecht zu beurteilen.⁵⁴¹ Aber auch die formalen Voraussetzungen sind dem materiellen Recht zu entnehmen⁵⁴², wovon die von § 225c Abs 3 Z 1 AktG geforderte Aktionärseigenschaft vom Zeitpunkt der Beschlussfassung bis zur Antragstellung erfasst ist. Die Bestimmungen bezüglich der Antragsfrist gemäß § 225e Abs 2 AktG sind mE ebenfalls dem materiellen Recht zuzurechnen.⁵⁴³ Insbesondere die Veröffentlichungspflichten und die Unterscheidung von Erst- und Folgeanträgen sind so stark mit dem Zuzahlungsanspruch verbunden, dass diese Einordnung gerechtfertigt erscheint.⁵⁴⁴ Letztlich handelt es sich hierbei bereits um einen Grenzbereich, innerhalb dessen die Zuordnung durchaus auch anders beurteilt

⁵³⁶ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 491.

⁵³⁷ Vgl dazu Kapitel IV.3.1.2.

⁵³⁸ Vgl dazu Kapitel IV.3.3.1.

⁵³⁹ Vgl dazu Kapitel IV.3.3.2.

⁵⁴⁰ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 491; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 2655.

⁵⁴¹ AA *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 490.

⁵⁴² *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 134.

⁵⁴³ *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 135; zustimmend, sofern die Klagefristen einen „materiellrechtlichen Hintergrund“ haben *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 2642; aA *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 491.

⁵⁴⁴ Vgl dazu Kapitel IV.3.3.2.

werden kann. Ebenso verhält es sich mit der Beweislast, die nach hM ebenfalls als materiellrechtlich zu qualifizieren ist.⁵⁴⁵

1.4.2. Verfahrensrechtliche Normen

Alle anderen, und somit der überwiegende Teil der Vorschriften, die im Zusammenhang mit dem nachträglichen Überprüfungsverfahren relevant sind, werden demnach dem formellen Recht zugeordnet. Insbesondere die in § 225e Abs 1 AktG geregelte anzuwendende Art des Verfahrens ist dem Recht des Gerichtsstaates zu entnehmen.⁵⁴⁶ Dies ist auch durchaus nachvollziehbar, weil den meisten Rechtsordnungen eine Verfahrensart außer Streitsachen nicht bekannt sein dürfte und die generelle Anwendung eines fremden Verfahrensrechtes aufgrund des *lex fori processualis* Grundsatzes abgelehnt wird.

Damit einhergehend werden jedoch auch alle besonderen Verfahrensvorschriften des österreichischen Rechtes nicht angewendet, sondern die Normen der Rechtsordnung des Gerichtsstaates. Hervorzuheben ist dabei das gesamte Beweisverfahren.⁵⁴⁷ Dazu gehört etwa die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes⁵⁴⁸, die Pflicht zur Erstattung eines Tatsachenvorbringens, sowie die Begründungspflicht der eingebrachten Anträge seitens der Antragsteller. Weiters von diesem Bereich erfasst sind Fragen wie Beweisbedürftigkeit, -maß, -erhebung und -würdigung.

Die Option zum Abschluss eines gerichtlichen Teilvergleiches einzelner Aktionäre weist ebenfalls starke formellrechtliche Bezüge auf, insbesondere die daraus folgende Wirkung, dass das Gericht den davon nicht erfassten Aktionären keine geringere Zuzahlung zuerkennen darf.⁵⁴⁹

Die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters ist ebenso als verfahrensrechtlich zu qualifizieren wie die Anrufung des in § 225g Abs 1 AktG vorgesehenen Gremiums zur Überprüfung des

⁵⁴⁵ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 53; 752; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 298; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 2340; *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Einleitung Internationales Privatrecht Rz 508.

⁵⁴⁶ *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 2632; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 489.

⁵⁴⁷ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 736 ff; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 304 ff; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 2268 ff; *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Einleitung Internationales Privatrecht Rz 508; *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 136.

⁵⁴⁸ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 736; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 489; offenbar für die Beeinflussung durch die *lex causae* *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 287; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 2271; in Rz 57a geht er jedoch davon aus, dass der Amtsermittlungsgrundsatz einem materiellen Auskunftsanspruch entsprechen kann.

⁵⁴⁹ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.5.

Umtauschverhältnisses.⁵⁵⁰ Auch die Regelungen zur Kostentragung sind eindeutig dem Verfahrensrecht zuzuordnen.⁵⁵¹

Umfang und Wirkung der Rechtskraft sind ebenso formellrechtlich zu qualifizieren. Art 25 Abs 3 postuliert jedoch als Voraussetzung, dass sich die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung sowohl auf die SE als auch auf alle Aktionäre erstrecken muss. Aufgrund dieser unmittelbar anwendbaren Regelung in der SE-VO würden widersprechende nationale Normen in ihrer Anwendbarkeit verdrängt werden.

1.4.3. Folgen der Abgrenzung

Anhand der eben vorgenommenen Abgrenzung wird deutlich, dass nur wenige Normen des österreichischen Überprüfungsverfahrens als materiellrechtlich zu qualifizieren sind. Ein wesentlicher Teil der Vorschriften ist dem Verfahrensrecht zuzuordnen mit der Folge, dass diese Normen im Falle einer Antragstellung bei einem ausländischen Gericht wegen des Grundsatzes der *lex fori* von diesem nicht angewendet werden.

Das mit einer Rechtswahl ganz allgemein verfolgte Ziel – und bei der Zustimmung zum österreichischen Verfahren handelt es sich um nichts anderes als eine partielle Rechtswahl⁵⁵² – ist die Beurteilung eines bestimmten Sachverhaltes anhand der Sachnormen des gewählten Rechtes. Damit verbunden ist aber auch die Möglichkeit zur Durchsetzung der vom gewählten Recht gewährten Ansprüche vor den staatlichen Gerichten. Dieses Ziel wird logischerweise dann am bestmöglichen erreicht, wenn die Gerichte jenes Staates international zuständig sind, dessen materielles Recht zur Anwendung kommt. In diesem Fall sind materielles und formelles Recht aufeinander abgestimmt und die eben vorgenommene Abgrenzung kann unterbleiben.⁵⁵³

1.4.3.1. Die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gesellschaft kennt ein vergleichbares Verfahren

Kennt die beteiligte ausländische Rechtsordnung ein vergleichbares Verfahren, ist Art 25 Abs 3 nicht anwendbar mit der Folge, dass es keiner Zustimmung bedarf.⁵⁵⁴ Damit kommt das

⁵⁵⁰ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 490 f.

⁵⁵¹ *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 136.

⁵⁵² Vgl dazu Kapitel VI.3.

⁵⁵³ Die Entscheidung der internationalen Zuständigkeit hat bereits erhebliche Auswirkungen auf den Ausgang des Verfahrens. Vgl dazu Kapitel VIII.1.3.

⁵⁵⁴ Vgl dazu Kapitel V.3.1.

österreichische Verfahren jedenfalls zur Anwendung, eine Ablehnungsmöglichkeit der ausländischen Gesellschaft ist in der SE-VO nicht vorgesehen. Selbiges gilt jedoch auch für das gleichartige Verfahren nach ausländischem Recht, sodass auch die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft dessen Anwendbarkeit nicht verhindern können. Das österreichische Überprüfungsverfahren steht auch nicht aufgrund einer nationalen Bestimmung (mit Ausnahme der individuellen Verzichtsmöglichkeit in § 225d AktG) zur Disposition der Aktionäre der österreichischen Gesellschaft. Das Abbedingen des Verfahrens mittels Mehrheitsbeschluss mit der Folge, dass das Anfechtungsrecht wieder auflebt, ist daher wie bei der rein innerstaatlichen Verschmelzung⁵⁵⁵ mE ebenso wenig möglich, wie eine Rechtswahl zugunsten des vergleichbar ausgestalteten ausländischen Verfahrens. Um die Vergleichbarkeit der beiden Verfahren bejahen zu können⁵⁵⁶, wird das ausländische Verfahren ebenso wenig zur Disposition der Aktionäre der ausländischen Gesellschaft stehen dürfen, sodass auch dieses anwendbar ist.

Der an sich wünschenswerte Gleichlauf von materiellem und formellem Recht bedarf in dieser Fallkonstellation einer besonderen Untersuchung, wobei zunächst keine Unterschiede zu anderen grenzüberschreitenden Sachverhalten zu erblicken sind. Während das angerufene Gericht das Verfahrensrecht des Gerichtsstaates anwendet⁵⁵⁷, ist das anwendbare materielle Recht dem IPR zu entnehmen. Auch in diesem Zusammenhang schlägt der lex fori Grundsatz durch, sodass zur Beurteilung des maßgeblichen nationalen Rechtes das IPR des Gerichtsstaates heranzuziehen ist.⁵⁵⁸ Dies hat zur Folge, dass ein angerufenes österreichisches Gericht anhand des österreichischen IPR zu prüfen hat, welches materielle Recht auf das Überprüfungsverfahren anzuwenden ist. Einschlägig ist dabei § 10 IPRG, der als maßgebliches Anknüpfungskriterium zur Bestimmung des Personalstatuts einer juristischen Person auf den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung abstellt.⁵⁵⁹ Im Ergebnis wendet das angerufene Gericht somit nur dann österreichisches materielles Recht an, wenn sich der Sitz der SE in Österreich befindet. Bei der Hinausverschmelzung ist hingegen das ausländische Sachrecht einschlägig. Der vom EuGH in ständiger Rechtsprechung vertretenen Gründungstheorie zufolge wird auch ein im Ausland angerufenes Gericht wie eben skizziert vorgehen müssen.⁵⁶⁰ Allerdings sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die grundsätzliche Anknüpfung an das Sachrecht des Sitz- oder

⁵⁵⁵ Vgl dazu Kapitel IV.2.

⁵⁵⁶ Vgl dazu Kapitel V.3.3. und Kapitel X.

⁵⁵⁷ Vgl dazu Kapitel VIII.1.2.

⁵⁵⁸ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 245; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 5; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 1924; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 52; *Nießen*, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441.

⁵⁵⁹ Vgl dazu Kapitel II.3.

⁵⁶⁰ Vgl zu dem Umstand, dass bei der Ermittlung des anzuwendenden Sachrechtes sowohl Sitz- als auch Gründungstheorie zum selben Ergebnis gelangen Kapitel II.3.2.2.3.

Gründungsstaates im Zusammenhang mit dem nachträglichen Überprüfungsverfahren nicht angewendet werden kann.⁵⁶¹ Das anzuwendende materielle Recht ist vielmehr aufgrund der nach hM für das Verschmelzungsverfahren einschlägigen Vereinigungstheorie⁵⁶² zu ermitteln. Demnach kann der überwiegende Teil der materiellen Rechtsnormen mittels distributiver Rechtsanwendung für die jeweils betroffene Gründungsgesellschaft gesondert angewendet werden. In jenen Bereichen, die für beide Verschmelzungspartner einheitlich zu behandeln sind, erfolgt hingegen eine Kumulation der Rechtsordnungen.⁵⁶³

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass es in jenen Bereichen, in denen eine distributive Rechtsanwendung erfolgt, immer nur für eine beteiligte Gesellschaft zu einem Gleichlauf von materiellem und formellem Recht kommen kann, sofern die Durchführung des Überprüfungsverfahrens bei einem Gericht konzentriert werden kann. Bei jenen Verfahrensabschnitten, in denen eine Kumulation der Rechtsordnungen erfolgt, kommt es hingegen nie zu einem Gleichlauf der Rechte, es sei denn, die Verfahren der beiden beteiligten Rechtsordnungen sind in diesen Bereichen identisch ausgestaltet, sodass es faktisch keiner Kumulierung bedarf. Insofern ändert sich das anzuwendende materielle Recht beim Überprüfungsverfahren aus Sicht von beiden Gründungsgesellschaften im Vergleich zu rein nationalen Verschmelzungsvorgängen.

Dieses Auseinanderfallen von materiellem Recht und Verfahrensrecht bei distributiver Anknüpfung für eine der Gründungsgesellschaften ist weitgehend unproblematisch, weil sowohl das anwendbare Sachrecht als auch das Sachrecht des angerufenen Gerichtes das verfahrensgegenständliche rechtliche Institut kennen. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass die vom anzuwendenden Sachrecht verliehenen Rechtspositionen, die ja ohnehin vergleichbar ausgestaltet sein müssen, ohne größere Schwierigkeiten auch unter Anwendung eines ausländischen Verfahrensrechtes durchgesetzt werden können. Da auch das Sachrecht des Gerichtsstaates das streitgegenständliche Institut kennt, können die diesbezüglich einschlägigen Verfahrensnormen angewendet werden. Aber auch der durch die Kumulierung der Rechtsordnungen nicht zu erreichende Gleichlauf sollte keine größeren Probleme aufwerfen, insbesondere deshalb, weil der davon betroffene Bereich ohnehin sehr eng begrenzt ist.⁵⁶⁴

⁵⁶¹ Vgl dazu ausführlich Kapitel VIII.2.1.

⁵⁶² Vgl dazu Kapitel II.3.1.2.

⁵⁶³ Vgl dazu ausführlich Kapitel II.3.1.2.

⁵⁶⁴ Vgl dazu ausführlich Kapitel VIII.2.1.

1.4.3.2. Die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gesellschaft kennt kein vergleichbares Verfahren

Anders stellt sich die Lage jedoch dar, wenn das Sachrecht des Gerichtsstaates das verfahrensgegenständliche Institut nicht kennt. Dies ist im Anwendungsbereich des Art 25 Abs 3, der ja gerade auf das Fehlen eines vergleichbaren Verfahrens in der ausländischen Rechtsordnung abstellt, stets der Fall. Daher werden den ausländischen Rechtsordnungen auch die besonderen verfahrensrechtlichen Elemente des österreichischen Rechtes, zumindest zum überwiegenden Teil, fremd sein.⁵⁶⁵ Weil ein entsprechendes ausländisches Überprüfungsverfahren fehlt, gibt es also auch kein darauf abgestimmtes Verfahrensrecht, welches herangezogen werden könnte. Daher kann das Überprüfungsverfahren, unter strenger Einhaltung des *lex fori processualis* Grundsatzes, nur nach den allgemeinen geltenden Prozessregeln des Gerichtsstaates geführt werden. Aufgrund des engen Konnexes der materiellen und formellen Normen des österreichischen Überprüfungsverfahrens ist die Gefahr groß, dass dessen Durchführung jedoch faktisch an der Anwendung der ausländischen Verfahrensvorschriften scheitert.

1.4.4. Spezielle österreichische Verfahrensvorschriften, die für die Durchsetzung des Anspruches wesentlich sind

Von den prozessualen Besonderheiten des österreichischen Überprüfungsverfahrens⁵⁶⁶ sind im Wesentlichen jene hervorzuheben, die bereits bei der Beurteilung der Vergleichbarkeit eines ausländischen Verfahrens⁵⁶⁷ als maßgeblich erachtet wurden.

1.4.4.1. Außerstreitiges Verfahren und Untersuchungsgrundsatz

Das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist gemäß § 225e Abs 1 AktG nach den Bestimmungen des AußStrG zu führen. Damit wird einerseits dem Umstand Rechnung getragen, dass es sich um einen Mehrparteienprozess handelt und andererseits gelangt dadurch der in § 16 Abs 1 AußStrG normierte Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung. Dem typischerweise vorliegenden Informationsdefizit der antragstellenden Aktionäre begegnet der österreichische Gesetzgeber somit mit einer von Amts wegen vorzunehmenden

⁵⁶⁵ *Lennerz*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, 187 f; *Veil*, Kollisionsrechtliche und sachrechtliche Lösungen für eine Verschmelzung und eine Spaltung über die Grenze, Der Konzern 2007, 98 (104); *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 139.

⁵⁶⁶ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.

⁵⁶⁷ Vgl dazu Kapitel V.3.3.1.

Tatsachenermittlung.⁵⁶⁸ Diese Verfahrensvorschriften sind auf die materiellrechtlichen Normen des Überprüfungsverfahrens zugeschnitten und weichen von den allgemeinen zivilprozessualen Regelungen erheblich ab. Insbesondere die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes ist für die Erfolgsaussichten der Aktionäre von erheblicher Bedeutung. Nach den allgemeinen zivilprozessualen Normen, auch jener der ZPO, hat nämlich der Kläger seinen Antrag zu begründen und das Tatsachenvorbringen zu erstatten.⁵⁶⁹ Kennt das Verfahrensrecht des ausländischen Gerichtes kein dem außerstreitigen zumindest in Grundzügen ähnliches Verfahren oder ist dem ausländischen Recht der Untersuchungsgrundsatz im Zivilprozess überhaupt fremd, so ist das Überprüfungsverfahren, entsprechend dem *lex fori* Grundsatz, ausschließlich nach den allgemein anzuwendenden Verfahrensvorschriften zu führen. Die Antragsteller müssen somit wohl alle erheblichen Tatsachen und Beweismittel beisteuern.⁵⁷⁰ Diese werden jedoch in aller Regel weder über das Fachwissen zur Vornahme einer Unternehmensbewertung noch über die dafür erforderlichen Unterlagen und Beurteilungskriterien verfügen. Es wird ihnen also kaum gelingen, ein begründetes Vorbringen zu erstatten und die zur Feststellung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses erforderlichen Beweismittel beizuschaffen.

Der Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes kommt somit wesentliche Bedeutung für den Verlauf und den Ausgang des Verfahrens zu. Durch dessen Nichtanwendung wird die Position der Aktionäre, die eine Zuzahlung begehren, erheblich geschwächt und die erfolgreiche Geltendmachung von Zuzahlungsansprüchen weitgehend verhindert.

1.4.4.2. Kostentragung

§ 225l AktG sieht besondere Regelungen bezüglich der Kostentragung vor, wobei gemäß Abs 1 insbesondere die Prozesskosten grundsätzlich der SE als Antragsgegnerin aufgebürdet werden.⁵⁷¹ Damit weicht diese Bestimmung erheblich von den allgemein normierten Bestimmungen zur Tragung der Prozesskosten im zivilgerichtlichen Verfahren ab, wonach die unterlegene Partei die Kosten zu tragen hat.⁵⁷² Der Hintergrund dieser Ausnahmeregelung besteht darin, dass die zur Bewertung des Umtauschverhältnisses erforderlichen Ermittlungen in aller Regel sehr kostenintensiv sind und meist mit der von den Antragstellern betragsmäßig begehrten Zuzahlung außer Verhältnis stehen. Darüber hinaus sollen nicht die einzelnen Antragsteller das gesamte Kostenrisiko für das Überprüfungsverfahren tragen, obwohl die begehrten Zuzahlungen, im Falle

⁵⁶⁸ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.1.

⁵⁶⁹ Vgl zur österreichischen ZPO *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁷, Rz 522 ff.

⁵⁷⁰ Vgl zur österreichischen ZPO *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁷, Rz 401 ff.

⁵⁷¹ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.2.

⁵⁷² Vgl zur österreichischen ZPO *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁷, Rz 429 ff.

des Zuspruches, aufgrund der Rechtskrafterstreckung allen Aktionären der betreffenden Gesellschaft zu Gute kommen würden.⁵⁷³ Dabei handelt es sich jedoch um eine auf das österreichische Überprüfungsverfahren zugeschnittene Sonderbestimmung, die den ausländischen Rechtsordnungen fremd sein dürfte. Daher wird es bei der Geltendmachung von baren Zuzahlungen nach österreichischem Recht vor ausländischen Gerichten bei den Kostentragungsregelungen des ausländischen Verfahrensrechtes bleiben. Da anzunehmen ist, dass es in den meisten Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten keine besonderen Bestimmungen bezüglich der Kostentragung gibt, welche beim Überprüfungsverfahren, vor dem Hintergrund des *lex fori* Grundsatzes, angewendet werden könnten⁵⁷⁴, bleibt es bei der allgemeinen Regelung des ausländischen Rechtes. Somit wird das Kostenrisiko nicht auf die SE überwälzt werden können, sondern verbleibt bei den Antragstellern.

Damit wird ersichtlich, dass es sich auch bei der Regelung zur Kostentragung um ein wesentliches verfahrensrechtliches Element handelt, das die Einbringung eines Überprüfungsantrages zumindest *de facto* erheblich erleichtert. Insbesondere Kleinanleger werden angesichts des Kostenrisikos und der zu erwartenden hohen Prozesskosten von der Antragstellung Abstand nehmen, zumal sie den Ausgang des Verfahrens aufgrund des bereits erörterten Informationsdefizits⁵⁷⁵ kaum vorhersehen können.

1.4.4.3. Vertretung der nicht antragstellenden Aktionäre

Die Rechte der nicht antragstellenden Aktionäre werden vor österreichischen Gerichten durch einen für jede Aktionärsgruppe zu bestellenden gemeinsamen Vertreter gemäß § 225f AktG gewahrt. Dieser ist insbesondere dazu angehalten, das Verfahren auch dann fortzusetzen, wenn alle Anträge zurückgenommen wurden, sofern dies aus Sicht der von ihm vertretenen Aktionäre sinnvoll erscheint.⁵⁷⁶ Damit wollte der österreichische Gesetzgeber verhindern, dass die Gesellschaft den antragstellenden Aktionären außergerichtliche Zahlungen leistet, damit diese ihren eingebrachten Überprüfungsantrag zurückziehen. Es soll also nicht die Möglichkeit geboten werden, dass die Antragsteller von der SE ausgekauft werden, damit die Überprüfung des Umtauschverhältnisses unterbleiben kann und das Verfahren vorzeitig beendet wird.⁵⁷⁷

⁵⁷³ *Kals/Schauer*, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT Band II/1, 610 ff.

⁵⁷⁴ Vgl dazu Kapitel VIII.2.1.

⁵⁷⁵ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.1.

⁵⁷⁶ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.3.

⁵⁷⁷ *Lennerz*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, 187; *Kals/Schauer*, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT Band II/1, 612; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³, § 225f Rz 8; *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225f AktG Rz 13.

Andererseits wird damit auch den Aktionären der Anreiz genommen, nur deshalb einen Antrag einzubringen, um eine möglichst hohe Leistung von der SE quasi zu erpressen, um im Gegenzug den Antrag wieder zurückzuziehen. Insofern dient diese Konstruktion vor allem dem Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre und der Verhinderung von unerwünschten Geldflüssen zwischen der SE und einzelner ihrer Gesellschafter.

In diese Richtung geht auch die an sich nicht explizit gesetzlich geregelte Möglichkeit zum Abschluss eines Teilvergleiches zwischen der SE und einzelnen Aktionären. Die darin vereinbarte Ausgleichsleistung darf aufgrund des Gleichbehandlungsgebotes nicht niedriger sein als die letztlich vom Gericht zuzusprechende Summe.⁵⁷⁸

Da der Rechtsordnung eines angerufenen ausländischen Gerichtes schon ein vergleichbares Überprüfungsverfahren fremd ist, wird es dort auch keine besonderen Bestimmungen zur Vertretung der nicht antragstellenden Aktionäre geben. Diese dürften dann, dem ausländischen Verfahrensrecht entsprechend, nicht am Verfahren beteiligt sein, sodass die eben dargestellten Möglichkeiten zum Missbrauch und zur Beendigung des Verfahrens durch Rücknahme aller Anträge gegeben sein dürften.

1.4.4.4. Rechtskrafterstreckung

Die Erstreckung der Rechtskraft auf alle Aktionäre der beteiligten Gesellschaften sowie die SE ist in § 225i Abs 1 AktG normiert. Dabei handelt es sich jedoch lediglich um eine Wiederholung der Anordnung in Art 25 Abs 3 Satz 4, sodass diese Vorgabe aufgrund der Vorrangwirkung des Gemeinschaftsrechts von den ausländischen Gerichten ohnehin anzuwenden ist. Die Rechtskrafterstreckung ergibt sich somit aus der unmittelbar anwendbaren SE-VO, wodurch möglicherweise widersprechende nationale Verfahrensbestimmungen der ausländischen Rechtsordnung in ihrer Anwendung verdrängt würden.

1.5. Verhältnis zwischen materiellem und formellem Recht

Zu klären ist, welche Komponente beim Auseinanderfallen von formellem und materiellem Recht Vorrang genießt, sofern eine Anwendung beider Rechtsordnungen praktisch nicht möglich ist. Dahinter steht die Frage, ob die Durchsetzung des materiellen Rechtes durch die Geltung des strengen lex fori Grundsatzes begrenzt oder möglicherweise ganz verhindert werden kann, oder ob das Verfahrensrecht hinter die materiellrechtlichen Bestimmungen zurücktreten muss.

⁵⁷⁸ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.5.

Die Antwort kann mE nur eindeutig zugunsten des materiellen Rechtes ausfallen. Das Verfahrensrecht soll ganz allgemein der Durchsetzung des Sachrechtes dienen, weswegen eine formellrechtliche Dominanz abzulehnen ist.⁵⁷⁹ Diese Lösung entspricht im Falle einer Rechtswahl auch der Parteienabsicht, weil damit eindeutig zum Ausdruck gebracht wird, dass die Anwendung des gewählten materiellen Rechtes gewollt ist. Wenn nun die absolute und uneingeschränkte Anwendung des Verfahrensrechtes des Gerichtsstaates gefordert wird, kann die Absicht der Parteien konterkariert werden.⁵⁸⁰ Damit wird jedoch der *lex fori* Grundsatz, der eine uneingeschränkte Anwendung des Verfahrensrechtes des Gerichtsstaates postuliert, in Frage gestellt.

1.6. Europarechtliche Verpflichtung der ausländischen Gerichte zur effektiven Durchsetzung des Ausgleichsanspruches?

Zunächst ist festzuhalten, dass die Ausgestaltung des zivilgerichtlichen Verfahrensrechtes, mit Ausnahme der in Art 81 AEUV normierten Gestaltungsmöglichkeiten, nicht in den Kompetenzbereich des europäischen Gesetzgebers fällt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH handelt es sich dabei um einen Bereich, der von den Mitgliedstaaten zu regeln ist⁵⁸¹, sodass eine umfangreiche Rechtsvereinheitlichung mittels Richtlinie oder Verordnung nicht zulässig ist. Andererseits wurde aber auch erkannt, dass das Verfahrensrecht nicht vollständig vom materiellen Recht zu trennen ist beziehungsweise dass das Verfahrensrecht zur Durchsetzung von materiellrechtlichen Ansprüchen nicht einfach austauschbar ist, ohne dass es dabei nicht zu Änderungen im Ausgang des Verfahrens kommen könnte.⁵⁸² Daher hat der EuGH in seiner Rechtsprechung eine Reihe von Rechtsgrundsätzen herausgearbeitet, an welche die Mitgliedstaaten gebunden sind. Die Kompetenz zur Ausgestaltung des Verfahrensrechtes sowie die konkrete Wahl einzelner in Frage kommender Bestimmungen verbleibt somit zwar grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten, dennoch kann es durch die Bindung an die Rechtsgrundsätze auch zu punktuellen Eingriffen in das Verfahrensrecht kommen.⁵⁸³

⁵⁷⁹ *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Einleitung Internationales Privatrecht Rz 450; *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, 212 f; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 58; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 45 ff; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 37; offen lassend *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 58.

⁵⁸⁰ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 49.

⁵⁸¹ EuGH 16.12.1976, 33/76 - *Rewe* Rz 5; EuGH 14.12.1995, C-312/93 - *Peterbroeck* Rz 12; jüngst EuGH 20.10.2011, C-94/10 - *Danfoss A/S* Rz 24; vgl dazu auch *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 41a.

⁵⁸² *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 45 ff; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 37; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 734; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 56.

⁵⁸³ *Herb*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess, 199.

