

Berlin, im Mai 2010
Stellungnahme Nr. 23/2010
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Handelsrechtsausschuss

zum

Referentenentwurf für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes

Mitglieder des Ausschusses:

Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking (Vorsitzender und Berichterstatter)
Dr. Christian Decher (Berichterstatter)
Dr. Hans Friedrich Gelhausen
Dr. Wilhelm Happ
Dr. Peter Hemeling
Dr. Georg Hohner
Dr. Hans-Christoph Ihrig
Prof. Dr. Gerd Krieger
Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer
Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner (Berichterstatter)
Dr. Welf Müller
Dr. Andreas Pentz
Prof. Dr. Arndt Raupach
Dr. Bodo Riegger
Prof. Dr. Johannes Semler
Prof. Dr. Walter Sigle
Prof. Dr. Frank A. Schäfer
Dr. Bernd Singhof

zuständig in der DAV-Geschäftsführung:

Rechtsanwalt Jens Wagener

Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium der Finanzen

- Vorsitzender des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages

- Kommission der Europäischen Gemeinschaften

- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer

- Deutscher Notarverein
- Deutscher Richterbund
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Bundesverband Deutscher Banken
- Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
- Deutscher Steuerberaterverband
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
- Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
- Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)
- Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) - Die Aktionärsvereinigung –

- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Landesgruppen und -verbände des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
- Handelsrechtsausschuss des DAV

- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
- Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl
- Redaktion Die Aktiengesellschaft
- Redaktion GmbH-Rundschau
- Redaktion Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht / NZG
- Redaktion Wertpapiermitteilungen / WM
- Redaktion Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / ZIP
- Redaktion Börsenzeitung
- Redaktion Handelsblatt
- Redaktion Frankfurter Allgemeine Zeitung / FAZ
- Redaktion Financial Times Deutschland / FTD

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

- 1 Der Referentenentwurf vom 15. März 2010 dient der Umsetzung der Richtlinie 2009/109/EG vom 16. September 2009 zur Änderung der (Dritten) Verschmelzungsrichtlinie, der (Sechsten) Spaltungsrichtlinie, der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen sowie der (Zweiten) Kapitalrichtlinie, und zwar im Hinblick auf die Berichts- und Dokumentationspflichten bei Verschmelzungen und Spaltungen. Das mit der Änderungsrichtlinie und dem Referentenentwurf verfolgte Ziel, das Verfahren zu vereinfachen, insbesondere bei der Vorbereitung der Hauptversammlung und bei Konzernverschmelzungen, ist zu begrüßen. Der DAV nimmt durch seinen Handelsrechtsausschuss nachstehend nur zu zwei ausgewählten Einzelregelungen Stellung.

1. Pflicht zur Unterrichtung über wesentliche Änderungen des Vermögens eines beteiligten Rechtsträgers

- 2 § 8 Abs. 3 RefE UmwG erstreckt die bislang schon gemäß § 143 UmwG bei der Spaltung bekannte Verpflichtung der Vertretungsorgane, über jede wesentliche Veränderung des Vermögens des Rechtsträgers nach Abschluss des Verschmelzungsvertrags bzw. Aufstellung des Entwurfs zu unterrichten, auf alle Umwandlungsfälle. Die Unterrichtungspflicht besteht vor der Beschlussfassung der Anteilshaber, so dass an sich auch eine mündliche Unterrichtung in der den Beschluss fassenden Versammlung der Anteilshaber ausreicht. Da aber sämtliche Anteilshaber und auch die Vertretungsorgane der anderen beteiligten Rechtsträger (die wiederum ihre Anteilshaber zu unterrichten haben) zu unterrichten sind, wird jedenfalls bei Publikumsgesellschaften eine Unterrichtung im Vorfeld der Versammlung der Anteilshaber erforderlich sein und diese ein Zugänglichmachen der Unterrichtung auf der Internetseite der Gesellschaft erforderlich machen.
- 3 Nicht angesprochen werden von der Regelung die möglichen Konsequenzen einer Unterrichtungspflicht, die für die Praxis von erheblicher Bedeutung sein können. Eine wesentliche Veränderung des Vermögens eines Rechtsträgers kann zum Beispiel bei einer Verschmelzung die Frage aufwerfen, ob das Umtauschverhältnis und damit der Verschmelzungsvertrag zu ändern ist. Entscheiden sich die beteiligten Rechtsträger zu einer Änderung, wird auch ein Nachtragsbericht und eine Nachtragsprüfung des gerichtlich bestellten Prüfers erforderlich werden. Dann stellt sich die Anschlussfrage, ob dem Verschmelzungsvertrag mit einem geänderten Umtauschverhältnis in der bereits einberufenen Versammlung zugestimmt werden kann oder ob es etwa einer neuen Einberufung bedarf. Diese Frage kann sich auch unabhängig von der jetzt vorgesehenen

