



Deutscher Notarverein

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz
Herrn StA Dr. Jäckel
Referat III A 1

11015 Berlin

Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: kontakt@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

vorab per E-Mail:
jaeckel-ho@bmj.bund.de

Berlin, 29. April 2010

Referentenentwurf für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes Umsetzung der Richtlinie 2009/109/EG vom 16. September 2009 („Änderungsrichtlinie“)

Az: 3501/24-35 100/2010

Sehr geehrter Herr Dr. Neye,
sehr geehrter Herr Dr. Jäckel,

der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

I. Grundsätzliches

Wir begrüßen, wenn grundsätzlich nur von den Optionen der Änderungsrichtlinie Gebrauch gemacht werden soll, die zwingend erforderlich sind, um die Verwaltungslasten der Unternehmen zu reduzieren. Mit dem Entwurf halten wir aber in gewissem Maß einheitliche Vorschriften für Umwandlungen für sowohl im Interesse der Rechtspraxis als auch der Rechtssicherheit liegend (vgl. etwa §§ 8, 9 UmwG).

Die Substitution der Zwischenbilanz durch einen Halbjahresfinanzbericht und die Erleichterung der Prüfung insbesondere durch deren Konzentration auf den Verschmelzungsprüfer

können sowohl die Unternehmen als auch alle sonst mit Umwandlungsvorgängen befassten Personen und Institutionen entlasten.

II. Zu den einzelnen Vorschriften

1. Artikel 1 Ziffer 2 (Prüfung der Verschmelzung)

In § 9 Abs. 3 UmwG sollte (wie bisher) auf den gesamten § 8 Abs. 4 UmwG Bezug genommen werden. Gründe für die fehlende Verweisung auf Ziffer 2 des § 8 Abs. 4 UmwG in § 9 Abs. 3 UmwG sind nicht ersichtlich.

Alternativ müsste die Angabe künftig „§ 8 Absatz 4 **Satz 1 Nummer 1 und Satz 2**“ lauten. Auch auf die notarielle Form der Verzichtserklärungen sollte verwiesen werden.

2. Artikel 1 Ziffer 5 b) (Information und Kommunikation auf elektronischem Weg)

Zu Recht lässt der Entwurf eine nicht unberechtigte Skepsis gegenüber den „Segnungen“ der elektronischen Kommunikation erkennen.

Zum einen stehen sie nur etwa 50% der Bevölkerung (nach der Zahl der Internetnutzer) zur Verfügung. Mit Recht verlangt der Entwurf daher eine Einwilligung des Aktionärs (Art. 1 Nr. 5 a) und Nr. 6 b)), die, was vielleicht noch in der Begründung klargestellt werden könnte, natürlich widerruflich ist und jedenfalls mit dem Verkauf der Aktien erlischt (d. h. neu erteilt werden muss, wenn derselbe Aktionär einige Zeit später wieder Aktien dieses Unternehmens erwirbt). Ein rechtsmissbräuchlicher Widerruf sollte natürlich unbeachtlich sein.

Zum anderen unterstellt die Kommission, dass elektronische Informationen über längere Zeiträume problemlos ununterbrochen zur Verfügung stehen können (vgl. etwa der neue Art. 6 oder der neue Art. 11 Abs. 4 der RL). Der Praktiker, der z. B. vor der Entscheidung steht, ob er von der Möglichkeit des § 62 Abs. 3 Satz 7 (künftig: Satz 8) UmwG Gebrauch machen will, hat in Betracht zu ziehen, dass niemand den Zustand eines Telekommunikationsnetzes für den nächsten Monat voraussagen kann. Zudem ist die Gesellschaft für die zeitliche Lückenlosigkeit der Abrufbarkeit von Daten in vollem Umfang beweispflichtig. Das sind aus Beratersicht zu hohe Risiken. Demgegenüber ist der mit einer Auslegung von Unterlagen und dem Übersenden von Abschriften auf Anforderung verbundene Aufwand überschaubar. Die aus technikbegeistertem Überschwang der Kommission geborenen Regelungen sind daher weitgehend totes Recht.

3. Artikel 1 Ziffer 5 c) (Konzernverschmelzungen)

Die Umsetzung von Art. 28 der Verschmelzungsrichtlinie in der Fassung der Änderung durch den Rückgriff auf den „Squeeze-out“ ist von der Änderungsrichtlinie gedeckt und technisch gelungen. Zudem erscheint dies sinnvoller, als mit dem „Sell-out“ ein *legal transplant* ohne Einsatz juristischer Immunosuppressiva in das deutsche Recht einzuführen.