Gestützt auf Art 10 EGV, der nunmehr im Wesentlichen durch Art 4 Abs 3 EUV ersetzt wurde, hat der EuGH unter anderem die für das gegenständliche Verfahren ausschlaggebenden Grundsätze der Gleichwertigkeit und Effektivität entwickelt. Demnach darf „[...] die Ausgestaltung des Verfahrens für die Klagen, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen [...] nicht ungünstiger gestaltet werden als für gleichartige Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen“ und die Rechtsverfolgung darf nicht „praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert“ werden.⁵⁸⁴

Zu beachten ist, dass der EuGH diese Grundsätze bislang nur im Hinblick auf Rechte, „[...] die aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts [...]“ erwachsen sind, angewendet hat.⁵⁸⁵ Es wurde also stets nur das Verhältnis des anzuwendenden nationalen Verfahrensrechtes zum unmittelbar wirkenden Gemeinschaftsrecht behandelt. Das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist jedoch nicht unmittelbar aufgrund der SE-VO anwendbar. Weder die partielle Generalverweisung des Art 18 noch die Ermächtigung in Art 24 Abs 2, welche beide als Grundlage eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens in Frage kommen⁵⁸⁶, sind den sachrechtlichen Normen der SE-VO gleichzusetzen und damit auch nicht unmittelbar anwendbar. Selbst wenn man der hier nicht vertretenen Meinung folgt, dass auch die in Ausübung einer Ermächtigung erlassenen nationalen Rechtsvorschriften zum unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrecht zu zählen sind⁵⁸⁷, würde dem Art 25 Abs 3 eindeutig widersprechen. Dieser legt fest, dass es der Zustimmung der anderen beteiligten Gesellschaft bedarf, sofern deren Aktionären nicht ohnehin ein derartiges Verfahren zur Verfügung steht. Somit handelt es sich bei der ersten Variante des Art 25 Abs 3 aufgrund des Zustimmungserfordernisses eindeutig um keine unmittelbare Anwendung des Verfahrens. Auch in der zweiten Fallkonstellation ist dies nicht der Fall, weil die in den nationalen Rechtsordnungen vorgesehenen Verfahren ebenfalls nicht aufgrund einer Norm der SE-VO unmittelbar anzuwenden sind. In diesem Fall ist Art 25 Abs 3 nach hM gar nicht anwendbar, sodass ausschließlich die nationalen Rechtsordnungen der beteiligten Gesellschaften aufgrund der partiellen Generalverweisung in Art 18 heranzuziehen sind.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ EuGH 16.12.1976, 33/76 - *Rewe* Rz 5; EuGH 14.12.1995, C-312/93 - *Peterbroeck* Rz 12 mwN; jüngst EuGH 20.10.2011, C-94/10 - *Danfoss A/S* Rz 28; vgl dazu auch *Herb*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess, 188 FN 36; 191 FN 50 mwN; *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 148 FN 113 mwN.

⁵⁸⁵ *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 151.

⁵⁸⁶ Vgl dazu Kapitel III.5. und III.6.

⁵⁸⁷ Vgl dazu Kapitel II.4.1.

⁵⁸⁸ Vgl dazu Kapitel V.3.1.

Das nachträgliche Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist somit keinesfalls ein Recht, das den Aktionären unmittelbar aus einer Bestimmung der SE-VO zustehen würde. Die entsprechenden Normen sind vielmehr dem nationalen österreichischen Recht beziehungsweise dem nationalen Recht jener Mitgliedstaaten, die ein nachträgliches Verfahren kennen, zu entnehmen. Offen ist jedoch, ob die Grundsätze der Gleichwertigkeit und Effektivität des Verfahrensrechtes auch dann einschlägig sind, wenn die geltend zu machenden Rechte nicht aus dem unmittelbar wirkenden Gemeinschaftsrecht, sondern aufgrund der Regelung in einer ausländischen nationalen Rechtsordnung gewährt werden. Die bisher unbeantwortet gebliebene Frage ist, ob das nationale Verfahrensrecht auch im Hinblick auf die Durchsetzung jener Rechte, die eine anzuwendende ausländische Rechtsordnung vorsieht, effektiv und gleichwertig im Sinne der Rechtsprechung des EuGH ausgestaltet sein muss. Eine diesbezügliche umfangreiche Verpflichtung der Mitgliedstaaten ist kaum zu begründen, zumal die Organe der Union gemäß Art 5 Abs 1 EUV nur nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung tätig werden dürfen. Daher könnte eine Ausweitung der genannten Grundsätze nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten der Organe (Art 5 Abs 2 EUV) und nach dem Subsidiaritätsprinzip (Art 5 Abs 3 EUV) erfolgen, was eindeutig gegen eine generelle umfangreiche Verpflichtung spricht.

Im Fall des nachträglichen Überprüfungsverfahrens ist jedoch weiters zu beachten, dass sich der europäische Gesetzgeber explizit in Art 25 Abs 3 mit einer nachträglichen Überprüfungsmöglichkeit des Umtauschverhältnisses auseinandergesetzt hat. Dort werden die Anwendungsmodalitäten für ein solches Verfahren geregelt, während die Artt 18 und 24 Abs 2 die Grundlage dafür bieten.⁵⁸⁹ Insofern handelt es sich zwar um ein Verfahren, welches nicht dem Gemeinschaftsrecht, sondern den nationalen Rechtsordnungen zu entnehmen ist, dessen Anwendungsvoraussetzungen aber explizit von der SE-VO geregelt werden.

Eine derartige Konstellation wurde vom EuGH bislang - soweit ersichtlich - noch nicht behandelt. ME sprechen aufgrund der ausdrücklichen Bedachtnahme auf eine nachträgliche Überprüfungsmöglichkeit des Umtauschverhältnisses in Art 25 Abs 3 gute Gründe dafür, die Grundsätze der Effektivität und Gleichwertigkeit auch auf ein diesbezügliches gerichtliches Verfahren anzuwenden. Die Grundlagen zur Durchführung des nationalen Verfahrens sind mit den Artt 18 beziehungsweise 24 Abs 2 in der SE-VO normiert, sodass es sich zumindest

⁵⁸⁹ Vgl dazu Kapitel III.4.

mittelbar um einen Anspruch handelt, der im Gemeinschaftsrecht wurzelt.⁵⁹⁰ Schließlich würden die in Art 25 Abs 3 normierten Anwendungsvoraussetzungen ins Leere laufen, wenn die anderen Mitgliedstaaten nicht zur gleichwertigen und effektiven Durchsetzung des zugrundeliegenden nationalen Verfahrens verpflichtet wären.

Ebenfalls vom EuGH entwickelt wurde der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, der inzwischen in Art 4 Abs 3 EUV positiviert wurde. Aber auch dieser Grundsatz verpflichtet *expressis verbis* nur die Mitgliedstaaten gegenüber der Union und die Union gegenüber den Mitgliedstaaten zur loyalen Zusammenarbeit. Ob dies auch im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander gelten soll, ist hingegen nicht restlos geklärt.⁵⁹¹ Im Zusammenhang mit dem Verfahren zur nachträglichen Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist mE die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit ebenfalls einschlägig. Schließlich handelt es sich bei den Artt 18 beziehungsweise 24 Abs 2 iVm 25 Abs 3 um Regelungen, die sich entsprechend Art 4 Abs 3 EUV aufgrund einer Verordnung und somit mittelbar „[...]aus den Verträgen ergeben“. Im Ergebnis sind die Mitgliedstaaten, die kein vergleichbares Verfahren kennen, auch nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit dazu verpflichtet, die Durchsetzung der durch das österreichische Überprüfungsverfahren normierten Rechte durch ihr innerstaatliches Verfahrensrecht zu gewährleisten.⁵⁹²

1.7. Mögliche Vorgehensweise des angerufenen Gerichtes

1.7.1. Festhalten am *lex fori processualis* Grundsatz

Im Wesentlichen kann es zunächst bei der Anwendung des Verfahrensrechts des Gerichtsstaates bleiben. Damit wird das Fundament des Verfahrens gebildet, welches auf dem Recht des Gerichtsstaates basiert. Andererseits muss jedoch auch die Zielsetzung des einschlägigen Sachrechtes im Auge behalten werden, zu deren Verwirklichung das formelle Recht an sich dienen soll. Daher kann das Verfahrensrecht des Gerichtsstaates nicht ohne Rücksicht auf das maßgebliche Sachrecht angewendet werden. Ziel sollte sein, die Durchsetzung des materiellen Rechtes unter weitest möglicher Anwendung des Verfahrensrechtes des Gerichtsstaates zu

⁵⁹⁰ Ähnlich *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 152 f; zustimmend für im nationalen Recht umgesetzte Vorschriften *Herb*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess, 188; *Weyer*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das nationale Zivilverfahren – Verpflichtung der nationalen Zivilgerichte zur Anwendung der Art. 81, 82 EGV, EuR 2000, 145.

⁵⁹¹ In diese Richtung gehend EuGH 11.06.1991, C-251/89 – *Athanasopoulos u.a.* Rz 57.

⁵⁹² Im Ergebnis ähnlich *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 152 f.

ermöglichen.⁵⁹³ Daher ist es auch notwendig, das strenge *lex fori* Prinzip etwas aufzuweichen und letztlich - zumindest teilweise - auch zu verlassen.

1.7.2. Materiellrechtsfreundliche Qualifikation

Eine Möglichkeit, die Anwendung der *lex fori processualis* Regel zu gewährleisten, bietet die sogenannte materiellrechtsfreundliche Qualifikation von verfahrensrechtlichen Normen.⁵⁹⁴ Dabei werden an sich formelle Normen als materiellrechtlich angesehen, womit diese dem Sachrecht zugeordnet und damit als von der Rechtswahl erfasst betrachtet werden. Allerdings kann von dieser weiten Auslegung des materiellen Rechtes nur insofern Gebrauch gemacht werden, als jene Bereiche, bei denen eine eindeutige Zuordnung strittig ist, zum materiellen Recht zugehörig betrachtet werden. Eine Korrektur in Richtung Sachrecht ist daher nur in den Randbereichen möglich, während der Kernbereich des Verfahrensrechtes davon nicht erfasst werden kann.

Die bereits vorgenommene Einteilung der relevanten Bestimmungen in formelle und materielle Normen basiert im Wesentlichen bereits auf einer eher materiellrechtsfreundlichen Qualifikation.⁵⁹⁵ Eine darüber hinausgehende Zuordnung der einzelnen verfahrensrechtlichen Regelungen zum Sachrecht ist daher mE kaum möglich.

1.7.3. Anwendung verwandter Verfahrensnormen, Angleichung an das materielle Recht

Durch die Anwendung von nationalen Normen der Rechtsordnung des Gerichtsstaates, die zwar an sich nicht einschlägig wären, jedoch in ihrer Wirkung den im österreichischen Verfahrensrecht vorgesehenen Normen nahe kommen, kann am *lex fori* Grundsatz festgehalten werden.⁵⁹⁶ Dies ist ebenfalls bei der Angleichung von ausländischen Verfahrensvorschriften an das anzuwendende materielle österreichische Recht der Fall.⁵⁹⁷ Es kommt in beiden Varianten zwar zu Modifikationen des Verfahrensrechtes, die in der Form bei reinen Inlandssachverhalten nicht

⁵⁹³ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 49; *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, 212 f; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 58; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 138.

⁵⁹⁴ *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Einleitung Internationales Privatrecht Rz 432 ff; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 38; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Rz 325; *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, 605; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 488.

⁵⁹⁵ Vgl dazu Kapitel VIII.1.4.1. und VIII.1.4.2.

⁵⁹⁶ *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, 604 f; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 488.

⁵⁹⁷ *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 44 ff; *Sonnenberger* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, Einleitung Internationales Privatrecht Rz 581 ff; *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, 234 ff; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 137 f; davon zu unterscheiden ist die Anpassung des materiellen Rechtes, vgl dazu Kapitel II.3.1.2.

vorgesehen sind, dennoch bleibt es bei der ausschließlichen Anwendbarkeit der Verfahrensnormen des Gerichtsstaates.

Ist dem ausländischen Verfahrensrecht etwa der Untersuchungsgrundsatz im Zivilverfahren fremd, kann eine ähnliche Wirkung erreicht werden, indem man beispielsweise die Beweislast reduziert und auf Seiten der Antragsteller nur die Erbringung eines Anscheinsbeweises fordert. Denkbar wäre etwa auch eine Umkehr der Beweislast, sodass die SE die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses beweisen muss und nicht umgekehrt die Antragsteller dessen Unangemessenheit. Zu den relevanten Unterlagen zur Unternehmensbewertung könnte man auch durch eine Verpflichtung der SE zur Herausgabe gelangen.

Auch bei der Kostentragung kann möglicherweise durch die sinngemäße Anwendung anderer Verfahrensvorschriften eine Lösung erzielt werden, die im Ergebnis, dem Zweck der österreichischen Regelung entsprechend, das Risiko der antragstellenden Aktionäre weitgehend einschränkt.

Die Rechte der nicht antragstellenden Aktionäre könnten auch durch deren direkte Beteiligung am Verfahren gewahrt werden. Da dies in der Praxis, vor allem bei Publikumsgesellschaften, schwierig sein dürfte, könnte diese Aufgabe etwa ein vom Gericht zu bestellender Kurator oder auch ein aus dem Kreis der betroffenen Aktionäre mehrheitlich bestimmter Vertreter übernehmen.

1.7.4. Anwendung des österreichischen Verfahrensrechts von ausländischen Gerichten

Die Anwendung des österreichischen Verfahrensrechtes oder zumindest von Teilen davon im Zuge des Verfahrens zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses, ist als ultima ratio zu sehen.⁵⁹⁸ Erst wenn feststeht, dass mittels materiellrechtsfreundlicher Qualifikation und auch durch Anwendung verwandter oder Angleichung nationaler Verfahrensvorschriften die Charakteristik des österreichischen Verfahrens dennoch nicht erreicht werden kann, sollte auf die einschlägigen österreichischen Verfahrensnormen zurückgegriffen werden. Damit wird der Grundsatz der lex fori processualis letztlich gebrochen, sodass eine eher restriktive Anwendung des österreichischen Verfahrensrechtes von ausländischen Gerichten zu erwarten ist.

⁵⁹⁸ *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 260; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Rz 39.

Von den dargestellten speziellen österreichischen Verfahrensvorschriften scheint dabei mE die Anwendung der österreichischen Kostentragsregelung am wahrscheinlichsten. Diese kann kaum als materiellrechtsfreundlich qualifiziert werden und wenn es keine nationale Kostentragsnorm gibt, die sinngemäß angewendet werden könnte, bleibt nur der Rückgriff auf die österreichische Regelung als Ausweg.

1.8. Zusammenfassung

Inwieweit das österreichische materielle Überprüfungsverfahren vor ausländischen Gerichten nach deren Verfahrensrecht durchgesetzt werden kann und inwieweit dabei eine materiellrechtsfreundliche Qualifikation, eine Anwendung verwandter beziehungsweise eine Anpassung einzelner Normen oder die Anwendung einzelner Bereiche des österreichischen Verfahrensrechtes notwendig sind, hängt von der ausländischen Verfahrensrechtsordnung ab. Je flexibler diese ausgestaltet ist, desto eher wird das Verfahren mit jenem vor österreichischen Gerichten übereinstimmen können und somit der, durch die Zustimmung zum österreichischen materiellen Recht verfolgten Zielsetzung am ehesten gerecht werden. Eine andere Frage ist jedoch, ob die ausländischen Gerichte überhaupt bereit sind, sich mit dem österreichischen Verfahren und dessen Besonderheiten eingehend auseinanderzusetzen. Selbst wenn man dies bejaht, ist aber nicht gesichert, dass sie in der Folge ihr nationales Verfahrensrecht dahingehend prüfen, ob auch die Durchsetzbarkeit der damit eingeräumten Rechte der Aktionäre gesichert ist. Schließlich muss dann noch die Bereitschaft bestehen, anhand der eben dargestellten Möglichkeiten tatsächlich ein das materielle österreichische Recht ergänzendes Verfahren zu erschließen. Ob dies in der Praxis erfolgen wird und ob die aus Art 4 Abs 3 EUV hergeleitete europarechtliche Verpflichtung zur Durchsetzung des österreichischen Verfahrens aufgrund der Rechtsprechung des EuGH sowie des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit in diesem Sinne umgesetzt wird, scheint durchaus zweifelhaft.⁵⁹⁹

⁵⁹⁹ Ebenfalls zweifelnd bereits *Keplinger*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, zulässig – aber undurchführbar?, wbl 2000, 485 (488).

2. Koordination bei der Anwendung von materiellrechtlichen Normen mehrerer Rechtsordnungen

2.1. Die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gesellschaft kennt ein vergleichbares Verfahren

Wie bereits festgestellt, kommt Art 25 Abs 3 nicht zur Anwendung, wenn die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gesellschaft ein vergleichbares Verfahren kennt.⁶⁰⁰ Da die Verfahren jedoch nicht identisch, sondern vergleichbar („*derart*“) ausgestaltet sein müssen, kann es zu unterschiedlichen materiellrechtlichen Regelungen in den beteiligten Rechtsordnungen kommen. Anders als bei den verfahrensrechtlichen Normen gibt es im Bereich des materiellen Rechtes keinen *lex fori* Grundsatz zugunsten der Rechtsordnung des angerufenen Gerichtes.⁶⁰¹ Aufgrund der besonderen Ausgestaltung des Überprüfungsverfahrens im Rahmen der SE-Verschmelzungsgründung kann bei der Anknüpfung des materiellen Rechtes auch nicht auf die Sitz- beziehungsweise Gründungstheorie zurückgegriffen werden. Das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses kann zwar erst nachträglich, das heißt ab Eintragung der SE und somit nach Abschluss des Gründungsvorganges eingeleitet werden. Dennoch kann dieser Vorgang nicht einheitlich dem Gesellschaftsstatut der SE zugerechnet werden. Es handelt sich vielmehr um ein Aktionärsrecht, das den Rechtsordnungen der jeweiligen Gründungsgesellschaft zu entnehmen ist und bereits während des gesamten Verschmelzungsverganges besteht. Lediglich die Geltendmachung des Zuzahlungsanspruches ist aufschiebend bedingt. Aus diesem Grund sind die Bestimmungen über das nachträgliche Überprüfungsverfahren auch dem Gründungsvorgang und nicht dem Zeitraum ab Eintragung der SE zuzurechnen. Daher ist, wie auch in anderen Bereichen, eine Kumulierung der beteiligten Rechtsordnungen vorzunehmen. Mangels anderweitiger europarechtlicher Regelung kann diese nur mittels der bereits näher dargestellten Vereinigungstheorie erfolgen.⁶⁰² Dabei sind die einzelnen Abschnitte der Verschmelzung in Voraussetzungen, Verfahren und Wirkung zu teilen. Das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses kann jedoch nicht eindeutig einem dieser Abschnitte zugeordnet werden, weil es sich dabei um eine Art Querschnittsmaterie handelt. Daher muss das Verfahren an sich in diese drei Abschnitte geteilt und eine Koordinierung der dem jeweiligen Abschnitt zugeordneten materiellen Normen der beteiligten Rechtsordnungen versucht werden.

⁶⁰⁰ Vgl dazu Kapitel V.3.1.

⁶⁰¹ Vgl dazu Kapitel VIII.1.1.

⁶⁰² Vgl dazu Kapitel II.3.1.2.; aA *Eckert in Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 12 EU-VerschG Rz 22, der ausschließlich die Rechtsordnung der übernehmenden Gesellschaft für einschlägig hält.

Die bei der eben dargestellten Koordinierung zu vermutenden Probleme stellen sich jedoch in der Praxis weniger stark dar, als aufgrund der komplexen Ausgangslage zu vermuten wäre. Zum einen handelt es sich bei einer Vielzahl der einschlägigen Normen um formelles Recht, sodass eine kollisionsrechtliche Koordinierung anhand der Vereinigungstheorie unterbleiben kann, weil ohnehin der Grundsatz der *lex fori processualis* einschlägig ist.⁶⁰³ Insbesondere das Kernstück des Überprüfungsverfahrens, nämlich die Unternehmensbewertung der beteiligten Gesellschaften, ist dem Beweisverfahren und somit dem Verfahrensrecht zuzuordnen. Zum anderen fordert bereits die vergleichbare Ausgestaltung der einzelnen Verfahren, dass die materiellen Bestimmungen in weiten Teilen ähnlich oder überhaupt identisch ausgestaltet sein müssen⁶⁰⁴, sodass die kollisionsrechtliche Behandlung auch in diesen Bereichen keine größeren Probleme bereiten dürfte.⁶⁰⁵ Letztlich werden davon beinahe alle relevanten Bestimmungen des Verfahrens und der Wirkung im Sinne der Vereinigungstheorie erfasst, die eine kumulative Rechtsanwendung gebieten würden, weil ein Zusammenwirken der beteiligten Rechtsordnungen erforderlich ist. Nur mehr wenige Bestimmungen des österreichischen Überprüfungsverfahrens verbleiben, die mit der anzuwendenden ausländischen Rechtsordnung kumuliert werden müssen, wobei sich die strengste Regel durchsetzen soll beziehungsweise eine Anpassung oder Substitution erfolgen muss.⁶⁰⁶ Als solche Bestimmung ist, soweit ersichtlich, lediglich die Möglichkeit zur Ausgabe zusätzlicher Aktien anstelle von baren Zuzahlungen gemäß § 225e Abs 3 AktG zu qualifizieren. Dies allerdings auch nur dann, wenn den Aktionären der ausländischen Gründungsgesellschaft Zuzahlungen gegen die österreichische SE zugesprochen werden sollen, weil dem Recht der anspruchsberechtigten Aktionäre eine derartige Ersetzungsbefugnis fremd ist. Hier scheint die strengere Regel bei der Kumulierung diejenige zu sein, die keine Ausgabe zusätzlicher Aktien vorsieht. Werden hingegen den Aktionären der österreichischen Gründungsgesellschaft Zuzahlungen gegen die in Österreich gegründete SE zugesprochen, kann mE eine gerichtliche Ermächtigung zur Ausgabe zusätzlicher Aktien eingeholt werden. Befindet sich die SE im Ausland, wo eine derartige Möglichkeit nicht vorgesehen ist, wird ohnehin seitens der SE kein Antrag auf Ermächtigung zur Ausgabe von Aktien gestellt werden, sodass es bei den baren Zuzahlungen bleibt.⁶⁰⁷

In allen übrigen materiellrechtlich geregelten Bereichen ist mE ein Zusammenwirken der Rechtsordnungen der Gründungsgesellschaften nicht erforderlich. Eine Kumulation ist daher

⁶⁰³ Vgl dazu Kapitel VIII.1.2.

⁶⁰⁴ Vgl dazu Kapitel V.3.3.

⁶⁰⁵ Vgl dazu auch *Kissj*, Unternehmenszusammenschlüsse nach österreichischem und deutschem Recht unter besonderer Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben, 159.

⁶⁰⁶ Vgl dazu Kapitel II.3.1.2.

⁶⁰⁷ Vgl dazu Kapitel IV.3.1.2.

nicht nötig, sodass die Unterschiede der Rechtsordnungen aufgrund einer distributiven Rechtsanwendung bestehen bleiben können.⁶⁰⁸ Dazu gehören mE jedenfalls die materiellen und formellen Antragsvoraussetzungen, welche für die Aktionäre der jeweiligen Gründungsgesellschaft gesondert zu ermitteln sind⁶⁰⁹, womit auch zur Rechtssicherheit beigetragen wird. Die Aktionäre sollen Klarheit darüber haben, unter welchen Umständen sie ein Überprüfungsverfahren einleiten können. Die Antragslegitimation soll nicht von einem fremden oder zumindest vorläufig fremden Sachrecht, nämlich jenem der beteiligten ausländischen Gründungsgesellschaft, abhängig gemacht werden. Bei der Verschmelzung mit einer Gesellschaft, deren Gesellschaftsstatut kein nachträgliches Überprüfungsverfahren kennt, ändern sich die Antragsbedingungen im Vergleich zur innerstaatlichen Verschmelzung auch nicht. Es kommt entweder zu gar keinem Verfahren, oder zu einem Verfahren mit dem den Aktionären bekannten Antragsvoraussetzungen.⁶¹⁰ Zudem ist es mE bedenklich, wenn die Antragsvoraussetzungen vom Gesellschaftsstatut der beteiligten ausländischen Gesellschaft abhängig gemacht würden und demnach variieren könnten.⁶¹¹ Darüber hinaus ist auch gar kein Grund für eine Kumulierung der Rechtsordnungen ersichtlich. Die distributive Rechtsanwendung der Antragsvoraussetzungen dürfte in der Praxis kaum Probleme aufwerfen. Die Zugehörigkeit zu einem antragsberechtigten Aktionärskreis kann ebenso für jede der beteiligten Gesellschaften gesondert festgestellt werden wie die Einhaltung des Erfordernisses, gegen den Verschmelzungsbeschluss Widerspruch erheben zu müssen. Die Dauer der Aktionärserschaft sowie die Antragsfristen können ebenfalls unterschiedlich ausgestaltet sein und müssen nicht zwingend vereinheitlicht werden. Auch das in Österreich normierte System von Erst- und Folgeanträgen sollte ohne Probleme angewendet werden können, wobei das angerufene Gericht jedoch darauf zu achten hat, dass den Aktionären die jeweiligen unterschiedlichen Fristen auch tatsächlich gewährt werden. Die Veröffentlichungspflichten müssen ebenfalls nicht kumuliert oder aneinander angehängt werden, sondern nach den jeweils vorgesehenen, mitunter unterschiedlichen, Modalitäten erfolgen. Ebenso verhält es sich mit der Höhe der gesetzlich vorgesehenen Verzinsung. Es ist kein Grund ersichtlich, wieso die Zinshöhe für jede antragseinbringende Aktionärsgruppe identisch sein müsste.

⁶⁰⁸ Vgl dazu Kapitel II.3.1.2.

⁶⁰⁹ AA offenbar *Eckert in Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 12 EU-VerschG Rz 23, der als Teilnahmevoraussetzung am österreichischen Verfahren eine Verzichtserklärung der Aktionäre der ausländischen Gesellschaft fordert.

⁶¹⁰ Vgl dazu Kapitel V.2.2.2.

⁶¹¹ Vgl dazu *Lennerz*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, 144; *Geyrbalter/Weber*, Transnationale Verschmelzungen im Spannungsfeld zwischen SEVIC System und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 2006, 146 (148); *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 19 f.

2.2. Kollision zwischen den österreichischen Normen des Überprüfungsverfahrens und dem Gesellschaftsstatut der SE

Da bei der Hereinverschmelzung das Gesellschaftsstatut ohnehin nach österreichischem Recht zu bestimmen ist, sind Kollisionen zwischen den Bestimmungen des österreichischen Überprüfungsverfahrens und dem Gesellschaftsstatut der SE nur bei der Hinausverschmelzung zu beachten. Sieht auch das Recht der aufnehmenden SE eine dem österreichischen Verfahren vergleichbare Möglichkeit zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses vor⁶¹², und wird ein Überprüfungsverfahren nach österreichischem Recht eingeleitet, scheinen schwerwiegende Kollisionen zwischen den Rechtsordnungen eher unwahrscheinlich. Dies deshalb, weil das Gesellschaftsstatut der SE ebenfalls eine nachträgliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses kennt und daher die entsprechenden Normen des österreichischen Rechts leichter in die ausländische Rechtsordnung eingebettet werden können. Treten dennoch Widersprüche auf, kann allenfalls auf bereits entwickelte Lösungsansätze für rein innerstaatliche Verschmelzungen im Aufnahmestaat zurückgegriffen werden.⁶¹³ Zu wesentlichen Kollisionen kann es daher vor allem bei Hinausverschmelzungen auf eine SE kommen, deren Gesellschaftsstatut ein dem österreichischen Recht vergleichbares Überprüfungsverfahren fremd ist. Mögliche Widersprüche werden zwar weitgehend durch die Zustimmung zum österreichischen Verfahren, die wie eine partielle Rechtswahl zu werten ist⁶¹⁴, vermieden. Zu Konflikten kann es jedoch dann kommen, wenn die Kapitalerhaltungsvorschriften des Gesellschaftsstatuts der SE nicht mit dem nach österreichischem Recht gewährten Anspruch auf bare Zuzahlungen in Einklang zu bringen sind.

Der Anspruch der Aktionäre der österreichischen übertragenden Gesellschaft richtet sich nach österreichischem Recht und ist der Höhe nach unbegrenzt. Da es sich aber um ein nachträgliches Überprüfungsverfahren handelt, entsteht dieser Anspruch nach Erlöschen der österreichischen Gesellschaft und kann daher erst nach Eintragung der Verschmelzung gegen die ausländische übernehmende SE geltend gemacht werden. Zu diesem Zeitpunkt ist jedoch der Gründungsvorgang bereits abgeschlossen, sodass an sich ausschließlich das Gesellschaftsstatut der aus der Verschmelzung hervorgehenden SE einschlägig ist. Dieser Grundsatz wird durch die Zustimmung zum österreichischen nachträglichen Überprüfungsverfahren durchbrochen, sodass es im davon erfassten Bereich zu einer Fortwirkung des österreichischen Rechts kommt. Die möglicherweise zu leistenden Ausgleichszahlungen sind bereits aus dem Vermögen der SE zu

⁶¹² Vgl zu den Vergleichbarkeitskriterien Kapitel V.3.3.

⁶¹³ So beispielsweise bei Widersprüchen zwischen dem Zuzahlungsanspruch und dem Verbot der Einlagenrückgewähr, vgl dazu Kapitel VIII.2.2.2.