Unterrichtungspflicht stellen, wenn sich eine Änderung des Umtauschverhältnisses als notwendig erweist, und dieselbe Frage kann sich auch bei der Beschlussfassung zu einem Unternehmensvertrag stellen. Aber durch die Einführung einer Unterrichtungspflicht bei wesentlichen Wertveränderungen wird das praktische Problem besonders augenfällig.

- 4 Fraglich ist auch, ob ein Verstoß gegen die Unterrichtungspflicht zur Anfechtbarkeit des Beschlusses über die Umwandlung führt. Nach dem Referentenentwurf dürfte dies nicht der Fall sein, weil die Unterrichtung noch in der Versammlung der Anteilhaber vor der Beschlussfassung möglich ist und unrichtige bewertungsrelevante Informationen in der Hauptversammlung gemäß § 243 Abs. 4 Satz 2 AktG keine Anfechtung rechtfertigen. In der Praxis wird die Unterrichtung aber vielfach schon im Vorfeld der Hauptversammlung notwendig werden.
- 5 Schließlich stellt sich die Frage nach einer Analogie der Unterrichtungspflicht für andere Strukturmaßnahmen wie insbesondere Unternehmensverträge und den Squeeze-out.

2. Konzernverschmelzungen

- 6 Gemäß § 62 Abs. 4 RefE UmwG entfällt für Konzernverschmelzungen auf eine Aktiengesellschaft die Notwendigkeit eines Verschmelzungsbeschlusses der Anteilhaber der übertragenden Kapitalgesellschaft, wenn der übernehmenden Aktiengesellschaft sämtliche Anteile der übertragenden Gesellschaft gehören. Dies gilt bislang nur für die grenzüberschreitende Verschmelzung (§ 122g Abs. 2 UmwG) und ist für die reine Inlandsverschmelzung ein Novum, das allerdings durch die Richtlinie vorgegeben und im Sinne einer Vereinfachung zu begrüßen ist.
- 7 Gemäß § 62 Abs. 5 RefE UmwG wird ein Squeeze-out der Aktionäre einer übertragenden AG im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einer Verschmelzung abweichend von aktienrechtlichen Squeeze-out nach §§ 327 a ff. AktG schon dann ermöglicht, wenn der Hauptaktionär 90 % des Grundkapitals der übertragenden AG hält.
- 8 Der Entwurf betont den Sondercharakter dieses verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out. Er ist durch die Vorgaben der Richtlinie bedingt, Konzernverschmelzungen mit einer Beteiligung von mindestens 90 % an der übertragenden Gesellschaft zu erleichtern und die Informations- und Auslegungspflichten entfallen zu lassen. Diese Erleichterungen sind nach der Richtlinie an die Alternative geknüpft, entweder den Aktionären der übertragenden Gesellschaft ein Andienungsrecht einzuräumen oder einen Squeeze-out der außenstehenden Aktionäre der übertragenden Gesellschaft durchzuführen. Der Referentenentwurf wählt zu Recht die zweite Alternative, da ein Andienungsrecht bislang im deutschen Recht nur ausnahmsweise im Zusammenhang mit Übernahmeangeboten nach § 39 c WpÜG vorgesehen ist. Würde man im Kontext der Konzernverschmelzung ein Andienungsrecht vorsehen, wäre im Ergebnis keine Erleichterung der Konzernverschmelzung erreicht. Denn sie erfolgte um den Preis des