Eine Konzernverschmelzung (der min. 90%igen Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft) ist somit künftig wie folgt gestaltbar:

a) Wahl zwischen § 62 Abs. 1-3 oder § 61 UmwG?

Kann bis zum Ablauf der Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG die Monatsfrist nicht mehr eingehalten werden (typisch im mittelständischen nicht börsennotierten Bereich), so werden der Verschmelzungsvertrag und die beiden Verschmelzungsbeschlüsse wie bisher in einer Niederschrift nach §§ 8 ff. BeurkG in Form von Vollversammlungen der beteiligten Anteilhaber beurkundet. Üblicherweise lässt sich in solchen Fällen auch ein Verzicht des zuständigen Betriebsrats auf die Einhaltung der Frist des § 5 Abs. 3 UmwG erreichen. Sofern die beiden Beschlüsse in derselben notariellen Niederschrift enthalten sind, entstehen Kosten nur für einen Beschluss. Zu Recht lassen die Änderungsrichtlinie und der Entwurf diese Möglichkeit noch offen.

Selbst wenn die Monatsfrist nach § 62 Abs. 3 UmwG noch eingehalten werden kann, wird man u. U. die Verschmelzung dennoch „konventionell“ wie vorstehend durchführen. Statt einer Bekanntmachung nach § 62 UmwG ist dann nämlich nur die Einreichung des Vertragsentwurfs zum Handelsregister samt Hinweisbekanntmachung nach § 61 UmwG erforderlich. Da die Einreichung nach § 61 UmwG theoretisch nur wenige Minuten vor Beginn der Hauptversammlung (als Vollversammlung unter Verzicht auf die Einberufungsfrist) erfolgen kann (die Einreichung am Vortag ist durchaus Praxis), lässt sich unerwünschtes „Aufsehen“ etwa bei einer „Sanierungsverschmelzung“ auf ein Minimum reduzieren. Diese Gestaltung bleibt daher insbesondere für Verschmelzungen im Bereich nicht börsennotierter AG relevant.

b) Neue Gestaltung: § 62 Abs. 4 E-UmwG

aa) Bewertung

Das Verfahren nach § 62 Abs. 1-3 UmwG führt schon nach geltendem Recht zur Entbehrlichkeit des Verschmelzungsbeschlusses der Übernehmerin. Es ist jedenfalls dann von Vorteil, wenn die Durchführung einer Hauptversammlung der Übernehmerin zu aufwändig wäre und daher jedenfalls bei größeren Gesellschaften gebräuchlich.

Der Entwurf macht jetzt auch einen Verschmelzungsbeschlusses der Übertragerin entbehrlich, wenn diese im alleinigen Anteilsbesitz der Übernehmerin steht (§ 64 Abs. 4 Satz 1 E-

UmwG). Dies gilt – mit Recht – nur dann, wenn auf Seiten der Übernehmerin das Verfahren des § 62 Abs. 1-3 UmwG eingehalten wurde.

Das Verfahren nach § 62 UmwG ist mithin in den Fällen des § 62 Abs. 4 Satz 1 UmwG attraktiver geworden. Damit ist zum einen das Management belohnt, das rechtzeitig weiß, was es will und nicht erst kurz vor Ablauf der Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG hektisch zum Notar eilt. Zum anderen wird Belangen des Minderheitenschutzes (Minderheitsaktionäre der Übernehmerin) mittels des Verfahrens nach § 62 Abs. 1-3 UmwG weiterhin Rechnung getragen, sofern die Übernehmerin eine AG ist. Auch eine Mutter-Tochter-Verschmelzung kann für die Muttergesellschaft ein „schlechtes Geschäft“ sein. Daher besteht ein Bedürfnis für Rechtsschutz der Anteilsinhaber der Muttergesellschaft.

bb) „Holzmüller-Fälle“

Die Fälle, in denen die Fortführung des Unternehmens der Übertragerin faktisch zu einer grundlegenden Änderung des Unternehmensgegenstands der Übernehmerin führt, ohne dass deren Aktionäre gefragt worden sind („umgekehrte Holzmüller- und Gelatine-Fälle“¹), sollten der Lösung durch Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen bleiben (vgl. zu den Schutzmöglichkeiten zuletzt BGH vom 11.06.2007, II ZR 152/06, ZIP 2007, 2122 = AG 2007, 863 = DB 2007, 2472; zu Problematik siehe auch *Heckschen* in *Widmann/Mayer*, § 13 UmwG Rz. 196 ff. und § 122g UmwG Rz.173).

cc) Anwendungsbereich

Da eine den § 62 Abs. 1-3 UmwG vergleichbare Regelung für andere übernehmende Rechtsträger als (deutsche) AG fehlt, verbietet sich auch die Übertragung des § 62 Abs. 4 Satz 1 E-UmwG auf andere übernehmende Rechtsträger.