⁶¹⁴ Vgl dazu Kapitel VI.3.

begleichen. Daher ist bei der Beurteilung, ob die Zuzahlungen in der zugesprochenen Höhe geleistet werden können oder ob dies in Widerspruch zu den Kapitalerhaltungsvorschriften steht, auf das Gesellschaftsstatut der SE abzustellen. Insofern kann ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen dem Zuzahlungsanspruch nach österreichischem Recht und den Kapitalerhaltungsvorschriften nach dem Gesellschaftsstatut der SE entstehen. Denkbar ist einerseits ein Konflikt zwischen dem nach österreichischem Recht betragsmäßig unbeschränkten Ausgleichsanspruch und einer zwingenden Begrenzung der Ausgleichsleistungen nach dem Gesellschaftsstatut der SE. Andererseits kann es, wie auch bei rein innerstaatlichen österreichischen Verschmelzungen, zu einem Konflikt zwischen den zu leistenden Ausgleichszahlungen und dem Verbot der Einlagenrückgewähr kommen.⁶¹⁵

2.2.1. Verhältnis zwischen Ausgleichsanspruch und Begrenzung von baren Zuzahlungen

Zunächst ist festzuhalten, dass das Umtauschverhältnis sowie die Höhe einer allfälligen Ausgleichsleistung als zwingender Bestandteil im Verschmelzungsplan gemäß Art 20 Abs 1 lit b anzugeben ist. Weder die SE-VO, noch andere unmittelbar anwendbare europarechtliche Bestimmungen, enthalten Begrenzungen über Art und Umfang der Ausgleichsleistung, sodass auf nationales Recht zurückgegriffen werden muss.⁶¹⁶ Da eine höhenmäßige Beschränkung der Kapitalerhaltung und Liquidität der zu gründenden SE dient, die in aller Regel die zusätzliche Leistung zu erbringen hat, ist dabei mE auf das Recht des Sitzstaates der künftigen SE abzustellen.⁶¹⁷ Im Verschmelzungsplan können somit Ausgleichsleistungen der zu gründenden SE nur bis zu jener Höhe vereinbart werden, soweit dies nach dem Gesellschaftsstatut der künftigen SE für zulässig erachtet wird.⁶¹⁸ Kann aufgrund dieser Beschränkungen kein gleichwertiges Umtauschverhältnis erzielt werden, bleibt die Möglichkeit, dass die Ausgleichsleistung von einem Dritten beigesteuert wird.

⁶¹⁵ Vgl dazu Kapitel IV.3.1.3.

⁶¹⁶ Bayer in Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, Art 20 SE-VO Rz 19; Eckert in Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 5 EU-VerschG Rz 16; aA Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 157 f; Schwarz, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 20 Rz 29; Hügel in Kals/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, § 17 SEG Rz 13, der in Art 20 Abs 1 lit b eine abschließende Regelung erblickt.

⁶¹⁷ Lind, Europäische Aktiengesellschaft, 111 f; Neum in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft², 88; Adensamer/Eckert, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil II), GeS 2007, 143 (147); Bayer in Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, Art 20 SE-VO Rz 19; Eckert in Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 5 EU-VerschG Rz 16.

⁶¹⁸ Für eine SE mit Sitz in Österreich bedeutet dies etwa, dass bare Zuzahlungen gemäß § 224 Abs 5 AktG nur im Ausmaß von 10% des auf die gewährten Aktien der SE entfallenden anteiligen Betrages des Grundkapitals vereinbart werden dürfen.

Zu einem Konflikt kann es dann kommen, wenn die Rechtsordnung, der die SE unterliegt, eine absolute Obergrenze für bare Zuzahlungen, ähnlich § 224 Abs 5 AktG, enthält. Nach der hM in Österreich gilt diese Grenze zwar bei der Festlegung des Umtauschverhältnisses im Verschmelzungsplan, nicht aber im Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses.⁶¹⁹ Eine derartige Ausnahme wird jedoch insbesondere in jenen ausländischen Rechtsordnungen, denen ein nachträgliches Überprüfungsverfahren fremd ist, kaum vorgesehen sein oder in der dazu ergangenen Literatur vertreten werden. Aber auch für den Fall, dass eine nachträgliche Korrektur des Umtauschverhältnisses vorgesehen ist, kann es eine betragliche Höchstgrenze für bare Zuzahlungen geben. Nun muss aber das Verhältnis zwischen der im ausländischen Recht vorgesehenen absoluten Zuzahlungsgrenze und der nach hM im österreichischen Recht nach oben hin unbegrenzten Möglichkeit der Barzahlungen im Überprüfungsverfahren geklärt werden.⁶²⁰ Umstritten ist, ob nun dem Minderheitenschutz⁶²¹ oder den Kapitalerhaltungsvorschriften⁶²² der Vorrang einzuräumen ist. Letztlich geht es einerseits um die Frage, ob das angerufene Gericht an die Grenze der ausländischen Rechtsordnung gebunden ist und keine darüber hinausgehenden Zuzahlungen gewähren darf. Andererseits ist auch zu klären, ob die ausländische Rechtsordnung einer österreichischen Gerichtsentscheidung die Anerkennung versagen kann, wenn darin diese Grenze überschritten wird. Werden beide Fragen verneint, muss geklärt werden, wie sich nun die SE verhalten soll; schließlich kann sie nicht den Vorgaben beider Rechtsordnungen gerecht werden, ohne die Normen der jeweils anderen dabei zu verletzen.

Die Frage, ob das angerufene Gericht an die Zuzahlungsgrenze der ausländischen Rechtsordnung gebunden ist, ist zu verneinen. Aufgrund der Zustimmung der beteiligten ausländischen Gründungsgesellschaft zum nachträglichen Überprüfungsverfahren, ist dieses ausschließlich nach österreichischem Recht zu führen. Auf die Vereinbarkeit des Zuzahlungsanspruches mit den Kapitalerhaltungsvorschriften im Sitzstaat der SE kommt es hingegen nicht an.⁶²³ Eine andere Beurteilung würde sich nur dann gebieten, wenn die Leistung der Zuzahlungen auch nach

⁶¹⁹ Vgl dazu Kapitel IV.3.1.3.

⁶²⁰ Eine ganz ähnliche Frage stellt sich beim Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung beim Austritt einzelner Aktionäre gemäß § 12 SEG, wenn der Anspruch nach österreichischem Recht in Widerspruch zu einer Erwerbsgrenze für eigene Aktien nach dem Gesellschaftsstatut der SE steht.

⁶²¹ *Stratz* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG⁵, § 15 Rz 17; im Ergebnis wohl auch *Szyp* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 225c Rz 3 und *Teichmann*, Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 (381).

⁶²² *Gehling* in *Semler/Stengl*, UmwG³, § 15 Rz 21 ff; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE-Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 44 Fn 116 mwN; *Adensamer/Eckert*, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil II), GeS 2007, 143 (148) sprechen davon, dass sich „[...] ein Vorrang des Schutzes von Minderheitsgesellschaftern der übertragenden gegenüber Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft nicht ableiten lässt“.

⁶²³ *Eckert* in *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 10 EU-VerschG Rz 6.

österreichischem Kapitalerhaltungsrecht nicht möglich und sich deren Zulässigkeit im grenzüberschreitenden Kontext nur aufgrund eines Normenmangels ergeben würde. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die 10% - Grenze für Ausgleichsleistungen nach § 224 Abs 5 AktG auch für bare Zuzahlungen im Rahmen eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens einschlägig wäre. Dann dürften weder nach österreichischem noch nach dem Recht des Sitzstaates der SE unbegrenzt hohe Zuzahlungen geleistet werden. Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung würde diese Konstellation zu dem Ergebnis führen, dass die Grenze nach österreichischem Recht nicht anwendbar ist, weil es auf die Kapitalerhaltungsvorschriften im Sitzstaat der SE ankommt. Andererseits besteht der Zuzahlungsanspruch aber unabhängig von den Begrenzungen nach dem Gesellschaftsstatut der SE, sodass die Gerichte auch an dessen Grenzen nicht gebunden wären. In diesem Fall soll es aber dennoch zu keinen der Höhe nach unbegrenzten Zuzahlungen kommen, weil diese nur auf einen - aufgrund der Grenzüberschreitung auftretenden - Normenmangel zurückzuführen wären.⁶²⁴ Dies ist jedoch nicht der Fall, sodass die zur Durchführung des Überprüfungsverfahrens zuständigen Gerichte an eine allfällige Zuzahlungsgrenze nach ausländischem Recht nicht gebunden sind.

Aufgrund der konkurrierenden internationalen Zuständigkeit können zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses sowohl die österreichischen Gerichte, als auch die Gerichte im Sitzstaat der SE angerufen werden.⁶²⁵ Insofern gebietet sich eine differenzierende Betrachtung, je nachdem, ob das Verfahren vor österreichischen oder ausländischen Gerichten geführt wird. Art 25 Abs 3 ordnet an, dass die Entscheidung des österreichischen Gerichtes für die übernehmende Gesellschaft und ihre Aktionäre bindend ist. Der Entscheidung eines österreichischen Gerichtes, in welcher den Aktionären eine über die, nach dem Gesellschaftsstatut der SE normierte, Obergrenze hinausgehende Zuzahlung zuerkannt wird, kann durch den Sitzstaat der SE gemäß Art 34 Z 1 EuGVVO dennoch die Anerkennung verweigert werden, wenn diese gegen den *ordre public* des Sitzstaates verstoßen würde.⁶²⁶ Ein derart tiefgreifender Verstoß gegen die öffentliche Ordnung ist mE jedoch nicht gegeben, sodass die Entscheidung im Ausland anzuerkennen sein wird.

Wird hingegen ein ausländisches Gericht im Sitzstaat der SE angerufen, könnte die Anwendung der österreichischen Normen möglicherweise verhindert werden. Dies wäre dann der Fall, wenn

⁶²⁴ Vgl dazu ausführlich *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 266 f; *Eckert in Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 10 EU-VerschG Rz 6.

⁶²⁵ Vgl dazu Kapitel VI.4.

⁶²⁶ Vgl dazu ausführlich *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 169 f; *Kodek in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 34 Rz 5 ff; *Rassi in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 34 EuGVVO Rz 9 ff; *Burgstaller in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Oktober 2002), Art 34 EuGVO Rz 9 ff.

die nach dem Gesellschaftsstatut der SE vorgesehene betragliche Begrenzung barer Zuzahlungen von der ausländischen Rechtsordnung als Eingriffsnorm qualifiziert werden könnte. Nach der Definition in Art 9 Rom I-VO ist darunter „[...] eine *zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie [...] auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen*“ zu verstehen. Die für die Qualifikation einer Obergrenze für Ausgleichsleistungen als Eingriffsnormen erforderlichen Voraussetzungen dürften mE aber nicht erfüllt sein.⁶²⁷

Die nach oben hin unbegrenzte Möglichkeit zu baren Zuzahlungen nach österreichischem Recht könnte vom ausländischen Gericht auch als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung (*ordre public*) des Sitzstaates der SE qualifiziert werden. Wie bereits in Zusammenhang mit der Anerkennung einer österreichischen Gerichtsentscheidung ausgeführt, ist dies jedoch nicht der Fall, sodass auch dieser Einwand nicht greift.⁶²⁸ Somit dürften Zuzahlungen ohne Begrenzung nach oben hin, unabhängig davon, welches international zuständige Gericht angerufen wird, möglich sein.

Aus Sicht der SE muss man nach den bisherigen Ausführungen wohl zum Schluss kommen, dass diese die Zuzahlungen in der gerichtlich zugesprochenen Höhe leisten wird müssen, auch wenn dadurch die nach ihrem Gesellschaftsstatut maßgebliche Grenze für bare Ausgleichsleistungen überschritten werden muss.

Dieses Ergebnis kann aber durchaus relativiert werden. In der Praxis ist es ratsam, derartige Probleme bereits vor Einholung der Zustimmung zum österreichischen Verfahren beziehungsweise vor der Beschlussfassung über die Verschmelzung auszuräumen. Bereits in diesem Stadium sollte geklärt werden, inwieweit es zu Konflikten zwischen dem Zuzahlungsanspruch der Aktionäre und den zwingenden Rechtsvorschriften des Gesellschaftsstatuts der SE kommen könnte. Die eben skizzierte rechtliche Lösung, die letztlich dem Minderheitsrecht auf bare Zuzahlungen gegenüber der Einhaltung der Begrenzung barer Zuzahlungen zum Durchbruch verhilft, scheint doch unbefriedigend. Insbesondere die Gerichte im Sitzstaat der SE werden kaum höhere Zuzahlungen gewähren, als dies mit dem - aus ihrer Sicht - vertrauten Recht vereinbar ist. Faktisch ist daher bei Anrufung der ausländischen Gerichte eine betragsmäßige Begrenzung der Zuzahlungsansprüche bis zur im Gesellschaftsstatut der SE normierten Grenze zu befürchten. Daher sollte bereits im Vorfeld der Verschmelzung geklärt

⁶²⁷ Vgl dazu mit ausführlicher Begründung *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 262 ff; 286 f.

⁶²⁸ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 135 ff; 266.

werden, ob es nach dem Gesellschaftsstatut der zu gründenden SE eine Begrenzung der baren Zuzahlungen gibt und ob diese Grenze im Falle eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens möglicherweise erreicht oder überschritten werden könnte. Wenn dies der Fall ist, sollte eine Vorgehensweise ausgearbeitet werden, durch welche sowohl die Ansprüche der Aktionäre als auch die zwingenden Vorschriften des Gesellschaftsstatuts der SE berücksichtigt werden können. Denkbar wäre, sofern dies das Gesellschaftsstatut der SE vorsieht, die Ausgabe zusätzlicher Anteile anstelle der baren Zuzahlungen oder auch die Schaffung neuer Aktien, wenn die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt werden.⁶²⁹ Durch Verzichtserklärungen auf bare Zuzahlungen einzelner Aktionäre gemäß § 225d AktG kann der potentiell in Summe zu leistende Ausgleichsbetrag erheblich verringert werden, sodass das Erreichen der Zuzahlungsgrenze verhindert werden kann.⁶³⁰ Diese Möglichkeit scheint gerade für Mehrheitsaktionäre attraktiv, die ohnehin in die Festlegung des Umtauschverhältnisses in erheblichem Ausmaß eingebunden sind und ihre Zustimmung zum Verschmelzungsbeschluss nicht erteilen würden, wenn sie damit nicht einverstanden wären. Schließlich wäre auch die Leistung der Zuzahlungen durch einen Dritten möglich, womit das Erreichen der Zuzahlungsgrenze ebenfalls vermieden werden könnte.

2.2.2. Verbot der Einlagenrückgewähr

Die zu leistenden Ausgleichszahlungen können auch in Widerspruch mit einem, nach dem Gesellschaftsstatut der SE normierten, Verbot der Einlagenrückgewähr oder ähnlich wirkenden Zuwendungsverboten stehen. Dieses Problem wurde bereits bei der innerstaatlichen österreichischen Verschmelzung diskutiert. Gemäß § 52 AktG dürfen den Aktionären nur Ausschüttungen gewährt werden, die im Bilanzgewinn beziehungsweise in auflösbaren freien Rücklagen gedeckt sind. Darüber hinausgehende Leistungen würden gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen.⁶³¹ Sieht auch das Gesellschaftsstatut der SE derartige oder ähnliche Beschränkungen vor, werden aber darüber hinausgehende Zuzahlungen zugesprochen, muss man wohl ähnliche Lösungsansätze verfolgen, die auch schon bei der innerstaatlichen österreichischen Verschmelzung diskutiert wurden.⁶³²

⁶²⁹ Vgl dazu Kapitel IV.3.1.2.

⁶³⁰ Vgl dazu Kapitel XI.4.2.

⁶³¹ Vgl dazu Kapitel IV.3.1.3.

⁶³² Vgl dazu Kapitel IV.3.1.3.

IX. Gerichtsstandsvereinbarung

Durch den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung könnten die bereits ausführlich diskutierten Probleme der internationalen Zuständigkeit sowie des Auseinanderfallens von materiellem und formellem Recht im Vorfeld eines möglichen Überprüfungsverfahrens ausgeräumt werden.⁶³³ Bevor jedoch auf die einzelnen Gestaltungsmöglichkeiten eingegangen werden kann, muss zunächst geklärt werden, ob das nachträgliche Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses einer Gerichtsstandsvereinbarung überhaupt zugänglich ist und auf welche Rechtsgrundlage eine derartige Regelung zu stützen ist. Schließlich müssen auch die zu erfüllenden formalen Voraussetzungen zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung sowie deren Wirkung erläutert werden, bevor die Ausgestaltungsmöglichkeiten in konkreten Fallkonstellationen näher untersucht werden können.

1. Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung

Das österreichische Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist aufgrund der expliziten Anordnung in § 225e Abs 1 AktG nach den Bestimmungen für das Verfahren außer Streitsachen zu führen. Im Bereich des außerstreitigen Verfahrens ist jedoch eine Vereinbarung über die gerichtliche Zuständigkeit nach österreichischem Recht nicht möglich.⁶³⁴ Für rein innerösterreichische Verschmelzungen ist dies auch nicht weiter problematisch, weil § 120 Abs 5a Z 1 JN eine Konzentration der Zuständigkeit im Gerichtssprengel, in welchem die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz hat, vorsieht und somit eine konkurrierende Zuständigkeit mehrerer Gerichte nicht möglich ist.

Die Regelungen des österreichischen Verfahrensrechtes werden jedoch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung vom Gemeinschaftsrecht überlagert und in ihrer Anwendbarkeit verdrängt, sofern der Anwendungsbereich eines Gemeinschaftsrechtsaktes gegeben ist. Wie bereits festgestellt, werden die österreichischen Zuständigkeitsnormen bei einem nachträglichen Überprüfungsverfahren durch jene der EuGVVO verdrängt.⁶³⁵ Damit sind aber nicht nur die Gerichtsstände nach den Bestimmungen der EuGVVO zu ermitteln, was zur Unanwendbarkeit des ausschließlichen Gerichtsstandes gemäß § 120 Abs 5a Z 1 JN führt, sondern auch die Voraussetzungen, um eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung abzuschließen

⁶³³ Vgl dazu Kapitel VIII.1.

⁶³⁴ *Mayr in Rechberger*, Kommentar zur ZPO², § 104a JN Rz 3; *Fucik/Kloiber*, AußStrG, Vor § 1 Rz 2; *Klücke/Oberhammer/Domej*, Außerstreitverfahren⁴, Rz 48; *Eckert*, Internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO bei Kapitalgesellschaften, *ecolex* 2003, 76 (77); *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 452.

⁶³⁵ Vgl dazu Kapitel VI.1.1.

zu können. Anders als das österreichische Verfahrensrecht sieht die EuGVVO jedoch keine ausschließliche Zuständigkeit für das nachträgliche Überprüfungsverfahren vor⁶³⁶, womit die Möglichkeit zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung gegeben ist.

2. Anwendungsbereich des Art 23 EuGVVO

2.1. Allgemeine Voraussetzungen gemäß Art 23 Abs 1 EuGVVO

Zunächst legt Art 23 Abs 1 EuGVVO fest, dass zumindest eine der Parteien der Gerichtsstandsvereinbarung ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates haben muss. Dies ist im Falle der SE-Verschmelzungsgründung nicht weiter problematisch, weil daran ohnehin nur Gesellschaften mit Sitz in einem Mitgliedstaat als Gründungsgesellschaften teilnehmen dürfen. Die Gerichtsstandsvereinbarung muss sich entweder auf eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder auf eine künftig entstehende Rechtsstreitigkeit aus einem bestimmten Rechtsverhältnis beziehen.⁶³⁷ Beim nachträglichen Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses handelt es sich um eine möglicherweise künftig entstehende Streitigkeit. Daher muss das Rechtsverhältnis, dem die Streitigkeit zugrunde liegt, zum Zeitpunkt des Abschlusses der Gerichtsstandsvereinbarung zumindest bestimmbar sein.⁶³⁸ Als solches Rechtsverhältnis ist der Verschmelzungsvorgang zur Gründung der SE an sich zu betrachten, womit auch dieses Erfordernis des Art 23 Abs 1 EuGVVO erfüllt ist.

Selbstverständlich müssen darüber hinaus auch noch weitere, hier nicht näher zu problematisierende Voraussetzungen der Vertragsparteien, etwa deren Rechtsfähigkeit, die nach dem jeweiligen nationalen Recht zu beurteilen ist, erfüllt werden.⁶³⁹

⁶³⁶ Vgl zur Ansicht, dass keine ausschließliche Zuständigkeit gemäß Art 22 Z 2 EuGVVO vorliegt Kapitel VI.2.1.

⁶³⁷ EuGH 10.03.1992, C-214/89 - *Powell Duffryn* Rz 31; *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 23 Rz 53; *Burgstaller/Neumayr* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Oktober 2002), Art 23 EuGVO Rz 19; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 22 EuGVO Rz 69.

⁶³⁸ *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 23 Rz 54; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 22 EuGVO Rz 70.

⁶³⁹ Vgl dazu ausführlich *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 23 Rz 23 f; *Burgstaller/Neumayr* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Oktober 2002), Art 23 EuGVO Rz 17 f; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 23 EuGVVO Rz 83 ff; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 23 Rz 81 ff; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 23 EuGVO Rz 69 ff; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 128.

2.2. Auslandsbezug

In Art 23 EuGVVO ist weder das Erfordernis eines Auslandsbezuges noch der maßgebliche Zeitpunkt, wann dieser gegeben sein muss, ausdrücklich normiert. Zunächst scheint die Klärung dieser Frage von eher untergeordneter Bedeutung, weil an der SE-Verschmelzungsgründung ohnehin Gesellschaften mit Sitz in zumindest zwei verschiedenen Mitgliedstaaten teilnehmen müssen. Insofern ist zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über den geplanten Verschmelzungsvorgang jedenfalls ein ausreichender Auslandsbezug vorhanden, sofern ein solcher überhaupt als erforderlich erachtet wird. Die Voraussetzungen, um eine Gerichtsstandsvereinbarung im Rahmen des Verschmelzungsbeschlusses zu fassen, sind somit zu diesem Zeitpunkt jedenfalls erfüllt.

Anders stellt sich die Lage jedoch zu dem Zeitpunkt dar, an welchem frühestens ein Antrag zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses bei Gericht eingebracht werden kann. Die Antragsfrist beginnt nämlich erst ab Eintragung der SE zu laufen, sodass zu diesem Zeitpunkt kein Auslandsbezug mehr vorhanden ist. Die übertragenden Gesellschaften, also die Parteien der Gerichtsstandsvereinbarungen, sind bei Beginn der Antragsfrist nicht mehr existent⁶⁴⁰, sodass der Auslandsbezug durch die Eintragung wegfällt.

Als maßgeblicher Zeitpunkt kann mE richtigerweise, nicht nur für das Vorliegen eines Auslandsbezuges, sondern generell für alle Anwendungsvoraussetzungen des Art 23 EuGVVO, nur jener des Abschlusses der Gerichtsstandsvereinbarung herangezogen werden. Die Rechtsprechung des EuGH hat in diesem Zusammenhang zunächst für Verwirrung gesorgt, weil dieser auf den Zeitpunkt der Klageerhebung und nicht auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Gerichtsstandsvereinbarung abgestellt hat.⁶⁴¹ Zu beachten ist, dass im vom EuGH beurteilten Fall die Voraussetzungen des Art 23 EuGVVO zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung nicht erfüllt waren, jedoch nachträglich - bei Erhebung der Klage - eingetreten waren. Die Aussage des EuGH ist daher mE richtigerweise so zu verstehen, dass grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Gerichtsstandsvereinbarung abzustellen ist. Sollten aber die Voraussetzungen für einen wirksamen Abschluss zu diesem Zeitpunkt nicht vorliegen, genügt es, wenn diese zu einem späteren Zeitpunkt, jedenfalls aber bis Klageerhebung, eingetreten sind.⁶⁴²

⁶⁴⁰ Bei der Verschmelzung zur Aufnahme wäre zwar die SE als Gesamtrechtsnachfolgerin der übernehmenden Gesellschaft als Partei noch existent, der Auslandsbezug würde aber ebenso ab Eintragung der SE wegfallen.

⁶⁴¹ EuGH 13.11.1979, C-25/79 – *Sanicentral/René Collin* Rz 7.

⁶⁴² So auch *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 23 Rz 19; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 23 Rz 28; *Wepner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 191 f.

Unter Zugrundelegung dieses Verständnisses kann das Vorliegen eines Auslandsbezuges beim Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung über das nachträgliche Überprüfungsverfahren jedenfalls bejaht werden, sodass eine weitere Auseinandersetzung, ob überhaupt ein derartiger Auslandsbezug vorliegen muss, unterbleiben kann.⁶⁴³

3. Inhaltliche Erfordernisse

Neben dem Vorliegen eines bestimmten oder zumindest bestimmbar Rechtsverhältnisses muss durch eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäß Art 23 EuGVVO entweder ein konkret bestimmtes Gericht für örtlich zuständig erklärt, oder die Zuständigkeit der Gerichte eines bestimmten Mitgliedstaates vereinbart werden.⁶⁴⁴ Im letztgenannten Fall ist die konkrete Zuständigkeit nach den nationalen Zuständigkeitsregelungen des für zuständig erklärten Mitgliedstaates zu bestimmen.⁶⁴⁵ Möglich wäre darüber hinaus auch die Zuständigkeitsvereinbarung für mehrere konkret benannte Gerichte oder etwa auch der Ausschluss einzelner Gerichtsstände.⁶⁴⁶

Eine ausschließliche Zuständigkeit darf gemäß Art 23 Abs 5 EuGVVO durch eine Gerichtsstandsvereinbarung ebenso wenig abbedungen werden wie die besonderen Zuständigkeiten für Versicherungsnehmer, Verbraucher und Arbeitnehmer. Da jedoch, wie bereits ausführlich erläutert wurde, weder eine Zwangszuständigkeit nach Art 22 Z 2 EuGVVO⁶⁴⁷, noch ein Verbrauchergerichtsstand gemäß Art 15 Abs 1c EuGVVO⁶⁴⁸ gegeben ist, sind diese Einschränkungen nicht weiter beachtlich.

⁶⁴³ Vgl zum Erfordernis eines Auslandsbezuges ausführlich *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 23 Rz 15 ff; *Burgstaller/Neumayr in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Oktober 2002), Art 23 EuGVO Rz 6 ff; *Simotta in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 23 EuGVVO Rz 27 ff; *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 23 Rz 29 ff; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 23 EuGVO Rz 86 ff.

⁶⁴⁴ *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 23 Rz 56; *Burgstaller/Neumayr in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Oktober 2002), Art 23 EuGVO Rz 21; *Simotta in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 23 EuGVVO Rz 91 ff; *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 23 Rz 171; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 23 EuGVO Rz 71 ff.

⁶⁴⁵ *Burgstaller/Neumayr in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Oktober 2002), Art 23 EuGVO Rz 23; *Simotta in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 23 EuGVVO Rz 99 ff; *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 23 Rz 144 ff; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 23 EuGVO Rz 75 ff.

⁶⁴⁶ *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 23 Rz 57; *Burgstaller/Neumayr in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Oktober 2002), Art 23 EuGVO Rz 21; *Simotta in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², Art 23 EuGVVO Rz 45; 248; *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Art 23 Rz 170; 182 ff; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 23 EuGVO Rz 72; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 123 f.

⁶⁴⁷ Vgl dazu Kapitel VI.2.1.

⁶⁴⁸ Vgl dazu Kapitel VI.2.3.; relativierend *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 455 ff; 479.

4. Wirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung

Das durch eine Gerichtsstandsvereinbarung für zuständig erklärte Gericht oder die für zuständig erklärten Gerichte sind gemäß Art 23 Abs 1 EuGVVO im Zweifel ausschließlich zuständig, sofern nichts anderes vereinbart wird. Im Gegensatz dazu vertritt die hM zur österreichischen Rechtslage die Ansicht, dass durch eine Gerichtsstandsvereinbarung nach § 104 JN im Zweifelsfall lediglich ein zusätzlicher Wahlgerichtsstand geschaffen wird.⁶⁴⁹

Die Möglichkeit der rügelosen Einlassung gemäß Art 24 EuGVVO bleibt auch im Falle einer gültig zustande gekommenen Gerichtsstandsvereinbarung aufrecht. Wird also ein aufgrund der Gerichtsstandsvereinbarung unzuständiges Gericht angerufen, wird dieses zuständig, wenn sich der Beklagte, im Falle des Überprüfungsverfahrens die SE als Antragsgegnerin, auf das Verfahren einlässt.⁶⁵⁰

5. Formerfordernisse

Art 23 Abs 1 EuGVVO stellt drei Alternativen zum formgültigen Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung zur Verfügung. Da davon auszugehen ist, dass zwischen den Vertragsparteien in Bezug auf Verschmelzungsvorgänge keine förmlichen Gepflogenheiten entstanden sind, scheidet die darauf abstellende Alternative in lit b) aus. Soweit ersichtlich gibt es auch keinen internationalen Handelsbrauch gemäß lit c), der die Formerfordernisse zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung bei internationalen Verschmelzungsvorgängen regeln würde. Aus praktischer Sicht bleibt daher nur die Alternative in lit a) übrig, welche einen schriftlichen oder mündlichen Abschluss mit schriftlicher Bestätigung vorsieht. Es gilt daher zu untersuchen, ob eine schriftliche Gerichtsstandsvereinbarung im Verschmelzungsplan beziehungsweise in der Satzung der SE den Formerfordernissen des Art 23 Abs 1 EuGVVO genügt und unter welchen Voraussetzungen eine derartige Vereinbarung auch gegenüber der SE sowie all ihren Gesellschaftern verbindlich ist.

