



Bundesministerium für  
Verfassung, Reformen,  
Deregulierung und Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

BUNDESARBEITSKAMMER  
PRINZ EUGEN STRASSE 20-22  
1040 WIEN  
wien.arbeiterkammer.at  
DVR 0063673  
ERREICHBAR MIT DER LINIE D

Ihr Zeichen      Unser Zeichen      Bearbeiter/in      Tel **501 65**      Fax **501 65**      Datum  
BMVRDJ-      WP-GSt/Ga/Mu      Helmut Gahleitner      DW 12550      DW 142532      01.06.2018  
Z10.0008-I  
3/2018

## Gesellschaftsrechts-Paket der Europäischen Kommission (Company Law Package)

Die Bundesarbeitskammer (BAK) dankt für die Übermittlung des von der Europäischen Kommission (EU-Kommission) am 25.04.2018 – nach mehrmaligen Verschiebungen – vorgestellten Gesellschaftsrechts-Pakets. Konkret enthält das Paket zwei Änderungsvorschläge zu der Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (2017/1132): Zum einen den Vorschlag über den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht (Digitalisierung im Gesellschaftsrecht), zum anderen einen Vorschlag bezüglich grenzüberschreitender Umwandlungen (Satzungssitzverlegung), Verschmelzungen und Spaltungen (Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität).

Zu den angeführten Richtlinienentwürfen nimmt die BAK wie folgt Stellung:

### A) **Grenzüberschreitende Umwandlungen bzw. Satzungssitzverlegungen, Verschmelzungen, Spaltungen**

#### **Grundsätzliches**

In der Vergangenheit haben die Europäischen Institutionen (Kommission, Rat, Parlament, EuGH) mit dem Hinweis auf die Niederlassungsfreiheit Unternehmen immer mehr gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsspielraum eingeräumt. Zuletzt hat der EuGH im Herbst 2017 in der sogenannten „Polbud-Entscheidung“ (C-106/16) das „Regime-shopping“ befeuert, indem er eine Satzungssitzverlegung für grundsätzlich zulässig erklärte, selbst dann, wenn sie isoliert und ohne wirtschaftliche Tätigkeit im Zielland erfolgt. Das Ergebnis dieser Politik ist offen-

sichtlich: Viele tausend Briefkastenfirmen in Europa, die indirekte Unterstützung von aggressiven Steuervermeidungsmodellen multinationaler Unternehmen sowie eine zunehmende Aushöhlung von sozialen Rechten (Umgehung arbeitsrechtlicher Vorschriften oder Mitbestimmungsrechten).

Der EuGH hat aber auch in der „Polbud-Entscheidung“ die europäischen Institutionen insofern dazu aufgerufen, grenzüberschreitende Sachverhalte im Gesellschaftsrecht – wie etwa die grenzüberschreitende Satzungs- oder Registersitzverlegung – zu regulieren, als er in seiner Entscheidung ausführt, dass die Niederlassungsfreiheit beschränkt werden darf, wenn dies aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Als schützenswerte Interessen werden ausdrücklich jene von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und ArbeitnehmerInnen der wegziehenden Gesellschaft genannt.

Die BAK begrüßt, dass die EU-Kommission im vorgestellten Gesellschaftsrechts-Paket auf die einleitend aufgezeigten negativen Entwicklungen hinweist und erstmals die Notwendigkeit einer europäischen Regulierung der grenzüberschreitenden Unternehmensmobilität betont. Künftig sollen die Rechte der ArbeitnehmerInnen – insbesondere Beschäftigung und Mitbestimmung – und der Gläubiger besser geschützt und gesellschaftsrechtliche „Kunstkonstrukte“ zur Steuervermeidung eingeschränkt werden. Der vorliegende Richtlinienentwurf ist ein erster Schritt in die richtige Richtung, es müssen aber noch weitere Schritte gesetzt und offensichtliche Defizite beseitigt werden, wenn es darum geht, Unternehmensmobilität fair zu gestalten.