Andienungsverfahrens, das unweigerlich ein Spruchverfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung nach sich ziehen würde. Dies ist zwar auch bei einem Squeeze-out der Fall. Dort steht dem Aufwand aus der Sicht des Hauptaktionärs aber der Vorteil gegenüber, dass er die übertragende Gesellschaft vollständig übernehmen kann. Das wäre bei einem Andienungsrecht praktisch nicht erreichbar.

- 9 Die durch die Richtlinie vorgegebene Absenkung der Squeeze-out-Schwelle auf 90 % stellt europarechtlich keine Neuerung dar, da sie bereits in der Übernahmerichtlinie als Option enthalten war. Inländische verfassungsrechtliche Bedenken dürften nicht bestehen, da es sich um eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG handelt.
- 10 Der Entwurf betont den sachlichen und zeitlichen Zusammenhang des Squeeze-out mit der Konzernverschmelzung. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll innerhalb von drei Monaten nach Abschluss des Verschmelzungsvertrages oder nach Aufstellung des Entwurfs ein Squeeze-out-Beschluss gefasst werden. Der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf mit einer Angabe zum Zusammenhang mit dem Squeeze-out sind auch der Anmeldung des Übertragungsbeschlusses beizufügen. Danach ist für die Praxis der Weg vorgezeichnet, dass Konzernverschmelzung und Squeeze-out gleichzeitig vorbereitet werden, dann aber zunächst die Beschlussfassung in der Hauptversammlung über den Squeeze-out und dessen Eintragung erfolgt. Erst im Anschluss daran – nunmehr naturgemäß ohne Befassung der ausgeschlossenen Aktionäre – erfolgt die Konzernverschmelzung mit den von der Richtlinie vorgegebenen und in § 62 Abs. 4 RefE UmwG vorgesehenen Erleichterungen, also ohne Beschluss der übertragenden Gesellschaft und ohne Informationspflichten.
- 11 Das ist ein schlüssiges und praktikables Konzept. Allerdings wird durch den Entwurf nicht sicher gestellt, dass es anschließend auch wirklich zu einer Konzernverschmelzung kommt. Rechtsfolgen für den Fall, dass die Verschmelzung – etwa wegen einer aufgrund von Klagen verzögerten Eintragung des Squeeze-out – solange verzögert wird, dass der Plan einer Verschmelzung wegen inzwischen veränderter Umstände letztlich aufgegeben wird, sind im Gesetz nicht vorgesehen. Eine Rückabwicklung des Squeeze-out wäre mit dem Gedanken der Bestandskraft eingetragener Beschlüsse nicht vereinbar. Denkbar wäre aber die ausdrückliche Regelung einer Verpflichtung der Vertretungsorgane des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers zur Durchführung der Verschmelzung. Stattdessen könnte vorgesehen werden, dass die Wirksamkeit des Übertragungsbeschlusses erst mit Eintragung der Konzernverschmelzung eintritt. Das Ziel einer Erleichterung der Konzernverschmelzung müsste dann allerdings dadurch sicher gestellt werden, dass im Vorgriff auf § 62 Abs. 4 RefE UmwG entweder gar kein Verschmelzungsbeschluss mehr erforderlich ist oder die Minderheitsaktionäre – auch wenn deren Ausschluss noch nicht wirksam ist – bei der Beschlussfassung über die Verschmelzung keinerlei Rechte (Stimmrechte, Informationsrechte) mehr ausüben können.