⁶⁴⁹ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen², § 104 JN Rz 90 ff; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁷, Rz 267; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 124.

⁶⁵⁰ *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³, Art 23 Rz 71; *Burgstaller/Neumayr* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Oktober 2002), Art 23 EuGVO Rz 50; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen², Art 23 EuGVVO Rz 45; 254 ff; *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Art 23 EuGVO Rz 96; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Rz 244; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 78.

6. Gerichtsstandsvereinbarung in der Satzung der SE

6.1. Zulässigkeit nach der SE-VO und dem SEG

Art 20 Abs 1 legt jene Bestandteile fest, die zwingend im Verschmelzungsplan geregelt werden müssen. Darüber hinaus stellt Art 20 Abs 2 ausdrücklich klar, dass die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften weitere inhaltliche Vorgaben fakultativ festsetzen können. Auch § 17 SEG, der im Wesentlichen auf Art 20 Abs 1 verweist, nimmt keine Einschränkungen im Hinblick auf den Inhalt des Verschmelzungsplanes vor, sodass nichts gegen die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung spricht. Ob diese Gerichtsstandsvereinbarung im Verschmelzungsplan oder in einer davon physisch getrennten Satzung der SE aufgenommen wird, ist, aufgrund der in Art 6 ausdrücklich angeordneten Gleichstellung beider Begriffe unter dem Ausdruck „Satzung der SE“, nebensächlich.⁶⁵¹

6.2. Verbindlichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung für die Gesellschafter

Alleine durch die Tatsache, dass die von der SE-VO getroffenen Vorgaben einer Gerichtsstandsvereinbarung in der Satzung der SE nicht entgegenstehen, ist noch nicht die Frage beantwortet, ob diese für die einzelnen Gesellschafter auch bindend ist. Der Verschmelzungsplan entfaltet mit der Zustimmung der Gesellschafterversammlung seine Verbindlichkeit auch gegenüber den einzelnen Aktionären. Nun soll aber ein nicht zwingend festzulegender Bestandteil mittels Gesellschafterbeschluss in den Verschmelzungsplan aufgenommen werden. Für die Zustimmung zum Verschmelzungsplan mit dem in Art 20 Abs 1 beziehungsweise § 17 SEG umschriebenen Inhalt ist nach österreichischem Recht gemäß § 221 Abs 1 AktG das Erreichen einer Dreiviertelmehrheit in der Gesellschafterversammlung erforderlich. Dieses Quorum ist jedenfalls sowohl notwendig als auch ausreichend für alle zwingend erforderlichen Bestandteile des Verschmelzungsplanes. Ob für darüber hinausgehende fakultative Bestimmungen bereits eine einfache Mehrheit genügt oder möglicherweise ein noch höheres Zustimmungsquorum erreicht werden muss, ist jeweils gesondert zu beurteilen. Zu klären bleibt letztlich die Frage, ob mittels Dreiviertelmehrheitsbeschluss der Gesellschafterversammlung eine Gerichtsstandsvereinbarung in die Satzung der SE mit Wirkung für und gegen alle Gesellschafter aufgenommen werden kann.

⁶⁵¹ Seibt in Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, Art 6 SE-VO Rz 2; Fuchs in Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft², Art 6 Rz 4; im Ergebnis auch Frenzel, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 324; Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht, 480.

6.2.1. Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat sich in der Rechtssache *Powell Duffryn*⁶⁵² erstmals mit der Frage auseinandergesetzt, ob die in der Satzung einer Aktiengesellschaft aufgenommene Klausel, welche sämtliche Streitigkeiten zwischen den Aktionären und der Gesellschaft sowie deren Organen dem Gerichtsstand der Gesellschaft zuweist, als Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne des Art 23 EuGVVO (vormals Art 17 EuGVÜ) zu verstehen ist.

Zunächst wurde festgehalten, dass der Begriff der Gerichtsstandsvereinbarung autonom auszulegen ist⁶⁵³ und dass es sich bei der Satzung einer Aktiengesellschaft um einen Vertrag im Sinne des Art 5 EuGVVO handelt.⁶⁵⁴ Somit ist auch eine in der Satzung verankerte Gerichtsstandsvereinbarung als vertraglicher Bestandteil zu betrachten und als Vereinbarung gemäß Art 23 EuGVVO zu werten. Hinsichtlich der Formerfordernisse des Art 23 Abs 1 EuGVVO hielt der EuGH fest, dass die Satzungen von Aktiengesellschaften ohnehin in jedem Mitgliedstaat der Schriftlichkeit bedürfen⁶⁵⁵, sodass die diesbezüglichen Anforderungen keine Schwierigkeiten bereiten. Die Satzung gilt auch als den Aktionären bekannt, wenn diese an einem öffentlich zugänglichen Ort hinterlegt oder in einem öffentlichen Register enthalten ist.⁶⁵⁶ Unerheblich ist, ob die Klausel gegen den Willen des Aktionärs, gegen den diese nun geltend gemacht wird, in die Satzung aufgenommen wurde oder ob dieser erst nach der Aufnahme der Gerichtsstandsvereinbarung in die Satzung Gesellschafter wurde. Durch die Begründung und Beibehaltung der Aktionärsstellung erklären sich die einzelnen Aktionäre damit einverstanden, dass sämtliche, auch gegen ihren Willen getroffene, Beschlüsse für sie gelten.⁶⁵⁷ Diese sehr weit gefasste Formulierung wird jedoch insofern eingeschränkt, als darunter nur jene Beschlüsse zu verstehen sind, die in Einklang mit dem anwendbaren nationalen Recht und der Satzung der Gesellschaft getroffen wurden.⁶⁵⁸

6.2.2. Voraussetzungen nach österreichischem Recht

Nach der Rechtsprechung des EuGH muss der Beschluss, mit welchem eine Gerichtsstandsvereinbarung in die Satzung der Gesellschaft aufgenommen werden soll, im Einklang mit den Bestimmungen des anwendbaren nationalen Rechts getroffen werden. Aus

⁶⁵² EuGH 10.03.1992, C-214/89.

⁶⁵³ EuGH 10.03.1992, C-214/89 - *Powell Duffryn* Rz 14.

⁶⁵⁴ Vgl dazu Kapitel VI.2.4.

⁶⁵⁵ EuGH 10.03.1992, C-214/89 - *Powell Duffryn* Rz 26.

⁶⁵⁶ EuGH 10.03.1992, C-214/89 - *Powell Duffryn* Rz 29.

⁶⁵⁷ EuGH 10.03.1992, C-214/89 - *Powell Duffryn* Rz 17 ff.

⁶⁵⁸ EuGH 10.03.1992, C-214/89 - *Powell Duffryn* Rz 19.

gemeinschaftsrechtlicher Sicht gibt es keine Einschränkungen des nationalen Gesetzgebers bezüglich der Festlegung der Mehrheitserfordernisse bei Gesellschafterbeschlüssen.⁶⁵⁹ Eine allgemeine Schranke bilden jedoch die Grundsätze der Gleichwertigkeit und Effektivität. Es darf also im Rahmen der SE-Verschmelzungsgründung kein höheres Zustimmungsquorum für die Aufnahme einer Gerichtsstandsvereinbarung in die Satzung verlangt werden als bei vergleichbaren nationalen Vorgängen.⁶⁶⁰ Darüber hinaus dürften, im Vergleich zu anderen Satzungsänderungsbeschlüssen, auch besonders hohe Mehrheitserfordernisse oder gar eine einstimmige Beschlussfassung für den Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen unzulässig sein. Dadurch könnten die nationalen Gesetzgeber die Anwendbarkeit des Art 23 EuGVVO weitgehend untergraben⁶⁶¹ und auch die Rechtsprechung des EuGH⁶⁶² umgehen.

Nach österreichischem Recht sind Gerichtsstandsvereinbarungen im außerstreitigen Verfahren unzulässig⁶⁶³, weswegen für das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses kein nationaler Vergleichsmaßstab für das erforderliche Mehrheitsquorum vorhanden ist. Aber auch Abseits des Überprüfungsverfahrens wurden die Voraussetzungen, um eine für die Gesellschaft und alle Aktionäre verbindliche Gerichtsstandsvereinbarung mittels Beschluss in die Satzung aufnehmen zu können, soweit ersichtlich, weder in der Judikatur noch in der Literatur ausführlich behandelt. Die hM zur vergleichbaren Rechtslage in Deutschland hält die Aufnahme einer Gerichtsstandsklausel in der Satzung für möglich, wovon ganz offenkundig auch der deutsche Gesetzgeber in Bezug auf das nachträgliche Überprüfungsverfahren ausgeht, der in seinen Gesetzesmaterialien zu § 6 dSEAG davon spricht, dass sich die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte „aus einer Gerichtsstandsvereinbarung oder der EuGVVO ergeben kann“.⁶⁶⁴

Aus Sicht der betroffenen Aktionäre ist die Beurteilung der Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung jedoch durchaus kritisch zu hinterfragen. Insbesondere jene Minderheitsaktionäre, die gegen die mit Dreiviertelmehrheit anzunehmende SE-Verschmelzungsgründung stimmen, werden mehr oder weniger in eine von ihnen nicht erwünschte Gesellschaft gedrängt. Lediglich bei der Hinausverschmelzung können diese gemäß §

⁶⁵⁹ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 454.

⁶⁶⁰ Vgl dazu Kapitel VIII.1.6.

⁶⁶¹ Ähnlich *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 454.

⁶⁶² EuGH 10.03.1992, C-214/89 - *Powell Duffryn* insbesondere Rz 18 und 19.

⁶⁶³ Vgl dazu Kapitel IX.1.

⁶⁶⁴ Begr. RegE z. SEEG, BT-Drucks. 15/3405, 32; vgl dazu auch *Nießén*, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441 (443); *Müller*, Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 81 (85); *Mock*, Spruchverfahren im europäischen Zivilverfahrensrecht, IPRax 2009, 271 (277); *Wepfner*, Internationale Zuständigkeit für die spruchverfahrensrechtliche Durchsetzung von Zuzahlungs- und Barabfindungsansprüchen bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, RIW 2011, 144 (150); *Hüffer*, Aktiengesetz⁹, § 23 Rz 38.

21 SEG aus der Gesellschaft gegen Erhalt einer angemessenen Barabfindung für die Hingabe ihrer Anteile ausscheiden, sofern sie gegen den Verschmelzungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben.⁶⁶⁵ Bei der Hereinverschmelzung gibt es hingegen keine vergleichbare Möglichkeit, sodass alle Gesellschafter der österreichischen Gründungsgesellschaft Aktionäre der nunmehrigen SE werden. Aber auch bei einem Austritt gegen Barabfindung bei der Hinausverschmelzung ist der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung wünschenswert, weil das Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung gemäß §§ 21 iVm 13 SEG ebenfalls nach den Bestimmungen der §§ 225c Abs 3 AktG zu führen ist.⁶⁶⁶ Insofern ist die Klärung der Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung im Falle der Hereinverschmelzung für das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses und bei der Hinausverschmelzung zusätzlich, nämlich für die austretenden Aktionäre, für das Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung relevant. Nun sollen die Minderheitsaktionäre, die mit Mehrheitsbeschluss entweder gegen ihren Willen in die SE gedrängt werden, oder alternativ dazu bei der Hinausverschmelzung gegen Barabfindung ausgeschieden sind, noch zusätzlich akzeptieren, dass wiederum die Mehrheit der Aktionäre mittels Gerichtsstandsvereinbarung festlegt, bei welchem Gericht sie ihr Recht auf angemessenes Umtauschverhältnis beziehungsweise angemessene Barabfindung geltend machen können. Diese rein formale Betrachtungsweise würde aus dem Blickwinkel des Minderheitenschutzes eher gegen die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten eines beliebigen Gerichtes im Verschmelzungsplan mittels Mehrheitsbeschluss sprechen. In der Praxis wird jedoch auch die Mehrheit der Aktionäre kein Interesse daran haben, dass irgendein Gericht als zuständiges vereinbart werden soll. Immerhin werden nicht zuletzt aufgrund der Rechtskrafterstreckung der Entscheidung auf die SE und alle Gesellschafter⁶⁶⁷ auch ihre Interessen im Rahmen eines Überprüfungsverfahrens tangiert. Nahe liegend ist selbstverständlich, dass – zumindest dann, wenn die Aktionäre der beteiligten ausländischen Gesellschaft kein nachträgliches Verfahren einleiten können – die ausschließliche Zuständigkeit des für die österreichische Gründungsgesellschaft bis zu deren Auflösung zuständigen Gerichtes vereinbart wird. Selbiges gilt, wenn die Gesellschafter der beteiligten ausländischen Gesellschaft auf ihr Anfechtungsrecht verzichten und sich ebenfalls gemäß § 22 Abs 3 SEG dem österreichischem Verfahren unterwerfen.⁶⁶⁸ Zwar geht den Aktionären, die gegen das Umtauschverhältnis vorgehen wollen, durch den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung in diesen Konstellationen in aller Regel ein nach der EuGVVO an

⁶⁶⁵ *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 6 ff.

⁶⁶⁶ Vgl dazu *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG Rz 16.

⁶⁶⁷ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.6.

⁶⁶⁸ Vgl dazu Kapitel V.2.2.3.

sich gegebener Gerichtsstand verloren.⁶⁶⁹ Dennoch würde es mE wider Treu und Glauben sprechen, wenn die betroffenen Aktionäre gegen diese Zuständigkeitsvereinbarung vorgehen würden. Schließlich wird genau jenes Gericht als ausschließlich zuständiges vereinbart, welches für die Gründungsgesellschaft bis zu deren Auflösung zuständig ist und auch für ein Anfechtungsverfahren gegen das Umtauschverhältnis zuständig wäre, sofern das nachträgliche Überprüfungsverfahren nicht durchgeführt werden könnte.

Anders stellt sich die Situation dann dar, wenn auch das Recht der ausländischen Gründungsgesellschaft ein nachträgliches Überprüfungsverfahren kennt. In diesem Fall dürfte jedenfalls der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten des für die österreichische Gründungsgesellschaft zuständigen Gerichtes unproblematisch sein. Eine Vereinbarung zugunsten der Gerichte des Sitzortes der SE ist mE ebenfalls zulässig. Bei der Hereinverschmelzung gelangt man dabei ohnehin wieder zum Gericht am Sitz der österreichischen Gründungsgesellschaft, während bei der Hinausverschmelzung das Gericht am Sitzort der beteiligten ausländischen Gesellschaft zuständig ist. Aber auch dies ist mE beim Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses unproblematisch. Schließlich wird die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichtes am allgemeinen Gerichtsstand der SE vereinbart, das auch für künftige Streitigkeiten zwischen der SE und ihren Gesellschaftern (ausschließlich) zuständig sein wird. Insofern wird lediglich der ohnehin erfolgende Eintritt der Zuständigkeit dieses Gerichtes bereits für das Überprüfungsverfahren vorverlegt. Ein Vorgehen gegen eine derartige Zuständigkeitsvereinbarung seitens der betroffenen Aktionäre würde mE ebenfalls gegen Treu und Glauben verstoßen. Schließlich haben sie sich für den Verbleib in der Gesellschaft entschieden, womit bei der Hinausverschmelzung eben auch ein Sitzwechsel und damit einhergehend ein Wechsel des allgemeinen Gerichtsstandes stattfindet. Wären die Aktionäre damit nicht einverstanden, hätten sie gegen angemessene Barabfindung aus der Gesellschaft ausscheiden können. Diese Möglichkeit wurde gerade im Hinblick auf drohende Nachteile, so insbesondere aufgrund des allgemeinen Gerichtsstandes der SE im Ausland, geschaffen.⁶⁷⁰

Da es sich bei der nachträglichen Aufnahme einer Gerichtsstandsvereinbarung in die Satzung ganz allgemein betrachtet um eine Satzungsänderung gemäß § 146 AktG handelt, kann mE auf die dort vorgesehenen Mehrheitserfordernisse zurückgegriffen werden. § 146 Abs 1 AktG sieht,

⁶⁶⁹ Vgl dazu Kapitel VI.2.

⁶⁷⁰ ErläutRV zum GesRÄG 2004: 466 BlgNR 22. GP S 16 zu § 17 SEG; *Hügel* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, § 12 SEG Rz 3; *Frotz* in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, § 5 EU-VerschG Rz 30.

wie auch § 221 Abs 1 AktG für den Verschmelzungsbeschluss, eine Dreiviertelmehrheit vor. Da somit für die Satzungsänderung kein höheres Zustimmungsquorum verlangt wird als für die Zustimmung zum Verschmelzungsplan und die Aufnahme einer Gerichtsstandsvereinbarung als Satzungsänderung zu qualifizieren sein wird, kann diese mE im Rahmen des Verschmelzungsbeschlusses ebenfalls mit einer Zustimmung von Dreivierteln des anwesenden Grundkapitales vereinbart werden.⁶⁷¹

7. Ausgestaltung in einzelnen Fallkonstellationen

Durch den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung können im Wesentlichen zwei für das nachträgliche Überprüfungsverfahren relevante Ziele verfolgt werden. Einerseits kann damit die konkurrierende internationale Zuständigkeit, die in einer Vielzahl der möglichen Fallvarianten gegeben ist, beseitigt werden.⁶⁷² Voraussetzung dafür ist, dass die Gerichtsstandsvereinbarung als ausschließliche Zuständigkeit ausgestaltet wird, wovon jedoch Art 23 Abs 1 EuGVVO ohnedies im Zweifel ausgeht. Auf der anderen Seite kann aber auch das Auseinanderfallen von materiellem und formellem Recht durch eine Zuständigkeitsvereinbarung verhindert werden. Wie bereits festgestellt wurde, steht das Überprüfungsverfahren der §§ 225c ff AktG nicht zur Disposition der Aktionäre der österreichischen Gesellschaft, sodass eine Rechtswahl nicht möglich ist, um zu einem Gleichlauf von materiellem Recht und Verfahrensrecht zu gelangen.⁶⁷³ Mit Hilfe einer Gerichtsstandsvereinbarung kann jedoch im Ergebnis eine ähnliche Wirkung erzielt werden. Damit können die bereits ausführlich diskutierten Probleme, die beim Auseinanderfallen von materiellem und formellem Recht auftreten, insbesondere in Zusammenhang mit den besonderen Verfahrensnormen des österreichischen außerstreitigen Verfahrens⁶⁷⁴, vermieden werden.

7.1. Gesellschaftsstatut der beteiligten Gesellschaft kennt ein vergleichbares Verfahren

Kennt auch die ausländische, an der Verschmelzung beteiligte Gründungsgesellschaft ein vergleichbares nachträgliches Überprüfungsverfahren, sind nach den Bestimmungen der EuGVVO die Gerichte mehrerer Staaten zur Durchführung des Verfahrens international zuständig.⁶⁷⁵ Daher bietet sich der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung an, um diese

⁶⁷¹ Im Ergebnis ähnlich *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 455.

⁶⁷² Vgl dazu Kapitel VII.1.

⁶⁷³ Vgl dazu Kapitel VII.1.4.3.1.

⁶⁷⁴ Vgl dazu Kapitel VII.1.4.

⁶⁷⁵ Vgl dazu Kapitel VI.4.

konkurrierende Zuständigkeit zu beseitigen und die Gerichte eines Mitgliedstaates für zuständig zu erklären. Durch diese Vorgehensweise wird bereits im Vorfeld eines möglichen Verfahrens für Rechtssicherheit gesorgt, weil bereits im Zeitpunkt des Verschmelzungsbeschlusses feststeht, welches Gericht für die Überprüfung des Umtauschverhältnisses zuständig sein wird. Zudem werden auch die möglicherweise auftretenden Schwierigkeiten bei der Koordinierung von mehreren anhängigen Verfahren bei Gerichten in verschiedenen Mitgliedstaaten vermieden.⁶⁷⁶

Zu beachten ist jedoch, dass damit nur die konkurrierende internationale Zuständigkeit beseitigt wird. Ein mögliches Auseinanderfallen von materiellem Recht und Verfahrensrecht ist damit nicht beseitigt und kann, wie bereits erläutert wurde, auch nicht gänzlich beseitigt werden.⁶⁷⁷ Da eine Rechtswahl nicht möglich ist, bleibt es in jenem Bereich, in dem eine distributive Rechtsanwendung geboten ist, zumindest für eine der Gründungsgesellschaften, bei einem Auseinanderfallen von materiellem und formellem Recht. Dies sollte allerdings aufgrund des Erfordernisses der Vergleichbarkeit des ausländischen und des österreichischen Verfahrens weitgehend unproblematisch sein. Aus praktischer Sicht würde sich eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten des für jene Gründungsgesellschaft zuständigen Gerichtes anbieten, deren Aktionäre am wahrscheinlichsten einen Überprüfungsantrag einbringen werden. Im Zweifel ist wohl die Vereinbarung der ausschließlichen Zuständigkeit der Gerichte am Sitzort der SE, die als einzige ohnehin für die Anträge sämtlicher Aktionärsgruppen zuständig sind⁶⁷⁸, zu befürworten.

7.2. Gesellschaftsstatut der beteiligten Gesellschaft kennt kein vergleichbares Verfahren

7.2.1. Die Aktionäre der ausländischen Gesellschaft sind nicht antragsberechtigt

Im Falle der Hereinverschmelzung nach Österreich stehen den Aktionären der österreichischen Gesellschaft ohnehin nur österreichische Gerichtsstände konkurrierend zur Verfügung.⁶⁷⁹ Ein Auseinanderfallen von Verfahrensrecht und materiellem Recht, welches durch die Zustimmung der ausländischen Gründungsgesellschaft zur Anwendung kommt⁶⁸⁰, ist daher nicht denkbar. Der

⁶⁷⁶ Vgl dazu Kapitel VII.2.

⁶⁷⁷ Vgl dazu Kapitel VIII.1.4.3.1.

⁶⁷⁸ Vgl dazu Kapitel VII.3.3.

⁶⁷⁹ Vgl dazu Kapitel VII.1.

⁶⁸⁰ Vgl zur Charakterisierung der Zustimmung als partielle Rechtswahl Kapitel VI.3.

Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung ist daher nicht unbedingt notwendig, zumal sich die an sich konkurrierende Zuständigkeit faktisch bei einem österreichischen Gericht konzentriert.⁶⁸¹ Sollten an der Verschmelzungsgründung einer SE mit Sitz in Österreich zwei oder mehrere österreichische Gesellschaften beteiligt sein, kann es zur konkurrierenden Zuständigkeit mehrerer österreichischer Gerichte kommen, sodass sich der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung aus Gründen der Rechtssicherheit anbieten würde. Ein Auseinanderfallen der Rechte ist aber auch hier nicht denkbar.

Bei der Hinausverschmelzung sind hingegen sowohl die österreichischen, als auch die Gerichte im Sitzstaat der SE international zuständig.⁶⁸² Daher ist der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung ratsam, um diese konkurrierende Zuständigkeit zu beseitigen. Soll darüber hinaus auch ein Gleichlauf der Rechte erreicht werden, muss die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte vereinbart werden. Dies scheint auch § 22 Abs 1 Z 2 SEG auf den ersten Blick so zu regeln. Übersehen wurde dabei jedoch, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung nur durch eine beidseitig verbindliche „*Vereinbarung*“ im Sinne des Art 23 EuGVVO getroffen werden kann. Alleine die Zustimmung der ausländischen Gesellschaft, dass das Verfahren vor den für den Sitz der beteiligten österreichischen Gesellschaft zuständigen Gerichten eingeleitet werden kann, reicht dafür nicht aus. Es müssen vielmehr sowohl auf Seiten der ausländischen, als auch auf Seiten der österreichischen Gesellschaft die in Art 23 EuGVVO normierten Voraussetzungen zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung erfüllt werden. Letztendlich wird ja den Aktionären der österreichischen Gesellschaft durch den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung die Möglichkeit der Antragseinbringung bei einem an sich zuständigen Gericht, nämlich jenem am Sitz der SE gemäß Art 2 iVm 60 EuGVVO, genommen. Dies kann selbstverständlich nicht durch eine einseitige Zustimmungserklärung der ausländischen Gründungsgesellschaft erfolgen.

7.2.2. Die Aktionäre der ausländischen Gesellschaft sind ebenfalls antragsberechtigt

Auch wenn die Aktionäre der beteiligten ausländischen Gesellschaft nicht nur das Verfahren zugunsten der Aktionäre der österreichischen Gesellschaft nach österreichischem Recht akzeptieren, sondern auch auf ihr Anfechtungsrecht verzichten und damit ebenfalls gemäß § 22

⁶⁸¹ Vgl dazu Kapitel VII.1.

⁶⁸² Vgl dazu Kapitel VII.1.

Abs 3 SEG antragsberechtigt sind⁶⁸³, sollte eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der österreichischen Gerichte abgeschlossen werden. In diesem Fall wäre nämlich auch bei der Hereinverschmelzung eine konkurrierende Zuständigkeit denkbar, weil den Aktionären der ausländischen Gesellschaft ebenfalls der Erfüllungsgerichtsstand gemäß Art 5 Z 1a EuGVVO zur Verfügung steht. Der Erfüllungsort ist wiederum nach der (ausländischen) *lex causae* zu beurteilen.⁶⁸⁴ Ein Gleichlauf von Verfahrensrecht und materiellem Recht wird somit nur dann erreicht, wenn der Erfüllungsort nach der ausländischen *lex causae* in Österreich liegt. Anderenfalls kommt es nicht nur bei der Hinaus-, sondern auch bei der Hereinverschmelzung zu einem Auseinanderfallen der Rechte. Nur durch Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung kann eine konkurrierende internationale Zuständigkeit vermieden und ein Gleichlauf von Verfahrensrecht und materiellem Recht gesichert werden.

7.3. Verpflichtung zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung?

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen kann festgehalten werden, dass der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung in allen Fallkonstellationen möglich und in der überwiegenden Mehrzahl auch ratsam ist. Bisher nicht geklärt wurde jedoch, ob bei einer konkret zu betrachtenden SE-Verschmelzungsgründung der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung im Ermessen der vertretungsbefugten Organe der beteiligten Gesellschaften liegt, oder ob diese möglicherweise sogar dazu verpflichtet sein könnten. Mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelung kann eine derartige Verpflichtung nur aus dem für die jeweilige Gesellschaft anzuwendenden nationalen Recht entspringen.⁶⁸⁵ Aus Sicht einer beteiligten österreichischen Gründungsgesellschaft könnte für die Hinausverschmelzung § 22 Abs 1 Z 2 SEG als Grundlage interpretiert werden, die den Vorstand zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung verpflichtet.⁶⁸⁶ Für die Hereinverschmelzung gibt es keine derartige Regelung, auch nicht für den Fall, dass es zu einer konkurrierenden Zuständigkeit kommen könnte. Das SEG scheint daher keine allgemein taugliche Grundlage zu liefern, die den Vorstand zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung verpflichtet.

⁶⁸³ Vgl dazu Kapitel V.2.2.3.

⁶⁸⁴ Vgl dazu Kapitel VI.2.4.

⁶⁸⁵ Aufgrund der von Art 25 Abs 3 abweichenden Formulierung in Art 10 Abs 3 VRL, dass “[...] ein solches Verfahren bei dem Gericht, das für diese Gesellschaft zuständig ist [...]” beantragt werden kann, geht *Frenzel* davon aus, dass bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung nach der VRL eine Pflicht zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung besteht. Vgl dazu *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 323 f; 325.

⁶⁸⁶ Zur verfehlten Vorstellung des Gesetzgebers, der eine Zuständigkeitsregelung zugunsten der österreichischen Gerichte offenkundig durch einseitige Zustimmungserklärung der ausländischen Gründungsgesellschaft für ausreichend hält vgl Kapitel IX.7.2.1.