Wenngleich das Bemühen der EU-Kommission anerkannt wird, die soziale Dimension bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen stärker zu berücksichtigen, darf nicht übersehen werden, dass die Vorschläge der EU-Kommission dennoch primär das Ziel verfolgen, die Unternehmensmobilität in der Europäischen Union stärker zu fördern und weiter auszubauen. Die vorgelegten Richtlinienentwürfe stellen auch keinen Paradigmenwechsel in Richtung einer verstärkten Stakeholder orientierten Unternehmenspolitik dar. Die EU-Kommission verfolgt weiterhin eine starke neoliberale Ausrichtung – dafür gibt es viele Beispiele: So hat die EU-Kommission weder den in der Verordnung zur Europäischen Aktiengesellschaft (SE-Verordnung) verankerten Grundsatz der Sitzeinheit von Satzungs- und Verwaltungssitz aufgegriffen, noch die Problematik des Einfrierens, Umgehens oder Abstreifens der Mitbestimmung ernsthaft in Angriff genommen. Denn hierfür wäre es notwendig gewesen, die vom Europäischen Gewerkschaftsbund und von den nationalen ArbeitnehmerInnen-Interessenvertretungen geforderte Rahmenrichtlinie zur Unternehmensmitbestimmung vorzulegen. Hingegen hat die EU-Kommission die grenzüberschreitende Spaltung in das Gesellschaftsrechts-Paket aufgenommen, obwohl sich die Interessenvertretungen der ArbeitnehmerInnen im Rahmen der Konsultation gegen eine solche Richtlinie ausgesprochen haben. Die grenzüberschreitende Spaltung schafft insbesondere im steuerrechtlichen Bereich neue und zusätzliche Gestaltungsspielräume. Es ist daher ernsthaft zu befürchten, dass letztlich multinationale Unternehmen noch einfacher ihre aggressiven Steuervermeidungsmodelle umsetzen können.

Vor diesem Hintergrund hält die BAK weiterhin ihre zentralen Forderungen betreffend die Verankerung der Sitzeinheit analog zur SE-Verordnung sowie nach einer Rahmenrichtlinie zur Unternehmensmitbestimmung aufrecht. Darüber hinaus bedarf es notwendiger Verbesserungen und Klarstellungen im vorliegenden Entwurf, sowohl bei den klassischen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen als auch bei der Unternehmensmitbestimmung, um letztlich eine faire Gestaltung der Unternehmensmobilität zu gewährleisten.

## Zu den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen

Die Richtlinie regelt erstmals die grenzüberschreitende Umwandlung (Sitzverlegung) und die grenzüberschreitende Spaltung. Die EU-Kommission hat sich bei beiden Vorhaben zum Ziel gesetzt, künftig gesellschaftsrechtliche Konstrukte einzuschränken, die entweder der Steuer-  
vermeidung dienen oder die Rechte und Ansprüche der ArbeitnehmerInnen, Gläubiger und Minderheitsgesellschafter beeinträchtigen. Nachfolgende Anmerkungen sollen zeigen, dass der Entwurf diesbezüglich noch äußert unausgereift ist und keinesfalls sicherstellt, dass die von der EU-Kommission angesprochenen Fehlentwicklungen der letzten Jahre (Briefkastenfirmen, Aushöhlung der ArbeitnehmerInnenrechte, Steuervermeidung) durch die vorgestellte Richtlinie eingedämmt werden.

### Art. 86c bzw. Art. 160d

Art. 86c bzw. Art. 160d sind die zentralen Bestimmungen, die es ermöglichen sollen, Fehlentwicklungen der letzten Jahre hintanzuhalten. In der englischen Fassung (nur diese liegt bislang vor) heißt es in Art. 86c (und in 160d für die Spaltung inhaltlich gleichlautend):

„Member States shall ensure that the competent authority of the departure Member State shall not authorise the cross-border conversion where it determines, after an examination ..., that it constitutes an artificial arrangement aimed at obtaining undue tax advantages or at unduly prejudicing the legal or contractual rights of employees, creditors or minority members.“