Soweit § 62 Abs. 4 Satz 1 E-UmwG auch dann anwendbar ist, wenn die übertragende Gesellschaft eine GmbH ist (arg. Wortlaut: „*Stamm- oder Grundkapital*“), geht der deutsche Gesetzgeber über das Umsetzungsgebot der Änderungsrichtlinie hinaus. Dafür spricht zwar der rechtssystematische Gleichlauf mit § 62 Abs. 1 UmwG, der ebenfalls bei übertragenden AG und GmbH anwendbar ist. Konzernmuttergesellschaften in Form der AG müssen allerdings die Geschäftsordnungen ihrer Aufsichtsräte anpassen, soweit diese einen Zustimmungsvorbehalt an die Fassung von Verschmelzungsbeschlüssen bei Konzerntochtergesellschaften knüpfen und nicht schon an den Abschluss von Verträgen und Plänen nach dem UmwG (bzw. sogar dem Aufstellen entsprechender Entwürfe). Im Anwendungsbereich des § 32 MitBestG 1976 führt § 62 Abs. 4 Satz 1 E-UmwG letztlich zu einer Verkürzung von Teilhaberechten des Aufsichtsrats. Soweit der Gesetzgeber die Fassung des § 62 Abs. 4 Satz 1 E-UmwG beibehalten will, muss eine Folgeänderung des § 32 MitBestG 1976 erwogen werden, es sei denn, ein Abbau der paritätischen Mitbestimmung in diesem Bereich ist politisch gewollt.

¹ Hierzu BGH vom 26.04.2004 – II ZR 154/02, ZIP 2004, 1001 = NZG 2004, 575.

§ 62 Abs. 4 Satz 1 E-UmwG macht den Verschmelzungsbeschluss bei anderen übertragenden Rechtsträgern als AG oder GmbH nicht entbehrlich (arg. Wortlaut: „*Stamm- oder Grundkapital*“²). Jedenfalls das ist sinnvoll, da in diesen anderen Fällen eine u. U. unbeschränkte und unbeschränkbare Haftung auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht (§ 20 Abs. 1 UmwG). Der wegen des hohen Quorums (§ 62 Abs. 2 UmwG) relativ schwach ausgeprägte Minderheitenschutz bei der Übernehmerin bietet für diese Risikolage kein hinreichendes Äquivalent.

dd) Beginn der Monatsfrist

Problematisch ist der Beginn der Monatsfrist in § 62 Abs. 4 Satz 2 E-UmwG, soweit hier auf das „Aufstellen“ des Entwurfs des Verschmelzungsvertrags abgestellt wird. Dieser Zeitpunkt lässt sich nicht rechtssicher feststellen (Einzelheiten siehe unten c) cc). Wir empfehlen daher, § 62 Abs. 4 Satz 1 E-UmwG wie folgt zu fassen:

§ 62 Abs. 4 Satz 2 UmwG:

„Absatz 3 gilt mit der Maßgabe, dass die dort genannten Verpflichtungen nach Abschluss des Verschmelzungsvertrages oder nach der Bekanntmachung nach Absatz 3 Satz 2 für die Dauer eines Monats zu erfüllen sind.“

c) Neue Gestaltung - § 62 Abs. 5 E-UmwG

Darüber hinaus eröffnet § 62 Abs. 5 E-UmwG die Möglichkeit eines *Squeeze-out* bereits bei einer Beteiligung des Hauptaktionärs von mindestens 90 % am übertragenden Rechtsträger, aber nur, wenn beide beteiligten Rechtsträger AG sind und auf den *Squeeze-out* im zeitlich engen Zusammenhang eine Verschmelzung folgt.

aa) Gestaltungsmöglichkeiten

Mit Recht sieht der Entwurf von einer allgemeinen Senkung der Beteiligungsquote in § 327a Abs. 1 Satz 1 AktG ab. Die Praxis wird ohnedies die Tatbestandsvoraussetzungen des § 62 Abs. 5 E-UmwG unschwer herstellen können, wie folgendes Beispiel zeigt:

² Die Anwendung auf die übertragende KGaA wird wohl mangels „alleinigem Anteilsbesitzes“ kaum praktisch werden.