Eine Verpflichtung könnte sich aber aus § 70 Abs 1 AktG ergeben, der die Leitung der Aktiengesellschaft vorsieht „[...] wie das Wohl des Unternehmens, unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre [...] es erfordert“. Eine generelle Verpflichtung ist aber mE aus dieser Norm nicht ersichtlich. Alleine durch den Umstand, dass ein ausländisches Gericht zur Durchführung des Überprüfungsverfahrens international zuständig ist, wird in die Interessen der Aktionäre der österreichischen Gesellschaft nicht per se eingegriffen. Schließt der Vorstand jedoch keine Gerichtsstandsvereinbarung ab und wird ein Antrag auf Überprüfung des Umtauschverhältnisses bei einem international zuständigen ausländischen Gericht eingebracht, kann dies dann gegen die Interessen der Aktionäre verstoßen, wenn die Durchsetzung des Zuzahlungsanspruches vor dem ausländischen Gericht erheblich erschwert wird oder überhaupt faktisch unmöglich ist.⁶⁸⁷ Die dadurch den einzelnen Aktionären im Vergleich zu einem Verfahren vor österreichischen Gerichten entstehenden zusätzlichen Kosten stellen einen Schaden dar, zu dessen Ersatz der Vorstand nach den allgemeinen Schadenersatzregelungen verpflichtet sein kann.⁶⁸⁸

Ob eine Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen werden muss kann daher nicht generalisierend bejaht oder verneint werden, sondern ist in jedem Einzelfall gesondert zu beurteilen.⁶⁸⁹

⁶⁸⁷ Vgl zu den besonderen Elementen des österreichischen Außerstreitverfahrens bereits Kapitel IV.3.4. und VIII.1.4.4.

⁶⁸⁸ Lennerz, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, 188.

⁶⁸⁹ Für eine generelle Verpflichtung zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung Lennerz, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, 188.

X. Fallbeispiel: SE-Verschmelzungsgründung durch Verschmelzung einer österreichischen („Ö-AG“) und einer deutschen („D-AG“) Gesellschaft

Die deutsche Rechtsordnung kennt ebenso wie die österreichische in § 6 dSEAG ein spezielles gerichtliches Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses. Ähnlich wie § 22 SEG, der die Voraussetzungen zur Anwendung des Verfahrens nach den §§ 225c ff AktG für den Fall der SE-Verschmelzungsgründung normiert, entspricht § 6 dSEAG im Wesentlichen den §§ 14 und 15 dUmwG, welche das Überprüfungsverfahren für rein innerdeutsche Verschmelzungsvorgänge regeln. Das Verfahren ist nach den Vorschriften des dSpruchG zu führen, welches als Pendant zum österreichischen AußStrG betrachtet werden kann. Ob bei einer SE-Verschmelzungsgründung zwischen einer österreichischen und einer deutschen Gründungsgesellschaft das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses nach einer der beiden Rechtsordnungen anstelle der Anfechtungsmöglichkeit zur Anwendung kommt, ist anhand der bereits dargestellten dreistufigen Prüfung⁶⁹⁰ zu klären. Wie die folgenden Beispiele zeigen werden, hängt die Beantwortung dieser Frage auch davon ab, welchen Aktionären - jenen der Ö-AG, der D-AG oder jenen beider Gründungsgesellschaften - eine nachträgliche Überprüfungsmöglichkeit eröffnet wird. Das deutsche Recht wird dabei überblicksmäßig dargestellt, für ein eingehendes Studium wird auf die zitierte Literatur zum dSEAG, dSpruchG und dUmwG verwiesen.

1. Voraussetzungen gemäß Art 25 Abs 3

1.1. Nachträgliches Verfahren

Bereits aus der Formulierung des Art 25 Abs 3 ist eindeutig ableitbar, dass eine Zustimmung zur Durchführung eines Verfahrens zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses nur dann unterbleiben kann, wenn es sich dabei um ein nachträgliches Verfahren handelt, das der Eintragung der Verschmelzung nicht entgegensteht. Gemäß § 6 Abs 1 dSEAG kann (unter den Voraussetzungen des Art 25 Abs 3) alleine aufgrund der Behauptung der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses keine Klage gegen den Verschmelzungsbeschluss eingebracht werden. Dafür hat jeder Aktionär der übertragenden Gesellschaft einen Anspruch auf Ausgleich durch

⁶⁹⁰ Vgl dazu Kapitel V.3.2.

bare Zuzahlungen gegen die SE.⁶⁹¹ Die Antragsfrist beginnt nach § 4 Abs 1 Z 6 dSpruchG mit dem Tag der Eintragung der SE nach den Vorschriften des Sitzstaates.⁶⁹² Antragsgegner des geltend zu machenden Ausgleichsanspruches ist gemäß § 5 Z 5 dSpruchG bereits die entstandene SE und nicht mehr die Gründungsgesellschaft.⁶⁹³ Das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses nach deutschem Recht steht somit der Eintragung der SE nicht entgegen, sodass diese erste Voraussetzung als erfüllt anzusehen ist.

1.2. Erstreckung der Rechtskraft

§ 13 dSpruchG ordnet an, dass die Entscheidung „[...] für und gegen alle [...]“ gilt. Von der Rechtskraft erfasst werden somit nicht nur die antragstellenden Aktionäre und die SE als Antragsgegner, sondern auch die nicht antragstellenden Aktionäre. Ausgenommen sind lediglich jene Gesellschafter, die auf ihren Ausgleichsanspruch verzichtet haben.⁶⁹⁴ Somit ist auch das Erfordernis der Rechtskrafterstreckung gemäß Art 25 Abs 3 erfüllt.

2. Vergleichbarkeit des deutschen und des österreichischen Verfahrens

Bereits aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 22 SEG⁶⁹⁵ als auch aus den Materialien zu § 6 dSEAG⁶⁹⁶ geht eindeutig hervor, dass sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber der Auffassung sind, dass das Verfahren im jeweils anderen Staat als mit dem eigenen vergleichbar ausgestaltet ist. Dennoch gebietet sich eine überblicksmäßige Analyse der deutschen Rechtslage und eine Untersuchung all jener Bestimmungen, die das österreichische Verfahren in besonderer Weise charakterisieren und deshalb bei der Ermittlung der Vergleichbarkeit als unabdingbare Voraussetzungen eingestuft wurden.⁶⁹⁷ Dieses Prüfungsschema ist vor allem auch dann hilfreich, wenn die Vergleichbarkeit mit einem Verfahren aus einem

⁶⁹¹ Bayer in Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 32 ff; Schäfer in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 24 SE-VO Rz 17; Schwarz, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 24 Rz 25; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft², Art 24 Rz 43 ff.

⁶⁹² Kubis in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, § 4 SpruchG Rz 8; Volhard in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz³, § 4 SpruchG Rz 3; Krieger/Mennicke in Lutter, Umwandlungsgesetz⁴, § 4 SpruchG Rz 4; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft², Art 24 Rz 59.

⁶⁹³ Teichmann, Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 (379); Kubis in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, § 5 SpruchG Rz 4; Volhard in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz³, § 4 SpruchG Rz 2; Krieger/Mennicke in Lutter, Umwandlungsgesetz⁴, § 5 SpruchG Rz 5.

⁶⁹⁴ Kubis in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, § 13 SpruchG Rz 2 f; Volhard in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz³, § 4 SpruchG Rz 3 ff; Vetter in Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, 120; Wepfner, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 49 f.

⁶⁹⁵ ErläutRV zum GesRÄG 2004: 466 BlgNR 22. GP S 17 zu § 22 SEG.

⁶⁹⁶ Begr. RegE z. SEEG, BT-Drucks. 15/3405 S 32 zu § 6 SEAG.

⁶⁹⁷ Vgl dazu Kapitel V.3.3.1.

anderen Mitgliedstaat als Deutschland ermittelt werden soll, wo derartige eindeutige Aussagen, zumindest des österreichischen Gesetzgebers, fehlen.⁶⁹⁸

2.1. Ausschluss der Anfechtungsmöglichkeit aufgrund der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses

Der Ausschluss der Anfechtungsklage wegen der Behauptung der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses ist in § 6 Abs 1 dSEAG geregelt. Diese Bestimmung entspricht inhaltlich nicht gänzlich dem Klagsausschluss nach § 225b AktG.⁶⁹⁹ Zunächst ist anzumerken, dass der Ausschluss nicht explizit, wie im österreichischen Recht, auch auf Informationsmängel betreffend das Umtauschverhältnis ausgedehnt ist⁷⁰⁰, was sich aber für die Vergleichbarkeit mit dem österreichischen Verfahren nicht negativ auswirkt. Ein wesentlicher Unterschied liegt hingegen darin, dass die Anfechtungsklage nach § 6 Abs 1 dSEAG nur für Aktionäre der übertragenden Gesellschaft ausgeschlossen ist, nicht jedoch auch für jene der übernehmenden.⁷⁰¹ Im Falle der SE-Verschmelzung zur Neugründung ist dieser Unterschied zu vernachlässigen, weil es ohnehin nur Aktionäre von übertragenden Gesellschaften gibt. Bei der SE-Verschmelzung zur Aufnahme, bei der auch Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft vorhanden sind, wirft diese Abweichung zum österreichischen Recht noch näher zu erläuternde Fragen auf. Da es sich um eine Regelung der materiellen Antragsberechtigung handelt, welche nicht als unabdingbar eingestuft wurde⁷⁰², wird darauf erst im dritten Prüfungsschritt im Detail eingegangen. Die Vergleichbarkeit der deutschen und der österreichischen Regelung zum Anfechtungsausschluss kann daher bejaht werden.

⁶⁹⁸ Zu den Mitgliedstaaten, deren Rechtsordnung ebenfalls ein Überprüfungsverfahren kennen vgl Kapitel V.3.4.

⁶⁹⁹ Vgl dazu Kapitel IV.2.

⁷⁰⁰ Bayer in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 35; *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 24 Rz 25; *Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 33; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 184; aA offenbar *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 24 Rz 49; offen lassend *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 128 ff.

⁷⁰¹ *Teichmann*, Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 (380); Bayer in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 32 f; *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 24 Rz 25; *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Art 24 Rz 48; *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 122.

⁷⁰² Vgl dazu Kapitel V.3.3.2.

2.2. Anspruch gerichtet auf bare Ausgleichsleistung

Die Aktionäre der übertragenden D-AG haben nach § 6 Abs 2 dSEAG ausschließlich einen Anspruch auf bare Zuzahlung gegen die SE.⁷⁰³ Die in § 225e Abs 3 AktG normierte Ermächtigung zur Ersetzung des Zuzahlungsanspruches durch Ausgabe zusätzlicher Aktien⁷⁰⁴ ist dem deutschen Recht hingegen fremd, was sich auf die Vergleichbarkeit jedoch nicht negativ auswirkt.

2.3. Beweiserleichterung für die antragstellenden Aktionäre

Gemäß § 7 Abs 3 dSpruchG hat die SE als Antragsgegner sowohl den Verschmelzungsbericht als auch den verpflichtend einzuholenden Prüfbericht durch einen unabhängigen Sachverständigen beizubringen.⁷⁰⁵ Auch nach deutschem Recht ist das Verfahren nach dem Amtsermittlungsgrundsatz zu führen⁷⁰⁶, weswegen die Antragsteller eine eingeschränkte Beweislast trifft. Allerdings müssen sie gemäß § 4 Abs 2 Z 4 dSpruchG konkrete Einwendungen gegen die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses oder gegen den als Grundlage dafür ermittelten Unternehmenswert erheben, wodurch der Amtsermittlungsgrundsatz abgeschwächt wird. Dies gilt jedoch nur unter der Einschränkung, dass hierzu Angaben in den beizubringenden Unterlagen enthalten sind. Der Umfang dieser Beibringungspflicht dürfte daher nicht allzu weit zu verstehen sein.⁷⁰⁷ Die österreichische Regelung nach dem AußStrG⁷⁰⁸ kennt zwar keine derartige Abschwächung des Amtsermittlungsgrundsatzes, aber dennoch dürfte die Vergleichbarkeit zu bejahen sein.

2.4. Regelung betreffend das Kostenrisiko

Die Kostentragung ist in § 15 dSpruchG ausführlich geregelt. Gemäß § 15 Abs 2 dSpruchG ist die SE alleiniger Schuldner der Gerichtskosten. Eine Überwälzung auf die Antragsteller kommt

⁷⁰³ Bayer in Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 36; Schäfer in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 24 SE-VO Rz 13; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft², Art 24 Rz 50 ff; Vetter in Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, 121.

⁷⁰⁴ Vgl dazu Kapitel IV.3.1.2.

⁷⁰⁵ Kubis in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, § 7 SpruchG Rz 10; Volhard in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz³, § 7 SpruchG Rz 10; Krieger/Mennicke in Lutter, Umwandlungsgesetz⁴, § 7 SpruchG Rz 8 f.

⁷⁰⁶ Volhard in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz³, § 7 SpruchG Rz 14 ff.

⁷⁰⁷ Vgl dazu ausführlich Winter/Nießen, Amtsermittlung und Beibringung im Spruchverfahren, NZG 2007, 13 (16 f); Weppner, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 43 ff mwN; Kubis in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, § 4 SpruchG Rz 17 ff; Volhard in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz³, § 4 SpruchG Rz 9 ff; Krieger/Mennicke in Lutter, Umwandlungsgesetz⁴, § 4 SpruchG Rz 16.

⁷⁰⁸ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.1.

nach Billigkeit in Betracht, etwa bei rechtsmissbräuchlicher Antragstellung.⁷⁰⁹ Die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung sind grundsätzlich von jeder Seite selbst zu tragen. Jene Kosten der Antragsteller, die zur zweckentsprechenden Erledigung notwendig waren, können gemäß § 15 Abs 4 dSpruchG aber nach Billigkeit der SE auferlegt werden. Im Unterschied zur österreichischen Rechtslage können im Falle des Rechtsmissbrauches die von der SE aufgewendeten Kosten für die Rechtsvertretung auch den Antragstellern auferlegt werden.⁷¹⁰ Mit Ausnahme der Möglichkeit zur Überwälzung der Vertretungskosten auf die Antragsteller entspricht die Kostentragung weitgehend den Bestimmungen in § 225l AktG⁷¹¹, sodass die Vergleichbarkeit jedenfalls gegeben ist.

2.5. Vertretung der nicht antragstellenden und nicht antragsberechtigten Aktionäre

Das dSpruchG unterscheidet bei der Vertretung zwischen jenen Aktionären, die zwar antragsberechtigt sind, aber keinen Antrag gestellt haben (§ 6 dSpruchG) und jenen Aktionären, die gar nicht antragsberechtigt sind (§6a dSpruchG). § 6 dSpruchG sieht für die Wahrung der Rechte der nicht antragstellenden Aktionäre die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters vor, sofern dies nicht auf andere Weise sichergestellt ist. Er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters und kann auch selbstständig Anträge stellen, einen Vergleich abschließen und Rechtsmittel erheben.⁷¹² Der gemeinsame Vertreter ist an keine Weisungen gebunden und entscheidet ausschließlich nach seinem pflichtgemäßen Ermessen. Er kann bei Rücknahme sämtlicher Anträge durch die Antragsteller das Verfahren auch weiter fortführen, um die Gleichbehandlung aller Aktionäre sicherzustellen und den Auskauf einzelner Aktionäre zu verhindern.⁷¹³

§ 6a dSpruchG sieht die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters für jene Aktionäre vor, die nicht antragsberechtigt sind. Dies trifft auf die Aktionäre einer ausländischen Gesellschaft zu, die

⁷⁰⁹ *Kubis* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, § 15 SpruchG Rz 15 ff; *Volhard* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, § 15 SpruchG Rz 9; *Krieger/Mennicke* in *Lutter*, Umwandlungsgesetz⁴, § 15 SpruchG Rz 8; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 50 ff.

⁷¹⁰ *Kubis* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, § 15 SpruchG Rz 19 ff; *Volhard* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, § 15 SpruchG Rz 12 ff; *Krieger/Mennicke* in *Lutter*, Umwandlungsgesetz⁴, § 15 SpruchG Rz 13 ff.

⁷¹¹ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.2.

⁷¹² *Kubis* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, § 6 SpruchG Rz 13; *Volhard* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, § 6 SpruchG Rz 14; *Krieger/Mennicke* in *Lutter*, Umwandlungsgesetz⁴, § 6 SpruchG Rz 10.

⁷¹³ *Kubis* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, § 6 SpruchG Rz 21; *Volhard* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, § 6 SpruchG Rz 16; *Krieger/Mennicke* in *Lutter*, Umwandlungsgesetz⁴, § 6 SpruchG Rz 12.

bei der Verschmelzung mit einer deutschen Gesellschaft der Durchführung des deutschen Überprüfungsverfahrens zugestimmt haben, selbst aber kein entsprechendes Verfahren einleiten können. Nach § 6 dSpruchG könnten diese Aktionäre nicht am Verfahren beteiligt werden, weil diese Bestimmung eine Antragsberechtigung voraussetzt. Daher wurde § 6a dSpruchG eingefügt, um auch die Interessen der nicht antragsberechtigten ausländischen Aktionäre wahren zu können.⁷¹⁴ Der gemeinsame Vertreter nach § 6a dSpruchG hat das ursprünglich vereinbarte Umtauschverhältnis zu verteidigen, weswegen er bei Rücknahme sämtlicher Anträge das Verfahren nicht fortführen kann. Im Wesentlichen entspricht dies jedoch § 225f AktG⁷¹⁵, sodass die Vergleichbarkeit mit der österreichischen Bestimmungen unproblematisch ist.

3. Anwendbarkeit auf den konkreten Sachverhalt

Wie bereits angedeutet, unterscheidet sich die deutsche Regelung von der österreichischen in einem ganz wesentlichen Punkt. Die Einleitung des deutschen Überprüfungsverfahrens nach dem dSpruchG steht nämlich nur den Aktionären der übertragenden Gesellschaft, nicht auch jenen der übernehmenden offen. Diese Konzeption in § 6 dSEAG entspricht den §§ 14 und 15 dUmwG⁷¹⁶, die bei innerstaatlichen Verschmelzungen ebenfalls nur den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft, denen das Anfechtungsrecht soweit verwehrt bleibt, ein nachträgliches Überprüfungsverfahren einräumen.⁷¹⁷ Die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft können die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses nur mittels Anfechtungsklage aufgreifen. Während dieser Umstand bei der Beurteilung der Vergleichbarkeit der Verfahren noch vernachlässigt werden kann, wirkt er sich bei der Klärung der konkreten Anwendbarkeit maßgeblich aus. Bei der Beantwortung dieser Frage muss daher unterschieden werden, ob die deutsche Gesellschaft als übertragende oder übernehmende an der Verschmelzung beteiligt ist.

⁷¹⁴ Bayer in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 42; *Kubis* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, § 6a SpruchG Rz 1; *Volbard* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, § 6a SpruchG Rz 2 ff; *Krieger/Mennicke* in *Lutter*, Umwandlungsgesetz⁴, § 6a SpruchG Rz 1; *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 130 ff; *Weppler*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 43.

⁷¹⁵ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.3.

⁷¹⁶ Vgl dazu ausführlich die Kommentierungen zu den §§ 14 und 15 dUmwG von *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG⁵; *Simon* in *Dauner-Lieb/Simon*, Kölner Kommentar zum UmwG; *Bork* in *Lutter*, Umwandlungsgesetz⁴; *Marsch-Barner* in *Kallmeyer*, Umwandlungsgesetz⁴; *Gehling* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz².

⁷¹⁷ Begr. RegE z. SEEG, BT-Drucks. 15/3405 S 32 zu § 6 SEAG.

3.1. Verschmelzung zur Aufnahme einer Ö-AG auf eine deutsche SE

3.1.1. Prüfung der Anwendbarkeit des nachträglichen Überprüfungsverfahrens

Handelt es sich bei der D-AG um die übernehmende Gesellschaft, haben die Aktionäre der übertragenden Ö-AG gemäß den §§ 225c ff AktG die Möglichkeit der Einleitung eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens. Auch nach der deutschen Rechtslage können die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft nach § 6 Abs 1 dSEAG ein nachträgliches Verfahren einleiten, während ihnen das Recht der Beschlussanfechtung entsprechend § 225b AktG nicht zur Verfügung steht. Im konkret zu beurteilenden Sachverhalt sieht somit sowohl die österreichische als auch die deutsche Rechtsordnung eine nachträgliche Überprüfmöglichkeit des Umtauschverhältnisses vor, sodass Art 25 Abs 3 nicht zur Anwendung kommt. Es muss also keine Zustimmung eingeholt werden, weder von der Ö-AG zur Durchführung des österreichischen Verfahrens, noch von der D-AG für das Verfahren deutschen Rechts. Daher ist auf die partielle Generalverweisung in Art 18 zurückzugreifen, woraus sich auf Seiten der Ö-AG die Anwendbarkeit österreichischen Rechts und auf Seiten der D-AG die Anwendbarkeit der einschlägigen Normen der deutschen Rechtsordnung ergibt.⁷¹⁸ Zu beachten ist der Umstand, dass es mangels Zustimmungserfordernis auch zu keiner „partiellen Rechtswahl“ für eine der beiden Rechtsordnungen kommt, sodass es zu keinem Auseinanderfallen von materiellem und formellem Recht kommt. Das angerufene Gericht wendet somit nicht nur das Verfahrensrecht, sondern auch das materielle Recht des Gerichtsstaates an. Für die Aktionäre der beiden Gründungsgesellschaften führt dies zu keinen gravierenden Benachteiligungen, weil ja gerade die Vergleichbarkeit der beiden Verfahren Voraussetzung für diese Folge ist.

Der Umstand, dass den Aktionären der übernehmenden Gesellschaft nach deutschem Recht im konkreten Fall kein Überprüfungsverfahren offen steht, während dies nach der österreichischen Rechtsordnung der Fall wäre, hat keine Auswirkungen. Dies ist einerseits deshalb der Fall, weil den Aktionären der D-AG nach deutschem Recht keine nachträgliche Überprüfmöglichkeit eingeräumt wird. Andererseits gibt es keine Aktionäre einer übernehmenden österreichischen Gesellschaft, sodass im konkreten Sachverhalt kein Aktionärskreis mit einem dem Statut seiner Gründungsgesellschaft fremden Recht konfrontiert wird. Art 25 Abs 3 ist mangels Regelung dieser Fallkonstellation nicht anwendbar mit der Folge, dass eine Zustimmung der deutschen Gründungsgesellschaft zur Durchführung eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens nicht

⁷¹⁸ Vgl dazu Kapitel V.3.1.

eingeholt werden muss. Es hat somit keine Auswirkung, dass das österreichische Verfahren theoretisch auch von den Aktionären der übernehmenden Gesellschaft eingeleitet werden könnte, wenn die übernehmende Gesellschaft im zu beurteilenden Sachverhalt ihren Sitz nicht in Österreich hat und folglich keine übernehmenden Aktionäre einer Ö-AG vorhanden sind.

Im Ergebnis können in diesem Fall nur die Gesellschafter der übertragenden Ö-AG ein Überprüfungsverfahren, und zwar sowohl nach den Bestimmungen der §§ 225c ff AktG vor österreichischen Gerichten als auch nach dem dSpruchG vor deutschen Gerichten einleiten, was in § 6 Abs 4 dSEAG ausdrücklich klargestellt wird.⁷¹⁹ Die Aktionäre der D-AG müssen mittels Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss vorgehen, wenn sie die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses geltend machen wollen. Dieses Ergebnis scheint auf den ersten Blick merkwürdig, ermöglicht doch das deutsche Recht ein Verfahren, das, im hier behandelten Fall, ausschließlich den Aktionären der Ö-AG zusteht. Dies ist jedoch auf die spezielle Ausgestaltung des deutschen Überprüfungsverfahrens, das eben nur den Aktionären von übertragenden Gesellschaften zur Verfügung steht, zurückzuführen. Da es im gegenständlichen Fall keine übertragende D-AG gibt, können auch keine Überprüfungsanträge von den Aktionären der D-AG eingebracht werden.

Anzumerken ist, dass dieses Ergebnis mit jenem übereinstimmt, das sich bei der Zustimmungserklärung zum österreichischen Verfahren einer Gesellschaft ergibt, deren Statut für keinen der Aktionärskreise ein nachträgliches Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses vorsieht. Auch dort gibt es die Situation, dass den Aktionären der ausländischen Gesellschaft ein Anfechtungsrecht und jenen der österreichischen ein nachträgliches Überprüfungsverfahren eingeräumt wird.⁷²⁰

3.1.2. Beteiligung der Aktionäre der D-AG am Überprüfungsverfahren

Eine Beteiligung der Aktionäre der übernehmenden D-AG ist nur dann möglich, wenn das Verfahren nach österreichischem Recht geführt wird. Da das Statut der deutschen Gesellschaft in diesem Fall kein dem österreichischen vergleichbares Verfahren gemäß Art 25 Abs 3 kennt, ist die Miteinbeziehung in das österreichische Überprüfungsverfahren unter Ausschluss der

⁷¹⁹ Bayer in Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, Art 24 SE-VO Rz 40; Schäfer in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Art 24 SE-VO Rz 19; Schwarz, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 24 Rz 30; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft², Art 24 Rz 57; Vetter in Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, 132; Müller, Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 81 (83 f).

⁷²⁰ Vgl dazu Kapitel V.2.2.

Anfechtungsmöglichkeit nur unter den strengen Voraussetzungen des § 22 Abs 3 SEG möglich⁷²¹, sprich jeder einzelne Aktionär der D-AG muss auf sein Anfechtungsrecht verzichten und sich stattdessen dem österreichischen Verfahren unterwerfen. Die Folge ist, dass es dadurch zu einer „partiellen Rechtswahl“ zugunsten des österreichischen materiellen Rechts kommt.

3.1.3. Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit ergibt sich aus der EuGVVO. Demnach stehen alternativ der allgemeine Gerichtsstand gemäß den Artt 2 iVm 60 EuGVVO am Sitz der SE in Deutschland und der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art 5 Z 1a EuGVVO am Sitz der übertragenden Ö-AG in Österreich zur Verfügung. Sollten die Aktionäre der D-AG auf ihr Anfechtungsrecht verzichten und sich ebenfalls dem österreichischen Recht unterwerfen, kommt für die Aktionäre der D-AG eine Antragseinbringung am allgemeinen Gerichtsstand der SE und ihrem damit allerdings zusammenfallenden Erfüllungsortsgerichtsstand am Sitzort der übertragenden D-AG in Betracht. In diesem Fall hat das angerufene Gericht jedenfalls materielles österreichisches Recht anzuwenden, sodass es bei Anrufung eines zuständigen deutschen Gerichtes zu einem Auseinanderfallen von Verfahrensrecht und materiellem Recht kommt. Der Gerichtsstand am Sitzort der übertragenden Ö-AG wird den Aktionären der D-AG nicht eröffnet, weil es sich dabei aus Sicht der Aktionäre der D-AG um keinen Erfüllungsortsgerichtsstand handelt.

3.1.3.1. Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der österreichischen Gerichte

Eine Zuständigkeitsvereinbarung der österreichischen Gerichte zugunsten der Aktionäre der Ö-AG ist mittels Mehrheitsbeschluss herbeizuführen.⁷²² In der Folge können die Aktionäre der übertragenden Ö-AG das Überprüfungsverfahren gemäß den §§ 225c ff AktG vor den zuständigen österreichischen Gerichten anstrengen, während der allgemeine Gerichtsstand am Sitzort der SE nicht mehr zur Verfügung steht. Werden auch die Aktionäre der D-AG am Überprüfungsverfahren beteiligt, sollte auch die deutsche Gesellschaft eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der österreichischen Gerichte abschließen, um neben der konkurrierenden internationalen Zuständigkeit vor allem das Auseinanderfallen von materiellem

⁷²¹ Zur unsachgemäßen Einschränkung des § 22 Abs 3 SEG auf Aktionäre einer übertragenden Gesellschaft vgl bereits Kapitel V.2.2.3.2.

⁷²² Vgl dazu Kapitel IX.6.2.2.

und formellem Recht zu verhindern. Die Zulässigkeit einer derartigen Gerichtsstandsvereinbarung seitens der D-AG ist nach deutschem Recht zu beurteilen.