Bereits die Frage, was unter Steuervermeidung zu verstehen ist, ist aus dem Richtlinien-vorschlag nicht zu beantworten. So lässt sich aus der verwendeten Formulierung „obtaining undue tax advantages“ nicht schließen, an welche Fallkonstruktionen hierbei gedacht ist. Fallen auch aggressive Steuervermeidungsmodelle multinationaler Konzerne darunter, oder müssen die Steuervorteile dezidiert unrechtmäßig – im Sinne von ungesetzlich – sein, um erfasst zu werden? Je nach Auslegung sind hier weite Interpretationen möglich. Die Erläuterungen sind diesbezüglich ohne Aussagekraft. Auch die anderen Tatbestände „Beeinträchtigung der Rechte und Ansprüche von Belegschaft, Gläubiger oder Minderheitseigentümer“ sind weder definiert noch anhand von Fallkonstruktionen erläutert und lassen damit einen weiten Ermessensspielraum zu.

Ähnlich verhält es sich mit einem weiteren zentralen Begriff im Zusammenhang mit der beabsichtigten Missbrauchsprävention. Die EU-Kommission führt den Begriff „artificial arrangement“ oder „künstliche Konstruktionen“ ein, ohne diesen in Art. 86b bzw. 160b (Definitionen) näher zu definieren. Auch in den erläuternden Bemerkungen werden keine Fallbeispiele genannt, die den Begriff veranschaulichen könnten. Dies ist umso schwerwiegender, als das Vorliegen eines „artificial arrangement“ Voraussetzung für die Möglichkeit der Untersagung einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung oder Spaltung ist. Nach Auffassung der BAK sind zwingend Indikatoren bzw. Kriterien zu erarbeiten, die eine Präzisierung dieses Begriffs ermöglichen. In diesem Zusammenhang wird auf die Richtlinie des Rates zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken verwiesen, die hierfür Anhaltspunkte liefern kann (RL 2016/1164). Jedenfalls sind Briefkastenfirmen als Fallgruppe explizit zu erwähnen, die vorwiegend gesellschaftsrechtliche „Kunstkonstrukte“ sind und dem Grunde nach keiner wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen.

**Zu Art. 86g und Art. 86n bzw. Art. 160i und Art. 160p**

Eine Schlüsselrolle bei der Prüfung, ob und inwieweit die Sitzverlegung bzw. Spaltung missbräuchlich erfolgen würde („artificial arrangement“), kommt dem von der zuständigen Behörde (in Österreich voraussichtlich der/die Firmenbuchrichter/in) bestellten unabhängigen Sachverständigen zu. Dieser soll u.a. die Unterlagen des Unternehmens zur Sitzverlegung bzw. Spaltung (Sitzverlegungs- bzw. Spaltungsplan, Stellungnahmen des Managements) auf – wie in der englischen Fassung erwähnten – „accuracy“ prüfen und darüber einen schriftlichen Bericht erstatten.

Aus Sicht der BAK sind die Ausführungen hierzu äußerst unklar und bedürfen noch eingehender Diskussionen. So stellt sich etwa die Frage, ob der bestellte Sachverständige die Unterlagen nur auf Vollständigkeit prüft, oder ob er auch eine inhaltliche Plausibilitätsprüfung und Bewertung der vorgelegten Unterlagen vornimmt. Eine reine Befundaufnahme erscheint jedenfalls nicht zielführend – und schon gar nicht ausreichend.

Der unabhängige Sachverständige hat darüber hinaus eine Vielzahl von Indikatoren über die Niederlassung im Zielland zu erheben, wie etwa Umsatz, Anzahl der Beschäftigten, Gliederung der Bilanz, steuerrechtlicher Sitz etc. Eine Beurteilung darüber, ob und inwieweit aufgrund der ermittelten Indikatoren im Zielland tatsächlich eine wirtschaftliche Tätigkeit stattfindet („real seat“), oder ob es sich um ein „artificial arrangement“ handeln würde, soll der Sachverständige – obwohl er Expertenstellung hat und als Hilfsorgan der zuständigen Behörde tätig ist – anscheinend nicht vornehmen. Nach dem vorliegenden Entwurf soll dies allein von der zuständigen Behörde im Rahmen einer vertieften Prüfung erfolgen, und nur dann, wenn „schwerwiegende Bedenken“ bestehen.