Beispiel 1:

Die M-GmbH ist zu 91% an der T-GmbH (Zielrechtsträger) beteiligt und will diese ganz übernehmen, wobei sie als reine Holding keinen operativen Geschäftsbetrieb führen möchte. Sie geht deshalb wie folgt vor:

- a) Formwechsel der T-GmbH in eine T-AG – die hierzu erforderliche qualifizierte Mehrheit besteht;
- b) Übertragung der Anteile an der nunmehrigen T-AG auf eine Zwischenholding in Rechtsform der AG (§§ 20, 21 AktG beachten!). Sollte der Zielrechtsträger börsennotiert sein, scheidet eine Anteilsübertragung wegen des dann u. U. ausgelösten Übernahmeangebots nach dem WpÜG aus. In diesem Fall kommt ein Formwechsel der M-GmbH in eine AG in Betracht, der kein Übernahmeangebot nach dem WpÜG nach sich zieht. Nach Vollzug der Verschmelzung der T-AG auf die formgewechselte M-AG würde letztere über eine Ausgliederung des durch Verschmelzung übergegangenen Vermögens der T-AG auf eine T-neu GmbH den alten Zustand wieder herstellen.
- c) Vorbereitung der für die Verschmelzung und den *Squeeze-out* erforderlichen Unterlagen (a) –c) können auch parallel nebeneinander betrieben werden);
- d) Beurkundung des Verschmelzungsvertrags³ (zur Zweckmäßigkeit siehe unten bb));
- e) Hinweisbekanntmachung nach § 62 Abs. 3 + 5 UmwG sowie Einladung zur Hauptversammlung der übertragenden AG nach §§ 121 ff. AktG;
- f) Fassung des Beschlusses nach § 327a AktG bei der übertragenden AG und (sicherheitshalber) auch eines Verschmelzungsbeschlusses;
- g) Anmeldung des *Squeeze-out* und der nachfolgenden Verschmelzung⁴ bei der übertragenden AG sowie der Verschmelzung bei der übernehmenden AG.
- h) Eintragung des *Squeeze-out* und der Verschmelzung (nach „Durchkämpfen“ aller Anfechtungsklagen);
- i) Evtl. Durchführung eines Spruchverfahrens mit den früheren Aktionären des Zielrechtsträgers.

³ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist die Registereintragung der Verschmelzung bei der Übernehmerin. Da dann der *Squeeze-out* vollzogen sein wird, ist § 5 Abs. 2 UmwG anwendbar.

⁴ Wegen § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG wird man hiermit nicht bis zur Erledigung von Anfechtungsklagen warten können.

bb) Kein Freigabeverfahren

Ein Nachteil des Verfahrens nach § 62 Abs. 5 E-UmwG liegt darin, dass bei einer Verschmelzung der Weg des Freigabeverfahrens nach § 16 Abs. 3 UmwG offensteht, auf einen *Squeeze-out* hingegen § 246a AktG nicht anwendbar ist. Das schafft ein nicht unerhebliches Druckpotenzial für Minderheitsaktionäre. Die bisherige Praxis des *Squeeze-out* zeigt, dass § 327f Satz 1 AktG insoweit keine ausreichende Lösung bietet. Das wird u. U. dazu führen, dass man in geeigneten Fällen (z. B. Sanierungsverschmelzung unter Zeitdruck) dennoch die Verschmelzung vorziehen muss mit der Folge, dass man dann den Minderheitsaktionären der Übertragerin in der Übernehmerin wieder begegnet und sie dort u. U. nicht ausschließen kann. Aus diesem Grunde stellt sich die Frage, ob die gefundene Lösung wirklich ein funktionsgleiches Äquivalent zum „*Sell-out*“ bietet. Daher dürfen wir anregen, vor § 62 Abs. 5 Satz 6 E-UmwG folgenden neuen Satz 6 einzufügen:

§ 62 Abs. 5 Satz 6 (neu).

„§ 16 Abs. 3 gilt entsprechend.“

Der bisherige Satz 6 des Entwurfs wird neuer Satz 7.

cc) Beginn der 3-Monatsfrist

Technisch problematisch ist an § 62 Abs. 5 E-UmwG im Wesentlichen nur der Beginn der dort bestimmten 3-Monatsfrist, soweit diese an die „*Aufstellung des Entwurfs*“ anknüpft. Schon das Merkmal des „*Aufstellens*“ an sich ist problematisch. Ist dieser erst „*aufgestellt*“, wenn alle Unterschriften des Vorstands beisammen sind, oder reichen Unterschriften in vertretungsberechtigter Zahl nach Fassung der entsprechenden Gremienbeschlüsse aus? Hinzukommt, dass der Zeitpunkt des „*Aufstellens*“ für Außenstehende schwer nachvollziehbar ist. Daher muss eine Gesellschaft mit dem mit großer Öffentlichkeitswirksamkeit erhobenen verleumderischen (und kaum zu widerlegenden) Vorwurf der Manipulation beim Datum des „*Aufstellens*“ rechnen.