3.1.3.2. Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der deutschen Gerichte

Da sich auch der allgemeine Gerichtsstand in Deutschland befindet wird dadurch der ohnehin für alle Aktionäre geltende Gerichtsstand vertraglich vereinbart. Aus Sicht der Aktionäre der Ö-AG geht zwar dadurch der alternative Gerichtsstand des Erfüllungsortes verloren, doch wird eine derartige Vereinbarung nach österreichischem Recht für zulässig erachtet.⁷²³ Aufgrund der Vergleichbarkeit mit dem österreichischen Verfahren ist es auch nicht weiter problematisch, dass das Verfahren nach deutschem materiellem Recht geführt wird. Sollten jedoch auch die Gesellschafter der D-AG in das österreichische Verfahren miteinbezogen werden, kommt ausschließlich österreichisches materielles Recht zur Anwendung, sodass eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der deutschen Gerichte aufgrund des Auseinanderfallens von materiellem und formellem Recht nicht ratsam ist.

3.2. Verschmelzung zur Aufnahme einer D-AG auf eine österreichische SE

3.2.1. Prüfung der Anwendbarkeit des nachträglichen Überprüfungsverfahrens

Nimmt die D-AG als übertragende Gesellschaft an der Verschmelzung teil, kommt für deren Aktionäre das - auch den Aktionären der Ö-AG bekannte - nachträgliche Überprüfungsverfahren zur Anwendung. Die Aktionäre der D-AG werden hingegen mit einem der deutschen Rechtsordnung fremden Überprüfungsrecht konfrontiert, da nach österreichischem Recht auch den Aktionären der übernehmenden Gesellschaft ein Antragsrecht eingeräumt wird. Mit anderen Worten kennt die deutsche Rechtsordnung in dieser Konstellation kein dem österreichischen Recht vergleichbares Verfahren im Sinne des Art 25 Abs 3, weshalb dieser und in der Folge auch die dazu ergangenen Ausführungsgesetze zur Anwendung kommen. Die Rechtsfolgen der mangelnden Anwendbarkeit im konkreten Sachverhalt sind somit konsequenterweise dieselben wie bei der Verschmelzung mit Gesellschaften, deren Statut gar kein nachträgliches Überprüfungsverfahren vorsieht. Art 25 Abs 3 bestimmt, dass die Aktionäre der Ö-AG ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses nur dann einleiten können,

⁷²³ Vgl dazu Kapitel IX.6.2.2.

wenn die deutsche Gesellschaft ausdrücklich akzeptiert, dass die Aktionäre der Ö-AG auf ein derartiges Verfahren zurückgreifen können. Wird die nach deutschem Recht zu ermittelnde erforderliche Mehrheit für die Zustimmung nicht erreicht, so steht das Überprüfungsverfahren auch den Aktionären der Ö-AG nicht offen. In diesem Fall wird ihnen das an sich nach § 225b AktG ausgeschlossene Anfechtungsrecht eingeräumt.⁷²⁴

Anders zu beurteilen ist die Rechtslage aus Sicht der Aktionäre der D-AG. Die Gesellschafter der übertragenden D-AG können keine Anfechtung einbringen, vielmehr steht ihnen das nach dem dSpruchG vorgesehene Überprüfungsverfahren zur Verfügung. Da auch das österreichische Recht ein nachträgliches Überprüfungsverfahren für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft kennt, bedarf es in diesem Fall keiner Zustimmung gemäß Art 25 Abs 3 zur Durchführung des deutschen Überprüfungsverfahrens.⁷²⁵ Entsprechend den Ausführungen unter Kapitel X.3.1.1. ist es für die Aktionäre der D-AG auch möglich, ein Verfahren nach österreichischem Recht einzuleiten. Da beide Rechtsordnungen ein vergleichbares Überprüfungsverfahren für die Aktionäre einer übertragenden Gesellschaft kennen, kann das jeweils angerufene zuständige Gericht sowohl formelles als auch materielles Recht des Gerichtsstaates anwenden, sodass ein Auseinanderfallen der Rechte ausgeschlossen ist.⁷²⁶

3.2.2. Zustimmung zum österreichischen Verfahren wird erteilt

Das österreichische Überprüfungsverfahren zugunsten der Aktionäre der Ö-AG kommt nur dann zur Anwendung, wenn die deutsche Gesellschaft mit der nach deutschem Recht zu ermittelnden Mehrheit nach Art 25 Abs 3 im Verschmelzungsplan ihre Zustimmung erteilt, womit es wiederum zu einer „partiellen Rechtswahl“ zugunsten des österreichischen Rechts kommt.

Diese Konstellation ist jedoch aus praktischer Sicht insofern problematisch zu betrachten, als damit nicht automatisch das für die Aktionäre der D-AG maßgebliche materielle deutsche Recht abbedungen wird. Im Ergebnis können die Aktionäre der D-AG ein Überprüfungsverfahren sowohl vor deutschen Gerichten nach deutschem als auch vor österreichischen nach österreichischem Recht und die Gesellschafter der Ö-AG ausschließlich eines nach österreichischem Recht vor österreichischen Gerichten einleiten.

⁷²⁴ Vgl dazu Kapitel V.2.2.1.

⁷²⁵ Vgl dazu auch das Beispiel bei *Bentel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 266.

⁷²⁶ Vgl dazu Kapitel X.3.1.1.

3.2.3. Beteiligung der Aktionäre der D-AG am Überprüfungsverfahren

Die Beteiligung der Aktionäre der D-AG am österreichischen Überprüfungsverfahren wird im konkreten Fall wesentlich erleichtert. Nach der Konzeption des § 22 Abs 3 SEG müssen alle Aktionäre einer ausländischen Gründungsgesellschaft auf ihr Anfechtungsrecht verzichten, damit auch dieser Aktionärskreis ein nachträgliches Verfahren nach österreichischem Recht einleiten kann. Wie bereits festgestellt, haben aber die Aktionäre der D-AG kein Anfechtungsrecht nach deutschem Recht, womit ein einstimmiger Verzicht auf das Anfechtungsverfahren seitens der Aktionäre der D-AG nicht erforderlich ist. In der Praxis fällt also diese wichtige Hürde weg. Das österreichische Überprüfungsverfahren sollte somit durch eine darauf gerichtete Erklärung bei der mehrheitlichen Zustimmung der deutschen Gesellschaft gemäß Art 25 Abs 3 auch den Aktionären der D-AG eröffnet werden können, ohne dass es dazu eines einstimmigen Beschlusses bedarf. Damit kommt es wiederum zu einer „partiellen Rechtswahl“ zugunsten des österreichischen Rechts unter Abbedingung der einschlägigen deutschen Bestimmungen, sodass ein Gleichlauf der Rechte erreicht wird.

3.2.4. Internationale Zuständigkeit

Der allgemeine Gerichtsstand gemäß Art 2 iVm 60 EuGVVO liegt in Österreich. Alternativ dazu steht den Aktionären der D-AG der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß Art 5 Z 1a EuGVVO am Sitz der übertragenden D-AG zur Verfügung. Die Aktionäre der Ö-AG können grundsätzlich kein nachträgliches Verfahren einleiten. Wird ihnen die Einleitung eines nachträglichen Verfahrens durch Zustimmung der deutschen Gesellschaft erteilt, können sie theoretisch alternativ am allgemeinen Gerichtsstand gemäß Art 2 iVm 60 EuGVVO am Sitzort der SE und am Erfüllungsort nach Art 5 Z 1a EuGVVO am Sitzort der Ö-AG, die jedoch praktisch zusammenfallen, ein Überprüfungsverfahren einleiten.

3.2.4.1. Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der österreichischen Gerichte

Da sich der Sitz der SE in Österreich befindet, wird damit der allgemeine Gerichtsstand für das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses vereinbart. Die Aktionäre der D-AG können somit nur vor dem zuständigen Gericht am Sitz der SE gegen das Umtauschverhältnis vorgehen, während ihnen der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nicht mehr zur Verfügung steht. Wird auch die Zustimmung zur Durchführung des österreichischen Verfahrens zugunsten der

Aktionäre der aufnehmenden österreichischen Gesellschaft erteilt, können auch die Aktionäre der Ö-AG einen Überprüfungsantrag beim zuständigen Gericht am Sitzort der SE einbringen. Das Verfahren wird in jedem Fall nach österreichischem formellem und auch materiellem Recht geführt, was wiederum aufgrund der Vergleichbarkeit mit dem deutschen Verfahren auch für die Aktionäre der D-AG keine Nachteile mit sich bringt. Im Ergebnis wird also sowohl die konkurrierende internationale Zuständigkeit beseitigt, als auch ein Gleichlauf von materiellem und formellem Recht erreicht.

3.2.4.2. Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der deutschen Gerichte

Eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der deutschen Gerichte bietet sich dann an, wenn ausschließlich die Aktionäre der übertragenden D-AG ein nachträgliches Verfahren einleiten können. In diesem Fall wird ihnen zwar die Möglichkeit der Antragseinbringung am allgemeinen Gerichtsstand genommen, dies sollte aber auch nach deutschem Recht nicht weiter problematisch sein. Das Verfahren wird nach deutschem formellem und materiellem Recht geführt, womit es zu einem Gleichlauf der Rechte - zusätzlich zur Verfahrenskonzentration bei einem Gericht - kommt. Wird auch den Aktionären der Ö-AG die nachträgliche Überprüfmöglichkeit eingeräumt, ist eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der deutschen Gerichte eher nicht ratsam. Nach deutschem Recht kann ein Überprüfungsantrag nämlich nicht von den Aktionären der übernehmenden Gesellschaft eingebracht werden. Ein Zuspruch barer Zuzahlungen an die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft ist dem deutschen Recht daher fremd, sodass insofern eine Anpassung notwendig ist. Das deutsche Gericht muss im Falle der Antragsstellung von Aktionären der übernehmenden Ö-AG auf diese Abweichung im Vergleich zur deutschen Rechtslage, die durch die Zustimmungserklärung der deutschen Gesellschaft herbeigeführt wird, Rücksicht nehmen. Dies sollte zwar aus Sicht der deutschen Gerichte keine größeren Probleme bereiten, da sie auch nach der Konzeption des deutschen Überprüfungsverfahrens die Interessen der Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft - auch wenn diese nicht antragsberechtigt sind - eingehend zu berücksichtigen haben, etwa durch die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters. Dennoch ist die Zuständigkeitsvereinbarung der deutschen Gerichte in dieser Fallkonstellation mit einer gewissen Rechtsunsicherheit behaftet.

XI. Stellungnahme zum nachträglichen Überprüfungsverfahren

Die praktische Relevanz eines nachträglichen Verfahrens zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses bei der SE-Verschmelzungsgründung wird in der Literatur kontrovers diskutiert und reicht von beinahe Bedeutungslosigkeit⁷²⁷ bis zu sehr optimistischen Einschätzungen⁷²⁸. In all jenen Fällen, in denen auch das Gesellschaftsstatut der beteiligten ausländischen Gesellschaft eine dem österreichischen Verfahren entsprechende nachträgliche Überprüfungsmöglichkeit einräumt, kommt ein nachträgliches Überprüfungsverfahren jedenfalls zur Anwendung, sofern dieses auch für den konkreten Sachverhalt einschlägig ist.⁷²⁹ Daher sind die Prognosen der bisherigen pessimistischen literarischen Stellungnahmen insoweit zu relativieren, als diese Fallkonstellationen zu berücksichtigen sind. Zwar kennt die überwiegende Mehrzahl der Mitgliedstaaten kein dem österreichischen Recht vergleichbares Überprüfungsverfahren, doch darf dabei nicht übersehen werden, dass mit Deutschland gerade einer jener Staaten, zumindest in einigen Fallvarianten⁷³⁰, ein nachträgliches Verfahren vorsieht, dessen Gesellschaften häufig in Verschmelzungsvorgänge mit österreichischen Gesellschaften involviert sind.

Im folgenden Kapitel soll aber untersucht werden, inwiefern das österreichische Verfahren auch bei Verschmelzungen mit Gesellschaften, deren Statut kein vergleichbares oder im konkreten Fall anwendbares Verfahren kennt, relevant sein kann. Dabei gilt es all jene Parameter aufzuzeigen, die für beziehungsweise gegen die Zustimmung der ausländischen Gesellschaft zum österreichischen Überprüfungsverfahren sprechen.

⁷²⁷ *Teichmann*, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (428); *Fuchs*, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 186; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 243 f; *Kiem*, Die Regelungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG, WM 2006, 1091 (1097); *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 337 f; *Vetter*, die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG, AG 2006, 613 (622); *Bayer/Schmidt*, Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – eine kritische Stellungnahme, NZG 2006, 841 (844); *Behrens*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach der Richtlinie 2005/56/EG (Verschmelzungsrichtlinie), 162; *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 127; *Simon/Rubner*, Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht, Der Konzern 2006, 835 (841 f); *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 25 Rz 30; *Klein*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, RNotZ 2007, 565 (598 f).

⁷²⁸ *Drinhausen* in *Semler/Stengel*, UmwG³, § 122h Rz 7; *Teichmann* in *Drinhausen/Van Hulle/Maul*, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), § 2 Rz 82; *Oechsler*, Die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, NZG 2006, 161 (164); *Müller*, Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 81 (86 f); *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 267; *Weppner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 26.

⁷²⁹ Vgl dazu ausführlich Kapitel V.3.1.

⁷³⁰ Vgl zur konkreten Anwendbarkeit des deutschen Verfahrens Kapitel X.3.

1. Sachverhalt

Zunächst wird die Frage der Festlegung sowie der Überprüfung des Umtauschverhältnisses sehr stark von der jeweils gegebenen Ausgangslage vor der geplanten Verschmelzung abhängen. Insbesondere die genaue Analyse der Aktionärsstruktur der beteiligten Gesellschaften wird bereits eine richtungsweisende Einschätzung bringen können, wie hoch die Gefahr der Unzufriedenheit mit dem ins Auge gefassten Umtauschverhältnis sein könnte. Dabei kann man durchaus zu dem Ergebnis kommen, dass es auch aus Sicht der beteiligten österreichischen Gesellschaft gar nicht notwendig ist, auf eine Zustimmung der ausländischen Gesellschaften hinzuwirken.⁷³¹

1.1. Keine Einholung der Zustimmung bei Einigkeit über das Umtauschverhältnis

Die Zustimmung zum österreichischen Verfahren kann etwa dann unterbleiben, wenn es in der beteiligten österreichischen Gesellschaft nur eine geringe Anzahl an Aktionären gibt, die ohnehin das festgelegte Umtauschverhältnis befürworten. Steht also bereits im Vorbereitungsstadium der geplanten SE-Verschmelzungsgründung fest, dass das ins Auge gefasste Umtauschverhältnis von allen Aktionären mitgetragen wird, ist es mE nicht notwendig, die Zustimmung zum nachträglichen österreichischen Verfahren einzuholen. Dies scheint auch im Hinblick darauf, dass es mitunter gar nicht so einfach sein wird, dem ausländischen Verschmelzungspartner den Sinn und die Vorzüge des nachträglichen Überprüfungsverfahrens plausibel zu machen⁷³², die ökonomischste Lösung zu sein. Damit können auch die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft den Verschmelzungsbeschluss aus dem Grund der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses anfechten. Da jedoch davon ausgegangen wird, dass darüber ohnehin Einverständnis besteht, wird auch keine Anfechtungsklage eingebracht werden. Bei Sachverhalten, bei denen die Wahrscheinlichkeit einer Anfechtung wegen der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses derart gering ist, scheint die Zustimmung zur Durchführung des österreichischen Verfahrens tatsächlich entbehrlich.

⁷³¹ *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 124.

⁷³² *Teichmann*, Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 (385); *Vetter*, die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG, AG 2006, 613 (622); *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 124; *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 265.

1.2. Gefahr von Anfechtungen nicht einschätzbar oder hoch

Ist an der österreichischen Gesellschaft eine Vielzahl an Aktionären beteiligt, kann die Gefahr einer Anfechtung einzelner Gesellschafter möglicherweise nur sehr schwer abgeschätzt werden. In dieser Variante ist es aus Sicht der österreichischen Gesellschaft durchaus ratsam, die Zustimmung der ausländischen Gesellschaft zum österreichischen Verfahren zu erwirken. Selbiges gilt, wenn sich bereits im Vorfeld des Verschmelzungsbeschlusses ein Widerstand einzelner Aktionäre gegen das beabsichtigte Umtauschverhältnis formiert und eine Anfechtung aus diesem Grund sehr wahrscheinlich ist. Damit kann der Verschmelzungsbeschluss durch die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft nicht wegen eines möglicherweise unangemessenen Umtauschverhältnisses angefochten werden. Die Verschmelzung kann ohne unnötigen Aufschub durchgeführt und eingetragen werden, während mögliche Streitigkeiten betreffend das Umtauschverhältnis erst danach ausgetragen werden können.

2. Miteinbeziehung der Aktionäre der ausländischen Gesellschaften

Das SEG schafft die Möglichkeit, auch den Aktionären der beteiligten ausländischen Gesellschaft ein Recht zur Einleitung eines Überprüfungsverfahrens einzuräumen. Dies ist jedoch nur möglich, wenn alle beteiligten ausländischen Gesellschaften das österreichische Verfahren akzeptieren und alle Gesellschafter jener Gesellschaft, denen eine Antragsbefugnis gewährt werden soll, auf ihr Anfechtungsrecht verzichten.⁷³³

Damit könnte es bei Antragstellung beider Aktionärsgruppen, ähnlich wie bei der rein innerösterreichischen Verschmelzung, zu einem kontradiktorischen Verfahren kommen.⁷³⁴ Allerdings wird es in der Praxis kaum möglich sein, tatsächlich alle Aktionäre der betroffenen ausländischen Gesellschaft zu einem Verzicht zu bewegen. Denkbar wäre dies nur bei ausländischen Gesellschaften mit einem sehr kleinen Aktionärskreis. Diese beinahe unüberwindbare Hürde ist jedoch nicht dem österreichischen Gesetzgeber anzulasten, sondern ergibt sich aus der fehlenden Gesetzgebungskompetenz bezüglich der Rechte von Aktionären ausländischer Gesellschaften einerseits und der fehlenden Harmonisierung der Gesellschafterrechte auf Gemeinschaftsrechtsebene andererseits. Nichts desto trotz wird die praktische Relevanz dieser im SEG vorgesehenen Möglichkeit gering bleiben, da bereits das Unterbleiben einer einzigen Verzichtserklärung ausreicht, um das Verfahren nicht auf die

⁷³³ Vgl dazu bereits ausführlich Kapitel V.2.3.

⁷³⁴ Vgl dazu bereits ausführlich Kapitel V.2.2.3.1.

Aktionäre der ausländischen Gesellschaft ausweiten zu können.⁷³⁵ Daher wird in der folgenden Darstellung diese theoretische Möglichkeit, mangels praktischer Relevanz, nicht weiter berücksichtigt, sondern das Augenmerk alleine auf die Zustimmung zum nachträglichen Überprüfungsverfahren zugunsten der Aktionäre der österreichischen Gesellschaft gelegt.

3. Rolle der österreichischen Gesellschaft

Die praktische Relevanz des nachträglichen Überprüfungsverfahrens wird in erheblichem Ausmaß von der an der Verschmelzung beteiligten österreichischen Gesellschaft abhängen. Die Vorgabe des Art 25 Abs 3 sowie auch die Ausführung in § 22 SEG sehen zwar einen Zustimmungsvorbehalt zugunsten der ausländischen Gesellschaft vor. Dabei darf jedoch die Rolle der österreichischen Gesellschaft nicht unterschätzt werden. Diese kann zwar nicht über die Anwendbarkeit des nachträglichen Überprüfungsverfahrens disponieren⁷³⁶, tatsächlich obliegt die Weichenstellung zur möglichen Zustimmung der ausländischen Gesellschaft in einem ersten Schritt eigentlich der österreichischen Gesellschaft.

Zunächst liegt es nämlich an der österreichischen Gesellschaft, eine Einschätzung über das Anfechtungspotential aufgrund des Umtauschverhältnisses zu treffen und in der Folge zu entscheiden, ob die Möglichkeit eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens im konkreten Fall überhaupt sinnvoll und notwendig ist.⁷³⁷ Erst wenn diese Frage zu bejahen ist, wird man an die ausländische Gesellschaft herantreten, um diese zur Erteilung der Zustimmung zu bewegen. Auch in diesem Stadium wird vieles vom Vorgehen der österreichischen Gesellschaft abhängen. Da den Aktionären der ausländischen Gesellschaft ein derartiges Verfahren fremd ist, werden sie der Durchführung des Verfahrens für die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft kaum ohne weiteres zustimmen. Es wird daher von den Argumenten und der Überzeugungskraft der Vertreter der österreichischen Gesellschaft abhängen, ob man in der Hauptversammlung der ausländischen Gesellschaft einen Zustimmungsbeschluss erzielen kann.

4. Parameter für beziehungsweise gegen die Erteilung der Zustimmung

Aus Sicht der beteiligten ausländischen Aktionäre scheint die Bereitschaft zur Zustimmung zum österreichischen Verfahren *prima facie* eher gering. Dem scheinbar einzig großen Vorteil, nämlich der raschen Durchführung der Verschmelzung, ohne dass es dabei zu Verzögerungen

⁷³⁵ Vgl dazu Kapitel V.2.3.

⁷³⁶ Vgl dazu Kapitel VIII.1.4.3.1.

⁷³⁷ Vgl dazu Kapitel XI.3.

aufgrund von Streitigkeiten betreffend das Umtauschverhältnis durch die Aktionäre der österreichischen Gesellschaft kommen kann⁷³⁸, steht eine Vielzahl von Nachteilen gegenüber. Insbesondere der Umstand, dass die im nachträglichen Überprüfungsverfahren geltend gemachten Ansprüche betragsmäßig nicht begrenzt sind und demzufolge zu einem kaum einschätzbaren Abfluss an liquiden Mitteln aus dem Vermögen der SE führen können, scheint dabei einer Zustimmung besonders abträglich. Dies wird noch weiter dadurch verstärkt, dass die baren Zuzahlungen aufgrund der in § 225i AktG angeordneten erga omnes Wirkung nicht nur den antragstellenden, sondern allen Aktionären der österreichischen Gesellschaft zu Gute kommen und auch noch zu verzinsen sind, während eine Verschlechterung des Umtauschverhältnisses nicht möglich ist.⁷³⁹ Dieser Befund stellt jedoch nur eine sehr verkürzte Zusammenfassung dar. Bei einer genauen Analyse der einzelnen Elemente des österreichischen Überprüfungsverfahrens und bei einem praktisch sinnvollen Gebrauch jener Gestaltungsmöglichkeiten, die das AktG bietet, können beinahe alle Nachteile, zumindest in ihrer Wirkung, erheblich relativiert werden.

4.1. Überprüfung des Umtauschverhältnisses durch einen unabhängigen Sachverständigen

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit eines unangemessen festgesetzten Umtauschverhältnisses erheblich durch die verpflichtende Überprüfung durch einen oder mehrere unabhängige Sachverständige gemäß Art 22 im Vorfeld der Beschlussfassung über die SE-Verschmelzungsgründung eingeschränkt wird. Gegenstand der Untersuchung ist der Verschmelzungsplan, wobei insbesondere auf das Umtauschverhältnis als dessen Herzstück⁷⁴⁰ besonders einzugehen ist.⁷⁴¹ Bei der Ermittlung der Angemessenheit des festgelegten Verhältnisses sind gemäß § 220b Abs 4 AktG die verschiedenen möglichen Methoden zur Unternehmensbewertung, deren Unterschiede im Ergebnis sowie die Begründung für die Vertretbarkeit der konkret angewendeten Methode zu erläutern. Schließlich ist festzuhalten, ob

⁷³⁸ Vgl dazu ausführlich Kapitel IV.2.

⁷³⁹ Vgl dazu ausführlich Kapitel IV.3.2.

⁷⁴⁰ So ausdrücklich *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (603); ähnlich *Vetter* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 125; *Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 154.

⁷⁴¹ *Kals*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (618); *Kroat-Reder*, Die Gründung einer europäischen Aktiengesellschaft, 159; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 220b Rz 9; *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 220b AktG Rz 22; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE-Kommentar, Art 22 SE-VO Rz 13; *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 22 Rz 28; *Neun* in *Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft², 110; *Fuchs*, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 140.

die gewählte Methode auch richtig angewendet wurde und das erzielte Umtauschverhältnis als angemessen zu qualifizieren ist.⁷⁴² Das festgesetzte Umtauschverhältnis kommt also nicht ausschließlich durch mehr oder weniger geschickte Verhandlungen seitens der Vorstände der beteiligten Aktiengesellschaften zustande, sondern muss zwingend durch unabhängige Gutachter als angemessen erachtet werden. Damit erhält man zwar keine Garantie für die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses, insbesondere im Hinblick auf die strafrechtliche und zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Sachverständigen, die nach dem jeweiligen nationalen Recht zu beurteilen ist⁷⁴³, dürfte aber zumindest die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer erheblichen Abweichung von einem angemessenen Umtauschverhältnis eher gering sein. Gerade unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es nicht nur ein exakt richtiges Umtauschverhältnis, sondern eine gewisse Bandbreite an angemessenen Umtauschverhältnissen gibt⁷⁴⁴, indiziert die Überprüfung durch unabhängige Gutachter, dass das von ihnen als angemessen festgestellte Verhältnis innerhalb dieses Rahmens oder zumindest nahe daran liegt.

Somit wird die Gefahr eingeschränkt, dass das festgesetzte Umtauschverhältnis einem nachträglichen Überprüfungsverfahren nicht standhält.⁷⁴⁵ Aber auch der an sich betragsmäßig nach oben hin nicht begrenzte Anspruch auf bare Zuzahlungen erfährt zumindest faktisch eine erste Einschränkung, weil durch die Sachverständigenprüfung eine willkürliche Festsetzung des Umtauschverhältnisses bereits im Vorfeld ausgeschlossen wird und die Wahrscheinlichkeit für ein erhebliches Abweichen von einem angemessenen Verhältnis gering ist.

4.2. Nachträgliches Überprüfungsverfahren als Alternative zur Anfechtung

Sofern von der beteiligten ausländischen Gesellschaft die Zustimmung zum nachträglichen Überprüfungsverfahren nicht erteilt wird, können die Aktionäre der österreichischen Aktiengesellschaft den Verschmelzungsbeschluss auch wegen der Behauptung der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses anfechten. Eine Anfechtung gegen den Verschmelzungsbeschluss hat jedoch aufschiebende Wirkung, sodass das geplante

⁷⁴² Vgl dazu ausführlich *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 64 ff; *Kroat-Reder*, Die Gründung einer europäischen Aktiengesellschaft, 160; *Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, § 18 SEG Rz 8; *Szyp* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵, § 220b Rz 9 ff; *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 220b AktG Rz 19 ff; *Fuchs*, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 140.

⁷⁴³ *Kals/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, § 18 SEG Rz 12; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, SE-Kommentar, Art 22 SE-VO Rz 17; *Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Art 22 Rz 34 ff; *Neun* in *Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft², 115 f.

⁷⁴⁴ Vgl dazu Kapitel IV.1.

⁷⁴⁵ Diese Einschränkung auf erster Stufe würde freilich auch für ein Anfechtungsverfahren gelten, welches mangels Zustimmung zum nachträglichen Überprüfungsverfahren angestrengt werden könnte.

Verschmelzungsvorhaben nicht durchgeführt werden kann, solange das Anfechtungsverfahren im Gange ist.⁷⁴⁶ Da es sich beim Anfechtungsrecht ebenso wie beim nachträglichen Antragsrecht auf Überprüfung des Umtauschverhältnisses um ein Individualrecht handelt, können somit einzelne Minderheitsaktionäre die Durchführung der Verschmelzung erheblich verzögern oder gar verhindern. Damit würde den beteiligten Gesellschaften, ganz unabhängig vom Ausgang des Anfechtungsverfahrens, ein möglicherweise unwiederbringlicher Schaden entstehen, weil etwa die Durchführung der Verschmelzung nach dem Abschluss des Verfahrens gar nicht mehr möglich ist.⁷⁴⁷ Durch die zeitliche Rückverlagerung der Streitigkeiten aufgrund der behaupteten Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses würde der Eintritt derartiger Nachteile hintangehalten.