Diese Vorgangsweise erscheint sehr praxisfern. Denn aller Voraussicht nach wird die zuständige Behörde im Regelfall auf Grundlage des Sachverständigenberichts über die Ausstellung der Vorabbescheinigung – und somit ausschließlich darauf basierend – entscheiden, ob ein „künstliches Konstrukt“ vorliegt. Eine vertiefte Prüfung ohne Beiziehung des Sachverständigen erscheint keinesfalls zielführend. Aus Sicht der BAK muss daher die Rolle des Sachverständigen, seine inhaltliche Aufgabe sowie das Zusammenwirken des Sachverständigen mit der zuständigen Behörde noch grundsätzlich überarbeitet werden. Es fehlen außerdem Fristen in Bezug auf die Fertigstellung und Übermittlung des Sachverständigenberichts an die Behörde.

Im Rahmen der Überarbeitung dieser zentralen Bestimmung fordert die BAK nachfolgende Änderungen vorzunehmen:

- Keine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Art. 86g bzw. Art. 160i für kleine und Mikrounternehmen: Holding-Konstruktionen sowie Unternehmen in den Branchen Baugewerbe und Transport würden aufgrund ihrer Größe regelmäßig keiner Prüfung durch den unabhängigen Sachverständigen unterliegen, obwohl gerade die genannten Bereiche zu den Risikogruppen in Zusammenhang mit der Bildung eines „artificial arrangement“ zählen. Außerdem würden Briefkasten-Konstrukte vorneweg dem Sachverständigen entzogen, weil diese die für die Prüfung notwendige Beschäftigungsschwelle von mehr als 50 Beschäftigten niemals überschreiten.
- Die präventive Missbrauchskontrolle durch einen unabhängigen Sachverständigen muss auch die grenzüberschreitende Verschmelzung einbeziehen, um Umgehungskonstruktionen hintanzuhalten.

- Aufgrund der Schlüsselrolle des Sachverständigen ist es erforderlich, dass dieser in Aufbereitung seines Berichts an die Behörde verpflichtet ist, bereits im Vorfeld Stellungnahmen von relevanten interessierten Dritten einzuholen, diese in seine inhaltliche Bewertung einzubeziehen und die Stellungnahmen Dritter im Anhang seines Berichtes beizufügen. Einzubinden sind jedenfalls die Finanzbehörden, die Sozialversicherung sowie die Sozialpartner des Wegzugsstaates. Das gleiche gilt für den Fall einer vertieften Prüfung.
- Weiters muss sichergestellt sein, dass Informationen von Seiten der ArbeitnehmerInnenvertretung bzw. von Beschäftigten, vom Sachverständigen sowie von der zuständigen Behörde vertraulich zu behandeln sind, um etwaige Repressionen von Unternehmensseite auszuschließen.
- Zur Gewährleistung größtmöglicher Transparenz ist der Sachverständigenbericht zur Gänze offenzulegen. Von der Behörde als Geschäftsgeheimnisse anerkannte Informationen sind zu schwärzen. Strikt abgelehnt wird der Kommissionsvorschlag, dass der Sachverständige ein „gesondertes Schriftstück“ mit vertraulichen Angaben ausschließlich für die Behörde und die Gesellschaft vorlegen kann.
- Der Zeitrahmen von zwei Monaten für die Bestellung des Sachverständigen und Erstellung des Sachverständigenberichts ist deutlich zu kurz und lässt keine ordnungsgemäße Prüfung durch den Sachverständigen zu. Es bedarf hier einer deutlichen Ausweitung des Zeitrahmens auf zumindest vier Monate.