Der wesentlichste Einwand gegen die Erteilung der Zustimmung zum österreichischen Überprüfungsverfahren liegt mit Sicherheit darin, dass die möglicherweise zu leistenden baren Ausgleichsleistungen aufgrund der erga omnes Wirkung und der fehlenden betragsmäßigen Begrenzung im Vorhinein kaum quantifiziert werden können. Dies stellt aus Sicht der beteiligten ausländischen Gesellschaft zweifellos einen erheblichen Nachteil dar, der jedoch praktisch relativiert werden kann. Bei der Hinausverschmelzung ist die Antragsbefugnis der Aktionäre gemäß § 22 Abs 2 SEG von einer Ankündigung, die spätestens einen Monat nach Fassung des Verschmelzungsbeschlusses gegenüber der Gründungsgesellschaft abgegeben werden muss, abhängig. In der Folge wird die an sich geltende erga omnes Wirkung auf all jene Aktionäre eingeschränkt, die entweder einen Überprüfungsantrag eingebracht, oder zumindest die Einbringung angekündigt haben. Im Falle der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses bekommen also nicht alle Aktionäre bare Zuzahlungen, sondern nur jene, die zumindest eine Antragseinbringung angekündigt haben. Dadurch kann sich in der Praxis der Kreis der ausgleichsberechtigten Gesellschafter bei der Hinausverschmelzung bereits wesentlich verkleinern.

Zu beachten ist weiters der Umstand, dass das nachträgliche Verfahren zwar auch jenen Aktionären zusteht, die für die geplante Verschmelzung gestimmt haben. Andererseits wurde bereits festgehalten, dass es sich dabei de facto dennoch um ein Recht handelt, das typischerweise von Minderheiten wahrgenommen wird.⁷⁴⁸ Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die Mehrheitsaktionäre der Verschmelzung ohnehin nur dann ihre Zustimmung erteilen werden,

⁷⁴⁶ Vgl dazu Kapitel IV.2.

⁷⁴⁷ Zu denken wäre beispielsweise an eine geplante Verschmelzung im Rahmen einer Unternehmenssanierung, welche zur Abwendung der drohenden Insolvenz möglichst zügig durchgeführt werden muss.

⁷⁴⁸ Vgl dazu Kapitel III.6.2.

wenn sie mit dem Verschmelzungsplan uneingeschränkt zufrieden sind. Unter Zugrundelegung dieser Prämissen kann daher der an sich einschlägigen erga omnes Wirkung durch Verzichtserklärungen auf bare Zuzahlungen gemäß § 225d AktG der Mehrheitsaktionäre entgegengewirkt werden. Dies ist mE auch für die Mehrheitsaktionäre kein wirklicher Aderlass. Schließlich kann man davon ausgehen, dass sie mit dem ursprünglich vereinbarten Umtauschverhältnis ohnehin einverstanden waren, weil sie anderenfalls gegen die Verschmelzung gestimmt hätten. Es ist hingegen mehr als unwahrscheinlich, dass die Mehrheit der Aktionäre für die Verschmelzung stimmt und sich auf eine Anpassung des Umtauschverhältnisses im Rahmen eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens, dessen Ausgang ungewiss ist, verlässt.⁷⁴⁹ Daher sollte es in der Praxis durchaus möglich sein, von einer überwiegenden Mehrheit der Aktionäre eine Verzichtserklärung zu erwirken, sodass sich die erga omnes Wirkung auf einen Bruchteil der ursprünglich ausgleichsberechtigten Aktionäre verringert.⁷⁵⁰ Damit einhergehend wird natürlich auch der potentielle Abfluss von liquiden Mitteln aus der SE erheblich eingeschränkt.

4.2.1. Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses

Sollte das im Verschmelzungsplan festgesetzte Umtauschverhältnis als nicht angemessen eingestuft werden, unterscheiden sich die Rechtsfolgen erheblich, je nachdem, ob die Unangemessenheit im Rahmen eines Anfechtungsverfahrens oder eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens festgestellt wird. Bei einer erfolgreichen Anfechtung des Verschmelzungsplanes muss ein neues, nunmehr angemessenes Umtauschverhältnis zwischen den Anteilen der beteiligten Gesellschaften festgelegt werden, sofern an der Durchführung der Verschmelzung überhaupt festgehalten werden soll. Dieses neue Umtauschverhältnis ist erneut von einem unabhängigen Sachverständigen zu überprüfen und folglich als Bestandteil des neuen Verschmelzungsplans von den Gesellschafterversammlungen mit der jeweils nach nationalem Recht erforderlichen Mehrheit anzunehmen. Neben der Verzögerung aufgrund des Anfechtungsverfahrens ist also ein weiterer Zeitraum einzuplanen, der für die erneute Festlegung des Umtauschverhältnisses, der Aufstellung des Verschmelzungsplanes, der Einberufung und der Abhaltung der Gesellschafterversammlungen erforderlich ist. Selbstverständlich kann aufgrund des Ausgangs des Anfechtungsverfahrens von der SE-Verschmelzungsgründung Abstand genommen werden oder kann diese faktisch daran scheitern, dass in den Gesellschafterversammlungen der beteiligten Aktiengesellschaften keine entsprechende Mehrheit für den nunmehr abgeänderten Verschmelzungsplan erreicht wird.

⁷⁴⁹ Vgl dazu Kapitel III.6.2.

⁷⁵⁰ Vgl zum Einsatz des Verzichtes ausführlich *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 134 ff.

Kommt das Gericht im Zuge eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens zu dem Ergebnis, dass das Umtauschverhältnis nicht angemessen festgesetzt wurde, hat es gleichzeitig auszusprechen, wie hoch der Betrag der aus dem Vermögen der SE zu leistenden baren Zuzahlung pro Anteil ist.⁷⁵¹ Da die Einbringung eines Überprüfungsantrages erst ab Eintragung der SE möglich ist, kommt es zu keinem Schwebezustand wie bei der Anfechtung, in welchem ungewiss ist, ob, und gegebenenfalls wann die SE nun gegründet werden kann oder nicht. Die bereits abgeschlossene Verschmelzung kann auch nicht mehr rückgängig gemacht werden, sodass der Bestand der SE jedenfalls gesichert ist. Andererseits kann das im Verschmelzungsplan vereinbarte und durch die zugesprochene Zuzahlung adaptierte Umtauschverhältnis nun nicht mehr abgeändert werden. Insofern besteht für die Aktionäre der ausländischen Gesellschaft die Gefahr, dass sie plötzlich mit einem Umtauschverhältnis konfrontiert werden, dem sie im Verschmelzungsplan nicht zugestimmt haben und dem sie auch nie zugestimmt hätten.⁷⁵²

4.2.2. Angemessenheit des Umtauschverhältnisses

Wird das Umtauschverhältnis als angemessen erachtet, bleibt es unabhängig davon, ob dies im Zuge eines Anfechtungsverfahrens oder nachträglichen Überprüfungsverfahrens festgestellt wird, beim ursprünglich im Verschmelzungsplan festgesetzten Verhältnis. Zu beachten ist jedoch, dass die zeitliche Verzögerung bei der Anfechtung bis zum Abschluss des Verfahrens unabhängig von dessen Ausgang eintritt.⁷⁵³ Beim nachträglichen Überprüfungsverfahren ist dies definitionsgemäß nicht der Fall, sodass dieser Nachteil ausgeschlossen ist. Allerdings muss in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass die SE grundsätzlich die gesamten Kosten für das nachträgliche Überprüfungsverfahren - ebenfalls unabhängig von dessen Ausgang - zu tragen hat⁷⁵⁴, während bei der erfolglosen Anfechtung die anfechtenden Aktionäre die Verfahrenskosten begleichen müssen.

5. Zusammenfassung

Da im Vorhinein sowohl der Ausgang eines möglichen Anfechtungsverfahrens als auch eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens ungewiss ist, aber bereits im Vorfeld der Verschmelzung

⁷⁵¹ Vgl. zum Verfahren und zur Ausgestaltung des Beschlusses als Exekutionstitel Kapitel IV.3.2. Zur Möglichkeit, zusätzliche Anteile anstelle von baren Zuzahlungen auszugeben vgl. Kapitel IV.3.1.2.

⁷⁵² *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, 141; in diese Richtung gehend schon *Reich-Rohrwig*, Verschmelzung nach der RV zum EU-GesRÄG, *ecolex* 1996, 258 (260).

⁷⁵³ Selbstverständlich mit Ausnahme der Verzögerung, die für die neue Beschlussfassung im Falle der Neufestsetzung des Umtauschverhältnisses gemäß Kapitel XI.4.2.1. anfällt.

⁷⁵⁴ Vgl. zu den Grundsätzen der Kostentragung Kapitel IV.3.4.2.

eine Entscheidung für eine der beiden Varianten getroffen werden muss, sollten die eben skizzierten Vor- und Nachteile im konkreten Fall eingehend gewürdigt werden. Dabei muss auch der Blickwinkel berücksichtigt werden, aus welchem man die Gewichtung der Parameter vornimmt. Diese Gewichtung wird etwa unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob man die Entscheidung aus Sicht der beteiligten Gesellschaften oder aber aus Sicht des einzelnen (Minderheits)aktionärs betrachtet. Letztlich gilt es, einen Interessensausgleich zwischen den beteiligten Gesellschaften, Aktionären sowie Aktionärsgruppen zu schaffen. Aus Sicht der Gesellschaften spricht vor allem die drohende Zeitverzögerung im Falle einer Anfechtung des Gesellschafterbeschlusses für die Erteilung der Zustimmung zum österreichischen Überprüfungsverfahren. Andererseits ist damit grundsätzlich die Tragung der Kosten für das nachträgliche Verfahren, unabhängig von dessen Ausgang, sowie, im Falle des Zuspruchs, die Leistung barer Zuzahlungen an alle Aktionäre der österreichischen Gesellschaft verbunden. Wie eben dargestellt, kann der drohende Abfluss von liquiden Mitteln jedoch mithilfe von Verzichtserklärungen zumindest faktisch weitgehend eingeschränkt werden.

Aus dem Blickwinkel der Aktionäre stellt die Anfechtung das stärkere Recht dar, das im Falle der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses eine erneute Beschlussfassung der Gesellschafterversammlungen der beteiligten Gesellschaften vorsieht. Insofern kann eine Abweichung des ursprünglichen Umtauschverhältnisses nur aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses herbeigeführt werden, während dies beim nachträglichen Überprüfungsverfahren durch eine gerichtliche Entscheidung geschieht. Auf der anderen Seite kann die durch die Anfechtung eintretende Verzögerung oder gar endgültige Verhinderung des Verschmelzungsvorganges selbstverständlich auch für die Aktionäre von Nachteil sein.

Wirft man also einen genaueren Blick auf die Konzeption des österreichischen Überprüfungsverfahrens und die Gestaltungsmöglichkeiten, die das AktG eröffnet, so empfiehlt sich mE in einer Vielzahl an praktisch auftretenden Verschmelzungsvorgängen zumindest eine eingehende Beschäftigung damit. Dabei kann es durchaus auch gute Gründe geben, weswegen die an einer SE-Verschmelzungsgründung beteiligte ausländische Gesellschaft der Durchführung dieses Verfahrens zugunsten der Aktionäre der österreichischen Gesellschaft zustimmen könnte. Allerdings ist davon auszugehen, dass sich die jeweiligen Vertreter der ausländischen Gesellschaften mit dem ihnen fremden österreichischen Verfahren, zumindest aus eigenem Antrieb, nicht sehr intensiv auseinandersetzen werden. Insofern wird es in jedem Einzelfall darauf ankommen, mit wie viel Engagement und Erfolg die Vertreter der österreichischen

Gesellschaft der beteiligten ausländischen Gesellschaft die Vorteile des österreichischen Überprüfungsverfahrens näher bringen können.

Letztlich bleibt zu konstatieren, dass die Entscheidung für oder gegen die Zustimmung zum österreichischen Überprüfungsverfahren nicht pauschal getroffen werden kann. Vielmehr ist in jedem Einzelfall, unter Berücksichtigung der eben dargestellten Parameter, eine gesonderte Entscheidung zu treffen, welche dem konkreten Sachverhalt gerecht wird.

XII. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

- Dem Wesen der grenzüberschreitenden Verschmelzung entsprechend, kommt es bei der SE-Verschmelzungsgründung für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft(en) zu einem Wechsel des anwendbaren Rechts. Das Gründungsverfahren kann grundlegend in zwei Abschnitte unterteilt werden: der erste Abschnitt betrifft all jene Sachverhalte, die für die beteiligten Gesellschaften nach deren „alten“ Gesellschaftsstatut zu beurteilen sind, während dem zweiten Abschnitt der Gründungsphase jene Bereiche zuzuordnen sind, welche bereits ausschließlich vom Gesellschaftsstatut der entstehenden SE geregelt werden sollen.⁷⁵⁵ Fraglich ist jedoch, zu welchem konkreten Zeitpunkt dieser Wechsel des anwendbaren Rechts eintreten soll. Die SE-VO beantwortet diese Frage nicht einheitlich, da sie sachrechtlich nur punktuelle Bereiche abschließend regelt und in den übrigen Bereichen auf nationales Recht verweist, sodass eine komplexe Vermengung von unmittelbar geltendem Gemeinschaftsrecht und kraft Verweisung anzuwendendem nationalem Recht entsteht.⁷⁵⁶ Die in Art 9 vorgesehene Normenhierarchie der SE-VO bezieht sich auf die bereits entstandene SE, sodass diese für das Gründungsstadium nicht herangezogen werden kann.⁷⁵⁷ Als maßgebliche Regelungen sind zunächst die unmittelbar anwendbaren Sachnormen des 2. Abschnittes der SE-VO „*Gründung der SE durch Verschmelzung*“ sowie die dort normierten Spezialverweisungen in Form von Verpflichtungen und einfachen Verweisen ins nationale Recht heranzuziehen. Subsidiär dazu sind gemäß dem „partiellen“ Generalverweis in Art 18 die für die jeweilige Gründergesellschaft maßgeblichen nationalen aktienrechtlichen Bestimmungen einschlägig. Schließlich greift der für alle primären Gründungsformen geltende Art 15 Abs 1, der auf das nationale Aktienrecht des Sitzstaates der zu gründenden SE verweist.⁷⁵⁸
- Das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses gemäß den §§ 225c ff AktG⁷⁵⁹ ist unter die Kategorie der Minderheitsrechte⁷⁶⁰ einzuordnen. Diese wurden jedoch auf Ebene des Gemeinschaftsrechtes bisweilen nicht vereinheitlicht. Die SE-VO nimmt im Bereich der Verschmelzungsgründung in zwei Artikeln Bezug auf die Rechte der Minderheiten, nämlich explizit in Art 24 Abs 2 und auch in Art 25 Abs 3, in welchem das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses und der Barabfindung

⁷⁵⁵ Vgl dazu Kapitel II.3.2.4.

⁷⁵⁶ Vgl dazu Kapitel II.1.

⁷⁵⁷ Vgl dazu Kapitel II.4.4.1.

⁷⁵⁸ Vgl dazu Kapitel II.4.

⁷⁵⁹ Vgl dazu ausführlich Kapitel IV.

⁷⁶⁰ Vgl dazu Kapitel III.6.2.

angesprochen wird. In der Literatur wurde bisher kontrovers diskutiert, welche Normen der SE-VO nun als Grundlage zur Anwendung eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens herangezogen werden können und inwiefern diese die Ausgestaltung des nationalen Verfahrens determinieren. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung stehen als mögliche Grundlage einerseits die Artt 18 iVm 25 Abs 3 und andererseits die Artt 24 Abs 2 iVm 25 Abs 3 zur Verfügung. Zu beachten ist jedoch, dass die Ermächtigung des Art 24 Abs 2 den Mitgliedstaaten enge Grenzen bei deren Ausübung auferlegt.⁷⁶¹ Art 25 Abs 3 regelt lediglich die Anwendungsmodalitäten eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens und kommt demnach als alleinige Grundlage nicht in Betracht. Entsprechend den beiden Grundlagen, auf welche ein nachträgliches Überprüfungsverfahren gestützt werden kann, kommen mehrere Varianten zu dessen Normierung in Betracht.⁷⁶² Als Grundlage des österreichischen Verfahrens zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses im Rahmen der SE-Verschmelzungsgründung gemäß den §§ 22 SEG iVm 225c ff AktG dienen die Artt 18 iVm 25 Abs 3.

- Das in Österreich normierte Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist in den §§ 225b ff AktG geregelt. Der Verschmelzungsbeschluss kann nicht alleine deshalb angefochten werden, weil das Umtauschverhältnis nicht angemessen festgelegt wurde.⁷⁶³ An die Stelle des Anfechtungsrechtes tritt das nachträgliche Überprüfungsverfahren, welches einen Anspruch der benachteiligten Aktionäre auf bare Zuzahlungen vorsieht⁷⁶⁴ und spätestens seit der Aufhebung der Beteiligungsschwellen durch den VfGH auch ähnlich dem Anfechtungsrecht als Individualrecht ausgestaltet ist.⁷⁶⁵ Im Unterschied zur deutschen Rechtslage⁷⁶⁶ sind sowohl die Aktionäre der übertragenden, als auch jene der übernehmenden Gesellschaft antragsberechtigt. Die Erhebung eines Widerspruchs gegen den Verschmelzungsbeschluss ist nicht erforderlich, sogar zustimmende Aktionäre können ein nachträgliches Überprüfungsverfahren einleiten.⁷⁶⁷ Das Verfahren ist nach den Bestimmungen des AußStrG sowie einigen Spezialbestimmungen des AktG zu führen. Das AktG enthält besondere Regelungen für die Kostentragung⁷⁶⁸, die Vertretung

⁷⁶¹ Vgl dazu Kapitel III.6.

⁷⁶² Vgl dazu Kapitel III.8.

⁷⁶³ Vgl dazu Kapitel IV.2.

⁷⁶⁴ Vgl dazu Kapitel IV.3.1.

⁷⁶⁵ Vgl dazu Kapitel IV.3.3.2.

⁷⁶⁶ Vgl dazu Kapitel X.2.1.

⁷⁶⁷ Vgl dazu Kapitel IV.3.3.

⁷⁶⁸ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.2.

der nicht antragstellenden Aktionäre⁷⁶⁹, die Einrichtung eines besonderen Gremiums zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses⁷⁷⁰ und die Erweiterung der Rechtskraft⁷⁷¹.

- Art 25 Abs 3 bestimmt, dass das österreichische Überprüfungsverfahren nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Aktionäre der anderen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ebenfalls ein solches Verfahren nach ihrem jeweiligen Statut einleiten können oder die anderen Gesellschaften der Durchführung des Verfahrens zugunsten der Aktionäre der österreichischen Gesellschaft zustimmen. Da neben Österreich nur wenige mitgliedstaatliche Rechtsordnungen ein vergleichbares Verfahren vorsehen, muss im Regelfall wohl die Zustimmung der beteiligten ausländischen Gesellschaft eingeholt werden. Wird diese nicht erteilt, können die Gesellschafter der österreichischen Gesellschaft den Verschmelzungsbeschluss – aufgrund einer teleologischen Reduktion des § 225b AktG – ausnahmsweise auch wegen der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses anfechten.⁷⁷² Wird die Zustimmung zur Durchführung des österreichischen Verfahrens erteilt, so kann dieses bei der Hereinverschmelzung aus Sicht der Aktionäre der übernehmenden österreichischen Gesellschaft wie auch bei der rein innerstaatlichen Verschmelzung angewendet werden. Handelt es sich hingegen um eine Hinausverschmelzung, so müssen jene Aktionäre der übertragenden österreichischen Gesellschaft, die die Stellung eines Überprüfungsantrages beabsichtigen, eine diesbezügliche Erklärung zur Niederschrift in der Hauptversammlung oder binnen einen Monats nach Fassung des Verschmelzungsbeschlusses gegenüber der Gesellschaft abgeben. Durch das Erfordernis der Ankündigung wird die an sich in § 225i Abs 1 AktG normierte erga omnes Wirkung⁷⁷³ bei der Hinausverschmelzung auf all jene Aktionäre eingeschränkt, die einen Überprüfungsantrag stellen oder dies zumindest angekündigt haben, auch wenn sie später keinen einbringen.⁷⁷⁴ § 22 Abs 3 SEG sieht die Möglichkeit vor, dass auch die Aktionäre der beteiligten ausländischen Gesellschaft, deren Statut kein nachträgliches Überprüfungsverfahren kennt, am österreichischen Verfahren teilnehmen können. In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, dass die Miteinbeziehung der Aktionäre der ausländischen Gesellschaft nicht zulässig wäre. Diese Ansicht wird jedoch nicht geteilt, sondern die Zulässigkeit der Miteinbeziehung der Aktionäre der ausländischen Gesellschaft – insbesondere auch im Hinblick auf die Artt 18 iVm 25 Abs

⁷⁶⁹ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.2.

⁷⁷⁰ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.3.

⁷⁷¹ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.6.

⁷⁷² Vgl dazu Kapitel V.2.2.1.

⁷⁷³ Vgl dazu Kapitel IV.3.4.6.

⁷⁷⁴ Vgl dazu Kapitel V.2.2.2.

3 als Grundlage des österreichischen Verfahrens – für gemeinschaftsrechtskonform gehalten.⁷⁷⁵ Allerdings wird davon in der Praxis wohl nur sehr selten Gebrauch gemacht werden. Es müsste nämlich zusätzlich, neben der Zustimmung der ausländischen Gesellschaft zur Durchführung des österreichischen Verfahrens, jeder einzelne Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft auf das ihm nach dem Recht seiner Gründungsgesellschaft zustehende Anfechtungsrecht verzichten. Schon das Unterbleiben des Verzichtes eines einzigen Aktionärs führt dazu, dass alle Aktionäre der ausländischen Gesellschaft nicht am österreichischen Verfahren beteiligt werden können.⁷⁷⁶ Kennt auch die beteiligte ausländische Gesellschaft ein dem österreichischen Recht vergleichbares nachträgliches Überprüfungsverfahren, kommt Art 25 Abs 3 mangels Regelung dieses Sachverhaltes nicht zur Anwendung. Die Prüfung der Anwendbarkeit des Art 25 Abs 3 beinhaltet drei Schritte: zunächst darf das zu beurteilende ausländische nachträgliche Überprüfungsverfahren der Eintragung der Verschmelzung nicht entgegenstehen, es muss dem österreichischen Verfahren vergleichbar ausgestaltet sein⁷⁷⁷ und es darf nicht nur abstrakt normiert, sondern muss auch im konkreten Sachverhalt anwendbar sein.⁷⁷⁸ Als Grundlage für die Anwendung des nachträglichen Verfahrens in der SE-VO kommt nur die Verweisung in Art 18 in Betracht, während die in Art 25 Abs 3 normierten Anwendungsmodalitäten nicht einschlägig sind. Es muss daher keine Zustimmung zur Durchführung des Verfahrens erteilt werden. Andererseits bietet die SE-VO, aus Sicht der beteiligten Gesellschaften, aber auch keine Möglichkeit, der Anwendung eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens zu entgehen.⁷⁷⁹

- Da es sich bei einem nachträglichen Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses um eine Zivil- und Handelssache handelt und auch die weiteren Anwendungsvoraussetzungen gegeben sind, ist bei der Ermittlung der internationalen Zuständigkeit auf die Bestimmungen der EuGVVO zurückzugreifen.⁷⁸⁰ Ein Zwangsgerichtsstand gemäß Art 22 Z 2 EuGVVO ist nicht gegeben. Das Überprüfungsverfahren hat weder eine Klage über die Auflösung einer Gesellschaft⁷⁸¹, noch eine Klage über die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand.⁷⁸² Zudem richtet sich das Überprüfungsverfahren nicht gegen die beschlussfassende

⁷⁷⁵ Vgl dazu Kapitel III.9.

⁷⁷⁶ Vgl dazu Kapitel V.2.2.3.

⁷⁷⁷ Vgl dazu Kapitel V.3.3.

⁷⁷⁸ Vgl dazu Kapitel V.3.2.

⁷⁷⁹ Vgl dazu Kapitel V.3.1.

⁷⁸⁰ Vgl dazu Kapitel VI.1.1.

⁷⁸¹ Vgl dazu Kapitel VI.2.1.1.

⁷⁸² Vgl dazu Kapitel VI.2.1.2.

Gesellschaft, wie dies Art 22 Z 2 EuGVVO verlangt, sondern gegen die bereits neu entstandene SE. Eine Erweiterung der Anwendbarkeit der Zwangsgerichtsstände im Wege der Analogie scheint durch die enge Auslegung durch den EuGH ausgeschlossen. Auch ein Verbrauchergerichtsstand nach Art 15 Abs 1c EuGVVO ist nicht gegeben, was bereits aus einer teleologischen Interpretation der Norm folgt. Darüber hinaus bieten die einschlägigen Normen des Gesellschaftsrechts ausreichenden Schutz der Aktionäre, sodass für die Anwendung konkurrierender Verbraucherschutzbestimmungen kein Raum bleibt.⁷⁸³ Zur Anwendung gelangt hingegen neben dem allgemeinen Gerichtsstand gemäß Art 2 iVm 60 EuGVVO am Sitzort der SE⁷⁸⁴ der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art 5 Z 1a EuGVVO und zwar jeweils am Sitzort der beteiligten Gründungsgesellschaften. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Satzung einer Gesellschaft als Vertrag einzuordnen und auch die Beschlüsse von den Organen sind als vertragliche Ansprüche zu qualifizieren.⁷⁸⁵ Die von Teilen des Schrifttums vertretene Einordnung des Art 25 Abs 3 als international zivilprozessuale Zuständigkeitsnorm wird hingegen abgelehnt.⁷⁸⁶

- Die Ermittlung der internationalen Zuständigkeit führt zu dem Ergebnis, dass in aller Regel mehrere Gerichte in verschiedenen Mitgliedstaaten für die Durchführung des nachträglichen Überprüfungsverfahrens in Betracht kommen. Um die Führung von Parallelprozessen zu verhindern und die damit verbundene Gefahr von einander widersprechenden Entscheidungen zu vermeiden, bieten die Artt 27 und 28 EuGVVO Möglichkeiten, die Verfahren zu koordinieren.⁷⁸⁷ Die Untersuchungen haben jedoch gezeigt, dass die Möglichkeit einer zufriedenstellenden Verfahrenskonzentration nur nach Art 27 EuGVVO, dann jedoch auch nur beim zuerst angerufenen Gericht, sofern dieses auch für die Führung der weiteren anhängig gemachten Prozesse zuständig ist, besteht.⁷⁸⁸ Sollte dies nicht der Fall sein, kann das später angerufene Gericht das Verfahren lediglich nach Art 28 Abs 1 EuGVVO bis zur Entscheidung des Erstgerichtes aussetzen.⁷⁸⁹
- Die Untersuchung des Verweisungsumfanges von Artt 18 beziehungsweise 24 Abs 2 iVm 25 Abs 3, die, wie bereits ausgeführt, als Grundlage des Überprüfungsverfahrens qualifiziert wurden, hat ergeben, dass davon ausschließlich materiellrechtliche Normen

⁷⁸³ Vgl dazu Kapitel VI.2.3.

⁷⁸⁴ Vgl dazu Kapitel VI.2.2.

⁷⁸⁵ Vgl dazu Kapitel VI.2.4.

⁷⁸⁶ Vgl dazu Kapitel VI.3.

⁷⁸⁷ Vgl dazu Kapitel VII.2.

⁷⁸⁸ Vgl dazu Kapitel VII.2.2. und VII.3.

⁷⁸⁹ Vgl dazu Kapitel VII.2.3. und VII.4.

erfasst werden. Die in Art 25 Abs 3 normierte Zustimmung zur Durchführung eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens kann somit als partielle Rechtswahl eingestuft werden, wovon jedoch formellrechtliche Bestimmungen nicht erfasst sind.⁷⁹⁰ Aufgrund des allgemein anerkannten Grundsatzes der *lex fori processualis* wendet daher das angerufene Gericht ausschließlich die Verfahrensnormen der Rechtsordnung des Gerichtstaates an. Der Zuordnung der einzelnen Vorschriften der österreichischen Rechtsordnung im Zusammenhang mit dem nachträglichen Überprüfungsverfahren entweder zum formellen oder zum materiellen Recht kommt daher erhebliche Bedeutung zu.⁷⁹¹ Die eingehende Untersuchung der einzelnen Normen hat gezeigt, dass nur sehr wenige Vorschriften als materiellrechtlich zu qualifizieren sind. Zu beachten ist jedoch, dass der österreichische Gesetzgeber keine strikte Trennung zwischen materiellem und formellem Recht vorgenommen hat, sodass sich auch in den verfahrensrechtlichen Normen eine Vielzahl von Bestimmungen wieder finden, die den Charakter des nachträglichen Überprüfungsverfahrens prägen.⁷⁹² Davon erfasst sind insbesondere die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes im außerstreitigen Verfahren⁷⁹³, die Regelungen zur Kostentragung⁷⁹⁴, die Vertretung der nichtantragstellenden Aktionäre⁷⁹⁵ und die Rechtskrafterstreckung⁷⁹⁶. Damit das österreichische Verfahren auch von ausländischen Gerichten unter Anwendung der Verfahrensvorschriften des Gerichtsstaates so angewendet werden kann, dass dessen Zielsetzungen, wie dies bei der Anwendung der österreichischen Verfahrensnormen der Fall wäre, erreicht werden können, bedarf es der Modifikation des ausländischen formellen Rechts. Als mögliche Maßnahmen stehen dazu die materiellrechtsfreundliche Qualifikation⁷⁹⁷, die Anwendung verwandter beziehungsweise die Anpassung einzelner Normen⁷⁹⁸ oder die Anwendung des österreichischen Verfahrensrechtes in einzelnen Bereichen⁷⁹⁹ zur Verfügung. Zu einer derartigen Vorgehensweise sind die Gerichte der Mitgliedstaaten wohl auch nach dem Grundsatz der Gleichwertigkeit und Effektivität sowie nach dem Grundsatz der loyalen

⁷⁹⁰ Vgl dazu Kapitel VIII.1.1.

⁷⁹¹ Vgl dazu Kapitel VIII.1.2.

⁷⁹² Vgl dazu Kapitel VIII.1.3.

⁷⁹³ Vgl dazu Kapitel VIII.1.4.4.1.

⁷⁹⁴ Vgl dazu Kapitel VIII.1.4.4.2.

⁷⁹⁵ Vgl dazu Kapitel VIII.1.4.4.3.

⁷⁹⁶ Vgl dazu Kapitel VIII.1.4.4.4.

⁷⁹⁷ Vgl dazu Kapitel VIII.1.7.2.

⁷⁹⁸ Vgl dazu Kapitel VIII.1.7.3.

⁷⁹⁹ Vgl dazu Kapitel VIII.1.7.4.

Zusammenarbeit gemäß Art 4 Abs 3 EUV verpflichtet, wobei eine Rechtsprechung des EuGH zu dieser besonderen Fallkonstellation bislang fehlt.⁸⁰⁰

- Insbesondere bei Hinausverschmelzungen kann es zu Kollisionen zwischen den österreichischen Normen des Überprüfungsverfahrens und dem Gesellschaftsstatut der SE kommen, sofern diesem ein nachträgliches Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses fremd ist.⁸⁰¹ Der Anspruch der Aktionäre der österreichischen Gründungsgesellschaft ist nach österreichischem Recht, mangels Anwendbarkeit der 10% - Grenze des § 224 Abs 5 AktG, der Höhe nach unbegrenzt. Da dieser Anspruch aber erst nach Abschluss des Gründungsverfahrens gegen die SE geltend gemacht werden kann, sind bereits die Kapitalerhaltungsvorschriften des Gesellschaftsstatutes der SE anwendbar. Nach Ansicht des Autors sind höhenmäßige Begrenzungen von Ausgleichsleistungen nach dem Gesellschaftsstatut der SE jedoch nicht als Eingriffsnormen zu qualifizieren. Über eine derart normierte Obergrenze hinausgehende Zuzahlungen dürften auch nicht gegen den ordre public des Sitzstaatrechts der SE verstoßen.⁸⁰² Ähnliche Widersprüche können auch zwischen dem Zuzahlungsanspruch nach österreichischem Recht und einem im Sitzstaat der SE normierten Verbot der Einlagenrückgewähr auftreten, die es zu lösen gilt.⁸⁰³
- Da sich die bereits ausführlich skizzierten Probleme der konkurrierenden internationalen Zuständigkeit mehrerer Gerichte in verschiedenen Mitgliedstaaten sowie des Auseinanderfallens von materiellem und Verfahrensrecht durch Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung bereits im Vorfeld der SE-Verschmelzungsgründung weitgehend beseitigen ließen, wird dieser Möglichkeit ein eigenes Kapitel gewidmet. Die Voraussetzungen zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung werden in Art 23 EuGVVO geregelt. Die Bestimmungen des österreichischen Rechts, nach welchen eine Gerichtsstandsvereinbarung für Verfahren nach dem AußStrG nicht zulässig sind, werden somit von der EuGVVO in ihrer Anwendbarkeit verdrängt.⁸⁰⁴ Nach der Rechtsprechung des EuGH kann eine Zuständigkeitsvereinbarung in der Satzung einer Aktiengesellschaft erfolgen, sofern dies im Einklang mit den Bestimmungen des anwendbaren nationalen Rechts steht. Ob nach österreichischem Recht eine Gerichtsstandsvereinbarung durch einen entsprechenden Beschluss in die Satzung

⁸⁰⁰ Vgl dazu Kapitel VIII.1.6.

⁸⁰¹ Vgl dazu Kapitel VIII.2.2.

⁸⁰² Vgl dazu Kapitel VIII.2.2.1.

⁸⁰³ Vgl dazu Kapitel VIII.2.2.2. und IV.3.1.3.

⁸⁰⁴ Vgl dazu Kapitel IX.1.

aufgenommen werden kann, ist nicht abschließend geklärt, wird vom Autor aber zumindest in den praktisch relevanten Fallkonstellationen im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung bejaht. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht würde ein Vorgehen gegen einen derartigen Beschluss durch die überstimmten Gesellschafter jedenfalls dann wider Treu und Glauben sprechen, wenn entweder der Gerichtsstand der beteiligten österreichischen Gesellschaft oder jener der künftigen SE vereinbart wird.⁸⁰⁵

- Die aufgezeigten Problemkreise werden anhand der SE-Verschmelzungsgründung einer österreichischen und einer deutschen Gesellschaft aus praktischer Sicht näher erläutert. Auch das deutsche Recht sieht die Möglichkeit einer nachträglichen Überprüfung des Umtauschverhältnisses in einem gesonderten Verfahren vor, jedoch nur für die Aktionäre einer übertragenden Gesellschaft.⁸⁰⁶ Zunächst ist die Vergleichbarkeit der deutschen Rechtslage mit der österreichischen zu prüfen⁸⁰⁷, ehe anhand von konkreten Fallbeispielen⁸⁰⁸ die tatsächliche Anwendbarkeit eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens geprüft werden kann. Die Untersuchungen haben gezeigt, dass es aufgrund der eingeschränkten Antragsberechtigung nach deutschem Recht zu sehr komplexen Fallkonstellationen bei der deutsch-österreichischen Verschmelzung kommen kann, sodass die Anwendbarkeit eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens – weder nach deutschem noch nach österreichischem Recht – nicht verallgemeinernd bejaht oder verneint werden kann.
- In der abschließenden Stellungnahme werden einige Gedanken aufgegriffen, die bislang – soweit ersichtlich – in der Literatur wenig Beachtung gefunden haben. Die Bedeutung des nachträglichen Überprüfungsverfahrens hängt sehr stark vom jeweils zu beurteilenden Sachverhalt ab, sodass eine generelle Aussage kaum möglich scheint. Ob überhaupt die Einholung der Zustimmung zum österreichischen Verfahren angestrebt werden soll und ob gegebenenfalls versucht werden soll, auch die Aktionäre der beteiligten ausländischen Gesellschaften miteinzubeziehen⁸⁰⁹, hängt wesentlich von der Aktionärsstruktur der Gründungsgesellschaften⁸¹⁰, der drohenden Gefahr von Anfechtungen⁸¹¹ und dem

⁸⁰⁵ Vgl dazu Kapitel IX.6.2.2.

⁸⁰⁶ Vgl dazu Kapitel X.2.1.

⁸⁰⁷ Vgl dazu Kapitel X.2.

⁸⁰⁸ Vgl dazu Kapitel X.3.1. und X.3.2.

⁸⁰⁹ Vgl dazu Kapitel XI.2.

⁸¹⁰ Vgl dazu Kapitel XI.1.1.

⁸¹¹ Vgl dazu Kapitel XI.1.2.

Vorgehen der österreichischen Gesellschaft⁸¹² ab. Schließlich gilt es auch noch im konkreten Fall zu klären, wie sich ein nachträgliches Überprüfungsverfahren im Vergleich zu einem sonst drohenden Anfechtungsverfahren auswirken könnte. Der Umstand, dass das Umtauschverhältnis bereits im Vorfeld verpflichtend durch einen unabhängigen Sachverständigen im Hinblick auf dessen Angemessenheit zu prüfen ist, wird in der Literatur zum Teil nur am Rande erwähnt.⁸¹³ Noch weniger Beachtung findet die, nach Ansicht des Autors, für die Praxis höchst relevante Verzichtsmöglichkeit des § 225d AktG. Die potentielle Gefahr von Nachzahlungen in nicht abschätzbarer Höhe kann durch die Einholung von Verzichtserklärungen, welche jedenfalls von den Hauptaktionären erteilt werden wird, bereits im Vorfeld eines Überprüfungsverfahrens auf einen Bruchteil reduziert werden.⁸¹⁴ Eine Beurteilung, ob das nachträgliche Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses im Vergleich zur Anfechtung – sowohl aus Sicht der beteiligten Gesellschaften als auch aus Sicht ihrer jeweiligen Aktionäre – die bessere Alternative darstellt, kann letztlich nur einzelfallbezogen erfolgen.

⁸¹² Vgl dazu Kapitel XI.3.

⁸¹³ Vgl dazu Kapitel XI.4.1.

⁸¹⁴ Vgl dazu Kapitel XI.4.2.

Literaturverzeichnis

Monographien/Kommentare

- Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften, Linde, Wien, 2006
- Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Springer, Berlin Heidelberg, 2011
- Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen, Manz, Wien, 2000
- Behrens*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach der Richtlinie 2005/56/EG (Verschmelzungsrichtlinie), Cuvillier Verlag, Göttingen 2007
- Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, Herbert Utz Verlag, München, 2008
- Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht, LexisNexis, Wien, lose Blattsammlung 2002 bis 2010
- Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht, LexisNexis, Wien, 2009
- Dauner-Lieb/Simon*, Kölner Kommentar zum UmwG, Carl Heymanns Verlag, 2009
- Drinhausen/Van Hulle/Maul*, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), Verlag C. H. Beck, München, 2007
- Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, LexisNexis, Wien, 2007
- Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, Manz, Wien, 2010
- Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², 1. Band, Manz, Wien, 2000
- Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen², 5. Band/1. Teilband, Manz, Wien, 2008
- Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2008
- Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, LexisNexis, Wien, 2008
- Fuchs*, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, Dissertation, Konstanz, 2004
- Fucik/Kloiber*, AußStrG, Manz, Wien, 2005
- Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2005
- Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht³, Verlag C. H. Beck, München, 2010
- Gröller*, Gesellschafterrechte im Rahmen der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Minderheitenschutzes, Dissertation, Wien, 1999
- Helbich/Wiesner/Bruckner*, Handbuch der Umgründungen, LexisNexis, Wien, lose Blattsammlung ab 2002

- Herb*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007
- Hüffer*, Aktiengesetz⁹, Verlag C. H. Beck, München, 2010
- Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, Manz [u.a.], Wien [u.a.], 1993
- Jabornegg/Strasser*, Aktiengesetz⁵, Manz, Wien, 2010
- Jannott/Frodermann*, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – Societas Europaea, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005
- Kallmeyer*, Umwandlungsgesetz⁴, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2010
- Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, Manz, Wien, 1997
- Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², Manz, Wien, 2010
- Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, Linde, Wien, 2004
- Kalss/Linder*, Minderheits- und Einzelrechte von Aktionären, Manz, Wien, 2006
- Kalss/Nowotny/Schauer*, FS Peter Doralt, Manz, Wien, 2004
- Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT Band II/1, Manz, Wien, 2006
- Kissi*, Unternehmenszusammenschlüsse nach österreichischem und deutschem Recht unter besonderer Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben, Dissertation, Wien, 2009
- Klicka/Oberhammer/Domej*, Außerstreitverfahren⁴, Manz, Wien, 2006
- Kozjol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB², Springer, Wien, 2007
- Kroat-Reder*, Die Gründung einer europäischen Aktiengesellschaft, Dissertation, Wien, 2003
- Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006
- Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main, 2011
- Lennerz*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2001
- Lind*, Die Europäische Aktiengesellschaft, NWV, Wien; Graz, 2004
- Linke*, Internationales Zivilprozessrecht⁴, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2006
- Lutter*, Umwandlungsgesetz⁴, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2009
- Lutter/Hommelhoff*, Die europäische Gesellschaft, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2005
- Lutter/Hommelhoff*, SE-Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008
- Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft², Nomos, Baden-Baden, 2010

- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Band 5, hrsg von *Goette/Habersack*, Verlag C. H. Beck, München, 2010
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³, Band 7, hrsg von *Goette/Habersack*, Verlag C. H. Beck, München, 2012
- Münchener Kommentar zum BGB⁵, Band 10, hrsg von *Säcker/Rixecker*, Verlag C. H. Beck, München 2010
- Münchener Kommentar zum BGB⁵, Band 11, hrsg von *Sonnenberger*, Verlag C. H. Beck, München 2010
- Oplustil/Teichmann*, The European Company – all over Europe, De Gruyter, Berlin, 2004
- Rechberger*, Kommentar zur ZPO³, Springer, Wien [u.a.], 2006
- Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁷, Manz, Wien, 2009
- Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, Manz, Wien, 2004
- Rummel*, ABGB Kommentar³, Manz, Wien, 2004
- Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁵, Verlag C. H. Beck, München, 2010
- Scheifele*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2004
- Schindler*, Die Europäische Aktiengesellschaft, LexisNexis, Wien, 2002
- Schindler/Stingl*, Cross-Border Mergers in CEE/SEE, LexisNexis, Wien, 2009
- Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, Umwandlungsgesetz - Umwandlungssteuergesetz⁵, Verlag C. H. Beck, München, 2009
- Schwarz*, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-VO), Verlag C. H. Beck, München, 2006
- Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz³, Verlag C. H. Beck, München, 2012
- Straube/Aicher*, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft, Verlag Österreich, Wien, 2006
- Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, De Gruyter, Berlin, 2006
- Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft², Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart, 2005
- Wepfner*, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010

Aufsätze

- Adensamer/Eckert*, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil I), GeS 2007, 95
- Adensamer/Eckert*, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil II), GeS 2007, 143
- Aigner*, Squeeze-out-Spaltung – Wird der VfGH die für die gerichtliche Überprüfung des Barabfindungsanbots vorgesehene Antragsschwelle zu Fall bringen?, AnwBl 2005, 182
- Bachner/Winner*, Das österreichische internationale Gesellschaftsrecht nach Centros (I), GesRZ 2000, 73
- Bayer/Schmidt*, Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – Eine kritische Stellungnahme, NZG 2006, 841
- Brandt*, Überlegungen zu einem SE-Ausführungsgesetz, NZG 2002, 991
- Brandt/Scheifele*, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DStR 2002, 547
- Bruckmüller*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, eastlex 2008, 13
- Brugger*, Das Überprüfungsverfahren nach der Verschmelzung, ecolex 1997, 501
- Bungert/Beier*, Die europäische Aktiengesellschaft, EWS 2002, 1
- Doralt/Mašurová*, Verschmelzungsvertrag und Verschmelzungsbeschluss im slowakischen Aktienrecht, eastlex 2007, 173
- Dvorák/Bohata*, Die Verschmelzungsrichtlinie für Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten und ihre Umsetzung in Tschechien, WiRO 2008, 107
- Eckert*, Internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO bei Kapitalgesellschaften, ecolex 2003, 76
- Eckert/Adensamer*, Umzug von Gesellschaften in Europa, insbesondere Wegzug österreichischer Gesellschaften ins Ausland, Ges 2004, 52
- Fida/Rieder*, Grenzüberschreitende Verschmelzung, ecolex 2007, 685
- Geyrhalter/Weber*, Transnationale Verschmelzungen im Spannungsfeld zwischen SEVIC System und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 2006, 146
- Grünwald*, Ausgewählte Zweifelsfragen rund um die aktienrechtliche Verschmelzung nach dem EU-GesRÄG, GesRZ 1997, 172
- Harrer*, Internationale Verschmelzungen, GesRZ 1995, 141
- Hommelhoff*, Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2001, 279
- Hügel*, Das neue Spaltungsgesetz und die Reform des Umgründungsrechts, ecolex 1996, 527
- Ibrig/Wagner*, Diskussionsentwurf für ein SE-Ausführungsgesetz, BB 2003, 969
- Inwinkel*, Das österreichische Recht grenzüberschreitender Verschmelzungen, ZfRV 2008, 69

- Kallmeyer*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen?, ZIP 1996, 535
- Kalss*, Das neue österreichische Verschmelzungsrecht nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 1995, 240
- Kalss*, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593
- Kaufmann*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem EU-Verschmelzungsgesetz, RdW 2008, 123
- Kaufmann/Patscheva*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen in Bulgarien, eastlex 2008, 8
- Kepplinger*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, zulässig – aber undurchführbar?, wbl 2000, 485
- Kiem*, Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im deutschen Umwandlungsgesetz, WM 2006, 1091
- Klein*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften, RNotZ 2007, 565
- Knöfel*, Kurzkomentar Handelsgericht Wien, Beschluss vom 14.10.2008 – 75 Fr 6292/08x, EWiR 2009, 51
- Koppensteiner*, Abfindung bei Aktiengesellschaften und Verfassungsrecht, JBl 2003, 707
- Koppensteiner*, Zur Grenzüberschreitenden Verschmelzung, GesRZ 2006, 111
- Leible/Hoffmann*, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, 925
- Meilike*, Erste Probleme mit § 16 SpruchG, NZG 2004, 547
- Mock*, Spruchverfahren im europäischen Zivilverfahrensrecht, IPRax 2009, 271
- Müller*, Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 81
- Nießén*, Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441
- Obradovic*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen in Kroatien, GeS 2009, 368
- Oechsler*, Die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, NZG 2006, 161
- Paintner*, Slowenien: Gesetz vom 4.4.2006 über die Wirtschaftsgesellschaften – Teil 3: Societas Europaea (SE), WiRO 2007, 305
- Priemayer*, Neues zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, ecolx 2005, 820
- Ratka*, Behördliche Kontroll- und Einspruchsrechte im Zuge der Gründung und Sitzverlegung einer Societas Europaea (SE), ZFR 2007, 15
- Ratka/Rauter*, Verschmelzungsgründung und Folgeverschmelzungen einer Europäischen Aktiengesellschaft, GesRZ 2006, 55
- Reich-Rohrwig*, Verschmelzung nach der RV zum EU-GesRÄG, ecolx 1996, 258

- Reich-Robrnig*, VfGH: Nicht verhältnismäßige Spaltung – Mindestbeteiligung für Antrag auf Überprüfung der angebotenen Barabfindung verfassungswidrig, *ecolex* 2005, 625
- Schäfer*, Das Gesellschaftsrecht (weiter) auf dem Weg nach Europa – am Beispiel der SE-Gründung, *NZG* 2004, 785
- Schindler*, Vor einem Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, *ecolex-script* 2003/26
- Siems*, SEVIC: Der letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschaftsrecht der EU?, *EuZW* 2006, 135
- Simon/Rubner*, Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht, *Der Konzern* 2006, 835
- Teichmann*, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, *ZGR* 2002, 383
- Teichmann*, Minderheitenschutz bei der Gründung und Sitzverlegung der SE, *ZGR* 2003, 367
- Tichy*, Grenzen des verschmelzungsrechtlichen Ausgleichsanspruchs, *RdW* 1997, 327
- Torggler*, Zweifelsfragen bei der Verschmelzung zu einer SE, *wbl* 2006, 49
- Torggler/Torggler*, Zur Überprüfung der Barabfindung (§ 9 Abs 2, § 11 SpaltG iVm §§ 225c ff AktG), *wbl* 2001, 193
- Veil*, Kollisionsrechtliche und sachrechtliche Lösungen für eine Verschmelzung und eine Spaltung über die Grenze, *Der Konzern* 2007, 98
- Vetter*, Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG, *AG* 2006, 613
- Wagner*, Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, *NZG* 2002, 985
- Wabl/Jeraj/Knaus*, Slowenien: Verschmelzung aus gesellschafts- und steuerrechtlicher Sicht, *eastlex* 2007, 113
- Weppner*, Internationale Zuständigkeit für die spruchverfahrensrechtliche Durchsetzung von Zuzahlungs- und Barabfindungsansprüchen bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, *RIW* 2011, 144
- Weyer*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das nationale Zivilverfahren – Verpflichtung der nationalen Zivilgerichte zur Anwendung der Art. 81, 82 EGV, *EuR* 2000, 145
- Winter/Nießen*, Amtsermittlung und Beibringung im Spruchverfahren, *NZG* 2007, 13

Gesetzesmaterialien

- Begr. RegE z. SEEG, BT-Drucks. 15/3405
- ErläutRV zum EU-GesRÄG 1996: 32 BlgNR 20. GP
- ErläutRV zum GesRÄG 2004: 466 BlgNR 22. GP
- ErläutRV zum GesRÄG 2007: 171 BlgNR 23. GP

Rechtsprechung

HG Wien, 14.10.2008, 75 Fr 6292/08x, IPRax 2009, 265

OLG Wien, 29.04.2008, 28 R 177/07s, GesRZ 2009, 49

OLG Wien, 28 R 146/10m, Antrag auf Aufhebung des § 225c Abs 3 Z 2 AktG wegen Verfassungswidrigkeit beim VfGH, GesRZ 2011, 50

OGH 13.07.1995, 6 Ob 570/94

OGH 13.09.2001, 6 Ob 170/01w, Ausmaß der Vertretungsbefugnis des gemeinsamen Vertreters nach § 225f AktG, wbl 2002, 179

OGH 20.03.2003, 6 Ob 283/02i, GesRZ 2003, 161

OGH 23.10.2003, 6 Ob 213/03x, Gremium zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses – Verfahren und Akteneinsicht, wbl 2004, 295

OGH 29.04.2004, 6 Ob 43/04y

OGH 08.05.2008, 6 Ob 232/07x

OGH 18.02.2010, 6 Ob 221/09g, GeS 2010, 21

VfGH 16.06.2005, G 129/04 ua.

VfGH 21.11.2011, G 175/10-12

EuGH 06.10.1976, C-14/76 - *De Bloos/Bouyer*

EuGH 16.12.1976, 33/76 - *Rene*

EuGH 13.11.1979, C-25/79 - *Sanicentral/René Collin*

EuGH 22.03.1983, C-34/82 - *Peters/ZNAV*

EuGH 08.12.1987, 144/86 - *Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo*

EuGH 11.06.1991, C-251/89 - *Athanasopoulos u.a.*

EuGH 10.03.1992, C-214/89 - *Powell Duffryn*

EuGH 06.12.1994, C-406/92 - *Tatry*

EuGH 14.12.1995, C-312/93 - *Peterbroeck*

EuGH 19.05.1998, C-351/96 - *Drouot assurances*

EuGH 09.03.1999, C-212/97 - *Centros*

EuGH 19.02.2002, C-256/00 - *Besix*

EuGH 05.11.2002, C-208/00 - *Überseering*
EuGH 08.05.2003, C-111/01 - *Gantner Electronic*
EuGH 30.09.2003, C-167/01 - *Inspire Art*
EuGH 09.12.2003, C-116/02 - *Gasser*
EuGH 13.12.2005, C-411/03 - *Sevic*
EuGH 02.10.2008, C-372/07 - *Hassett und Doherty*
EuGH 16.12.2008, C-210/06 - *Cartesio*
EuGH 12.05.2011, C-144/10 - *Berliner Verkehrsbetriebe*
EuGH 20.10.2011, C-94/10 - *Danfoss A/S*

Abstract

Deutsch

Schlagwörter: *Societas Europaea, grenzüberschreitende Verschmelzung, Verschmelzungsgründung, Kollisionsrecht, Minderheitsrechte, Umtauschverhältnis, internationale Zuständigkeit, formelles Recht, materielles Recht, Gerichtsstandsvereinbarung*

Die Festlegung eines angemessenen Umtauschverhältnisses der Anteile bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften stellt das wesentlichste Kernelement des Verschmelzungsbeschlusses dar. Der Bemessung liegen Unternehmensbewertungen zugrunde, die jedoch kein exaktes Ergebnis liefern können, sodass es in diesem Bereich häufig zu Meinungsverschiedenheiten kommt. Da die Anfechtung des Verschmelzungsbeschlusses durch einzelne Aktionäre jedoch mit erheblichen Nachteilen für die beteiligten Gesellschaften verbunden wäre, untersagt § 225b AktG die Einbringung einer Anfechtungsklage alleine aus dem Grund der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses. Anstelle des Anfechtungsrechtes gewähren die §§ 225c ff AktG den Aktionären ein besonderes nachgeschaltetes Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses, das erst nach Eintragung der Verschmelzung gegen die aufnehmende oder neu gegründete Gesellschaft eingeleitet werden kann. Damit wird sichergestellt, dass der Verschmelzungsvorgang nicht durch Anfechtungen wegen Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses verzögert werden kann.

Für die Gründung einer SE durch Verschmelzung legt Art 25 Abs 3 SE-VO fest, dass ein nachträgliches Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses nur dann zur Anwendung kommt, wenn entweder die Rechtsordnung der beteiligten ausländischen Gesellschaft ebenfalls ein derartiges Verfahren kennt oder die beteiligte ausländische Gesellschaft ausdrücklich akzeptiert, dass die Aktionäre der betreffenden Gesellschaft auf ein solches Verfahren zurückgreifen können.

Diese rechtswissenschaftliche Dissertation untersucht, unter welchen Voraussetzungen das spezielle Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses gemäß den §§ 225c ff AktG bei der Gründung einer SE zur Anwendung kommt und welche Probleme dabei auftreten können. Die behandelten rechtlichen Themen sind weit gestreut und setzen bereits bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen an. Darüber hinaus werden insbesondere auftretende gesellschaftsrechtliche, zivilverfahrensrechtliche und europarechtliche Fragen detailliert behandelt. Daneben wird aber auch durchaus kritisch auf die praktische

Relevanz einzelner Bestimmungen eingegangen. Schließlich werden die zunächst theoretisch erarbeiteten Grundlagen anhand von Fallbeispielen anschaulich und praxisnahe im Detail dargestellt.

English

Keywords: *Societas Europaea, cross-border merger, formation by merger, conflict-of-law rules, minority rights, share-exchange ratio, international jurisdiction, procedural law, substantive law, prorogation of jurisdiction*

The determination of a fair exchange ratio of the shares in the case of merger of stock companies is the key component of the merger resolution. The determination is based on business valuations which cannot deliver a definite result, which often leads to disputes in this key point. The legal challenge of the merger resolution by individual shareholders would have detrimental effects on the companies involved in the merger. Section 225b AktG prohibits the shareholders from bringing actions for rescission of the merger resolution which are based solely on an inadequate share exchange ratio. Instead of the right to bring an action for rescission of the merger resolution sections 225c et seq AktG provide a special ex post procedure to scrutinise the exchange ratio, which can only be initiated after the registration of the merger against the surviving or the new formed company. This ensures that the merger procedure cannot be delayed by challenges of shareholders against the exchange ratio.

As far as the formation of an SE by merger is concerned, Art 25 para 3 SE-Reg stipulates that an ex post procedure to scrutinise the share-exchange ratio shall apply only if either the legal order of the other merging companies provide such procedure or the other merging companies explicitly accept the shareholders' option to apply such procedure.

This jurisprudential dissertation investigates which conditions have to be fulfilled in order that the special procedure to scrutinise the exchange ratio according to the sections 225c et seq AktG can be applied in case of formation of an SE by merger and which issues could appear in this context. The investigated legal issues are broadly spread and begin with the determination of the applicable law in case of cross-border mergers. In addition, arising questions, especially as far as corporate law, civil procedural law and European law are concerned are discussed in detail. Moreover, the practical relevance of some legal requirements are examined in detail in a critical way. Finally, the theoretically explained principles are clarified very accurately and practically on the basis of case studies.

Lebenslauf

Persönliche Daten

Name: Daniel REITER
Titel: Magister iuris
Geburtsdatum: 17.01.1988
Geburtsort: Melk
Staatsbürgerschaft: Österreich
Familienstand: ledig
Kontakt: reiter.daniel@gmx.at

Schulbildung

09/1994 – 06/1998 Volksschule in Maria Taferl
09/1998 – 06/2006 Gymnasium in Wieselburg
06/2006 Matura

Universitäre Ausbildung

10/2006 – 03/2010 Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität
Wien
03/2010 Mag. iur.
seit 03/2010 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der
Universität Wien

Berufliche Erfahrung

07/2009 – 09/2009 Juristischer Mitarbeiter in der Kanzlei Hügel Schrittmesser
Rechtsanwälte
10/2009 – 06/2010 Juristischer Mitarbeiter in der Kanzlei bpv Hügel
Rechtsanwälte OG
10/2010 – 06/2011 Gerichtspraxis im Sprengel des Oberlandesgerichtes Wien
seit 08/2011 Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei bpv Hügel
Rechtsanwälte OG