#### **Zu Art. 86k bzw. Art. 160m**

Grenzüberschreitende Umstrukturierungen dürfen keinesfalls die berechtigten Forderungen der Gläubiger beeinträchtigen. Die zur Sicherstellung der Gläubigeransprüche angedachten Maßnahmen sind noch ausführlich zu diskutieren. Kritisch wird seitens der BAK der Vorschlag gewertet, dass eine Erklärung des Managements im Rahmen des Sitzverlegungs- bzw. Spaltungsplanes (Art. 86k) über die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens grundsätzlich als Sicherheit genügen sollte und weitere Sicherstellungen (z.B. Bürgschaften von dritter Seite) einen Antrag von nicht zufriedengestellten Gläubigern bei der Behörde bedürfen.

#### **Zu Art. 86m bzw. Art. 160o und Art. 86p bzw. Art. 160r**

Aus Sicht der BAK muss der Behörde des Wegzugsstaates im Rahmen der Ausstellung der Vorabbescheinigung eine stärkere Position hinsichtlich der ArbeitnehmerInnen-Mitbestimmung eingeräumt werden. Demnach hat der Wegzugsstaat im Rahmen der Ausstellung der Vorabbescheinigung zu überprüfen und sicherzustellen, dass die Mitbestimmungsrechte gemäß Art. 86l bzw. 160n erfüllt sind. Ein Hinweis im Umwandlungsplan bzw. im Spaltungsplan, dass ein Verfahren zur Mitbestimmung stattfindet, kann nicht für die Ausstellung der Vorabbescheinigung genügen.

Üblicherweise wird sich die Mitbestimmung an der SE-Regelung orientieren, da einer der in Art. 86l oder Art. 160n angeführten Fälle gegeben sein wird. In diesem Fall ist aber für die Beurteilung, ob die Voraussetzungen für die Mitbestimmung erfüllt sind, die Regelung der Mitbestimmung vor der Umwandlung bzw. Spaltung von Relevanz. Dies sollte durch den sachlich näheren Wegzugsstaat erfolgen. Erfolgt diese Beurteilung durch das Zielland, dann besteht die Gefahr, dass durch eine falsche Beurteilung eine Eintragung erfolgt und die Mitbestimmungsrechte unbeachtet bleiben.

Die BAK fordert daher, dass die zuständige Behörde des Wegzugsstaates und nicht – wie im gegenständlichen Entwurf vorgesehen – die Behörde des Ziellandes, sicherstellt, dass vor der Ausstellung der Vorabbescheinigung (Pre-conversion certificate bzw. Pre-division certificate) die Mitbestimmungsrechte der ArbeitnehmerInnen gesichert sind.

Eine vertiefte Prüfung ist bereits einzuleiten, wenn Grund zur Annahme – und nicht erst bei „schwerwiegenden Bedenken“ – besteht, dass es sich um eine „künstliche Konstruktion“ handelt.

Der Zeitrahmen von einem Monat (Abs. 7) ermöglicht keinesfalls eine sachgerechte Missbrauchsprüfung. Gefordert wird eine deutliche Ausweitung des Zeitrahmens auf zumindest zwei Monate. Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle im Wettbewerbsrecht sind noch deutlich längere Prüfungszeiten vorgesehen.

## **Zur ArbeitnehmerInnenmitbestimmung**

### **Grundsätzliches**

Aktuell ist die Mitbestimmung auf europäischer Ebene im Zusammenhang mit der Gründung der Europäischen Gesellschaft, der Europäischen Genossenschaft und der grenzüberschreitenden Verschmelzung geregelt. Darüber hinaus gibt es bislang keine europäischen Standards für die Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Vorgängen im Bereich des Gesellschaftsrechts.

Spätestens seit der Entscheidung des EuGHs in der Rechtssache „Polbud“ vom 25.10.2017, durch welche künftig die Mitbestimmungsrechte noch leichter umgangen werden können, besteht dringender Handlungsbedarf, damit vor dem Hintergrund der europäischen Niederlassungsfreiheit diese nicht auf der Strecke bleiben.

Die Regelungen zur Mitbestimmung bei der grenzüberschreitenden Umwandlung (Art. 86l) und bei der grenzüberschreitenden Spaltung (Art. 160n) orientieren sich im Wesentlichen an der Regelung über die Europäische Gesellschaft (SE). Dies ist grundsätzlich zu begrüßen. Die SE-Regelung mit ihrem Vorher-Nachher Prinzip hat jedoch einen gravierenden Schwachpunkt: Sie stellt bei der Mitbestimmung nur auf den Zeitpunkt der Gründung der SE ab. Gab es vor der Umwandlung eines Unternehmens in eine europäische Gesellschaft keine Mitbestimmung, so gilt der Grundsatz, dass es auch danach keine geben muss. Diese Grundregel wird auch als „Einfrieren der Mitbestimmung“ bezeichnet.

Gesellschaften existieren jedoch in der Regel nicht bloß einige Monate, sondern Jahre bzw. Jahrzehnte. Wesentliche Änderungen nach der Gründung – etwa das Erreichen von bestimmten Schwellenwerten, die eine Mitbestimmung auslösen würden – müssen daher auch bei der Frage der Mitbestimmung berücksichtigt werden. Es ist daher ein dynamisches Element erforderlich, das Veränderungen nach der Gründung entsprechend berücksichtigt.

## **Zu den einzelnen Bestimmungen**

### **Art. 86l bzw. Art. 160n**

Um das „Einfrieren der Mitbestimmung“ hintanzuhalten, ist vorgesehen, dass nicht auf den jeweiligen nationalen Schwellenwert, sondern auf 4/5 des Schwellenwertes abgestellt wird. Im

Sinne der Mitbestimmung ist diese Neuregelung zwar ein Fortschritt, allerdings besteht die Gefahr, dass sich das Einfrieren bloß nach vor verlagert. Die grenzüberschreitende Umwandlung wird daher womöglich nicht kurz vor dem Erreichen des Schwellenwertes erfolgen, sondern bereits kurz vor Erreichen von 4/5 des Schwellenwertes. Bei Spaltungen sind Umgehungen noch leichter möglich.

Jedenfalls muss die 4/5-Regelung auch für „Auffanglösungen“ zur Anwendung kommen. Es ist wenig sinnvoll, wenn 4/5 des Schwellenwertes die Verhandlungen auslösen, aber dies nicht auch bei der Auffangregelung Berücksichtigung findet.

Beispiel:

Eine österreichische GmbH beschäftigt 260 ArbeitnehmerInnen. 4/5 des Schwellenwertes von 300 ArbeitnehmerInnen sind daher erreicht und es kommt zu Verhandlungen über die Mitbestimmung. Würde die Auffangregelung in einem solchen Fall nicht vorsehen, dass bei Scheitern der Verhandlungen die Mitbestimmung zur Anwendung kommt, dann wäre die 4/5-Regelung praktisch wirkungslos.

Aus Sicht der BAK muss im Rahmen dieses Gesellschaftsrechts-Paketes ein wirklich dynamisches Element in der Form eingeführt werden, dass bei Überschreiten des Schwellenwertes innerhalb eines bestimmten Zeitraumes (ca. 3-5 Jahre) ein Nachverhandlungsanspruch begründet werden kann (mit neuer Auffangregelung).

#### **Zu Art. 86I Paragraf 2 lit. (b) bzw. Art. 160n Paragraf 2 lit. (b)**

Diese Ausnahme betrifft den Fall, dass das Zielland für ArbeitnehmerInnen in Zweigniederlassungen bzw. Betrieben (establishments), die in anderen Mitgliedstaaten angesiedelt sind, nicht die gleichen Mitbestimmungsrechte wie für die ArbeitnehmerInnen des Ziellandes selbst vorsieht. Anhand des nachfolgenden Beispiels soll dargelegt werden, dass nicht nur die Betriebe, sondern auch die Tochtergesellschaften einbezogen werden müssen.

Beispiel:

Eine österreichische Muttergesellschaft hat einen Aufsichtsrat mit vier ArbeitnehmervertreterInnen, wobei drei aus Tochtergesellschaften gemäß § 110 Abs. 6 ArbVG entsendet werden. Die Muttergesellschaft wechselt die Rechtsform und verlegt den Sitz in einen anderen Mitgliedstaat X, wobei ein Teil des Betriebes der Muttergesellschaft in Österreich verbleibt. Die Tochtergesellschaften verbleiben ebenfalls in Österreich. Das nationale Recht des Mitgliedstaates X sieht das gleiche Niveau der Mitbestimmung wie in Österreich vor (Art. 86I Paragraf 2 lit. (a) bzw. Art. 160n Paragraf 2 lit. (a)) und gewährt den ArbeitnehmerInnen des in Österreich verbleibenden Betriebes der Muttergesellschaft die gleichen Mitbestimmungsrechte, wie jenen ArbeitnehmerInnen, die im Zielland X beschäftigt sind. Den ArbeitnehmerInnen der Tochtergesellschaften werden jedoch keine Mitbestimmungsrechte eingeräumt.

Unklar ist auch, was unter „the same entitlement“ gemeint ist. Es sollte eine Klarstellung dahingehend erfolgen, dass nicht nur die „gleichen Rechte“, sondern auch eine aliquote Beteiligung gemeint ist. Auch hierzu ein Beispiel zum besseren Verständnis der Forderung.

Beispiel:

Eine österreichische Gesellschaft hat einen Aufsichtsrat mit vier ArbeitnehmervertreterInnen. Diese Gesellschaft wechselt die Rechtsform und verlegt den Sitz in einen anderen Mitgliedstaat X, wobei 80% des Betriebes der Muttergesellschaft in Österreich verbleibt. Das nationale Recht des Mitgliedstaates X sieht das gleiche Niveau der Mitbestimmung wie in Österreich vor (Art. 86I Paragraf 2 lit. (a) bzw. Art. 160n Paragraf 2 lit. (a)) und gewährt den ArbeitnehmerInnen des in Österreich verbleibenden Betriebes von den vier Aufsichtsratsmandaten nur einen Sitz, aber im Prinzip die gleichen Mitbestimmungsrechte (Teilnahmerecht, Sitzrecht, Stimmrecht, Recht auf Vergütung etc.) wie jenen ArbeitnehmerInnen, die im Zielland X beschäftigt sind. Aus der Vorlage geht nicht hinlänglich klar hervor, ob eine derartige Regelung die Voraussetzung von „the same entitlement“ erfüllt.

### **Zu der Verschmelzungsrichtlinie**

Die neuen Regelungen zur Verhandlungslösung bei der Mitbestimmung gelten nur für Umwandlung und Spaltung. Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung soll keine entsprechende Anpassung erfolgen und weiterhin die geltende Rechtslage zur Anwendung kommen. Diese Vorgangsweise ist nicht sachgerecht. Die BAK fordert daher, bei der Verschmelzungsrichtlinie die entsprechenden Änderungen vorzunehmen.

### **B) Digitalisierung des Gesellschaftsrechts – Online-Gründungen**

Die Richtlinie der EU-Kommission betreffend den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Online-Gründung von Gesellschaften verbindlich zu ermöglichen. Jeder Mitgliedstaat muss demnach die Voraussetzungen schaffen, dass die Gründung von Gesellschaften vollständig online erledigt werden kann, ohne dass der oder die Gründer physisch bei einer zuständigen Behörde oder einer sonstigen Person oder Stelle erscheinen muss/müssen. Die EU-Kommission ist sich jedoch des erhöhten Missbrauchspotenzials ihres Vorhabens bewusst, wenn sie ausdrücklich die legitimen öffentlichen Interessen, wie den Schutz von ArbeitnehmerInnen, Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern sowie die Bekämpfung von Betrug und Missbrauch hervorhebt.

Viele Mitgliedstaaten sind mit der Problematik konfrontiert, dass über Scheingesellschaften massiver Steuer- und Sozialbetrug stattfindet sowie Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung nur schwer in den Griff zu bekommen sind. Der daraus resultierende Schaden für die europäische Volkswirtschaft sowie für die große Mehrheit der seriös agierenden Unternehmen ist enorm und beläuft sich auf 3-stellige Milliardenbeträge. Gelder, die den europäischen Haushalten für Bildung, Gesundheit, Umwelt und Ausbau der Infrastruktur fehlen.

In den letzten Jahren wurden daher starke Anstrengungen – sowohl auf europäischer Ebene als auch auf Ebene der Mitgliedstaaten – bei der Bekämpfung von Betrug und Missbrauch unternommen, weshalb die verpflichtende Einführung von Online-Gründungen, die ein erhöhtes Missbrauchspotenzial in sich bergen, kritisch gesehen wird. Im Sinne der Subsidiarität

sollte den Mitgliedstaaten hier eine Wahlfreiheit eingeräumt werden. Die EU-Kommission verpflichtet die Mitgliedstaaten ja auch nicht zur Mitbestimmung, obwohl sie die soziale Dimension bei grenzüberschreitenden gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen betont.

Der Gründungsvorgang, insbesondere bei Kapitalgesellschaften mit beschränkter Haftung, ist auch eine Information über die Qualität der Rechtsform. So stellt die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages in Verbindung mit der physischen Identitätskontrolle der Parteien und der Belehrung über Haftungsrisiken, Ausfallhaftungen und Insolvenzantragspflichten vor dem Notar so etwas wie ein präventives Vorsorgesystem dar, das positive Auswirkungen auf den Geschäftsverkehr und letztlich auf die Überlebensfähigkeit eines Unternehmens hat.

Die BAK begrüßt jedenfalls, dass die EU-Kommission es den Mitgliedstaaten überlässt, ob Notare in das Online-Verfahren einzubinden sind.

Aus Sicht der BAK ist die Online-Gründung auf natürliche Personen zu beschränken, um eine sichere Identitätsprüfung zu gewährleisten.

Nur bei einem konkreten Betrugsverdacht dürfen die Mitgliedstaaten die physische Anwesenheit der Gesellschaftsgründer vor dem Notar oder bei einer zuständigen Stelle vorschreiben. Was unter „konkreter Betrugsverdacht“ letztlich zu verstehen ist, ist noch näher auszuführen.

Besonders problematisch wird die überaus kurze Frist von 5 Tagen zur Abwicklung einer Online-Registrierung gesehen. Diese ist jedenfalls nicht ausreichend, um eine adäquate Kontrolle und koordinierte Zusammenarbeit zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten zu ermöglichen.

Wichtige Voraussetzung für die innereuropäische Verwaltungszusammenarbeit sowie die Einhaltung eines möglichst kurzen Fristenlaufs ist die Ausstattung der in den Gründungsprozess involvierten Behörden mit ausreichenden Ressourcen – sowohl in personeller Hinsicht als auch in Bezug auf die technische Infrastruktur. Eine möglichst reibungslose Zusammenarbeit der nationalen Behörden bedarf zudem klarer Verfahrensvorschriften und Fristen. Diesbezüglich könnte eine Umsetzungsverordnung der EU-Kommission ein geeignetes Instrument darstellen.

Abschließend wird festgehalten, dass die Online-Gründung trotz Sicherheitsvorkehrungen keine gleichwertige Alternative für die gerichtliche bzw. notarielle Prüfung darstellen kann. Die Entlastung für seriöse Gründer ist geringfügig, die Risiken in Bezug auf Zunahme des Gründungsmissbrauchs durch Betrüger zulasten der ArbeitnehmerInnen, der gesetzlichen Gläubiger (Sozialversicherung, Fiskus) oder sonstiger Gläubiger ungleich höher.

Da die vorgelegten Richtlinienentwürfe der EU-Kommission nunmehr Gegenstand von Verhandlungen auf der Ebene des Rates und des EU-Parlaments sind, behält sich die BAK vor, noch weitere Stellungnahmen abzugeben.

VP Günther Goach  
i.V. der Präsidentin  
F.d.R.d.A.

Maria Kubitschek  
i.V. des Direktors  
F.d.R.d.A.