Will man dies vermeiden, kann man der Gesellschaft eigentlich nur zur rechtzeitigen notariellen Beurkundung des Verschmelzungsvertrags raten.

Neben der Beurkundung verspräche daher eher das Abstellen auf die Hinweisbekanntmachung nach Absatz 3 Satz 2 statt auf das „*Aufstellen*“ Rechtssicherheit. Hier ist das relevante Datum für jedermann aus dem E-Banz ersichtlich. Wir schlagen daher folgende Änderung vor:

Neuer § 62 Abs. 5 Satz 1 E-UmwG:

„In den Fällen des Absatzes 1 kann die Hauptversammlung einer übertragenden Aktiengesellschaft innerhalb von drei Monaten nach Abschluss des Verschmelzungsvertrags oder nach der Bekanntmachung nach Absatz 3 Satz 2 einen Beschluss nach § 327a Absatz 1 Satz 1 ...“

dd) Missbräuchliche Gestaltungen

Die Systematik des § 62 Abs. 5 E-UmwG eröffnet Raum für Gestaltungen, bei denen ein Verschmelzungsvertrag nur zum Schein geschlossen wird (§ 117 BGB), um einen *Squeeze-out* bereits bei einer Beteiligungsquote des Hauptaktionärs von mehr als 90%, aber weniger als 95% zu erreichen. Nach dem Vollzug des *Squeeze-out* im Handelsregister wird der Verschmelzungsvertrag dann wieder aufgehoben. Derartige Gestaltungen liegen sowohl zivil- als auch strafrechtlich auf der Ebene des vorgetäuschten Eigenbedarfs im Mietrecht. Wir erwarten, dass die Justiz dem mit Entschiedenheit entgegenzutreten wird, so dass wir keine Veranlassung sehen, hiergegen Vorkehrungen im Gesetz vorzuschlagen.

4. Artikel 1 Nr. 7 (Ergänzung des § 69 UmwG)

Gerade bei § 69 UmwG ist die Befassung des Verschmelzungsprüfers sachgerecht. Der Sachkapitalerhöhungsprüfer prüft nur mit dem Ziel der Vermeidung einer unter-pari-Emission, ist aber an den Wertrelationen der Sachkapitalerhöhung zur Durchführung der Verschmelzung nicht interessiert. Beim Verschmelzungsprüfer geht zwar auch um Wertdeckung, vor allem aber um die richtigen Wertrelationen. Das dient dem Minderheitenschutz.

Die Änderung des § 69 UmwG durch den Entwurf geht allerdings an den meisten Fällen der Praxis vorbei. Denn § 69 UmwG eröffnet zahlreiche Möglichkeiten, die Prüfung ganz zu vermeiden.

§ 69 UmwG ist dank seiner weit gefassten Ausnahmetatbestände eine Schutzlücke im System des Rechts effektiver Kapitalaufbringungskontrolle. Verschmelzungen nach § 69 UmwG gingen in den letzten Jahren einigen Börsengängen voraus, bei denen Anleger erhebliche Verluste erlitten. Prominentes Beispiel hierfür ist etwa die jetzt in der Schlussphase der Liquidation befindliche *NascaCell Technologies AG* in München. Deren Börsengang wurde ausgerechnet auch noch von Funktionsträgern einer bekannteren Aktionärsvereinigung „gestaltet“. Die Entwicklung des Unternehmens danach war eher betrüblich.

Beispiel 2:

Über § 69 UmwG lässt sich die Bilanz eines Börsenkandidaten wie folgt prüfungsfrei „aufhübschen“:

- (1) In eine GmbH werden von den „Initiatoren“ immaterielle Vermögensgegenstände im Wege eines Kaufvertrags eingebracht (z. B. Patente, Know-how). Der Kaufpreis wird durch ein Gutachten über die fiktive kapitalisierte Lizenzgebühr ermittelt, bei dem – methodisch korrekt nach IdW S1 – der *discounted cash flow* aufgrund der Planzahlen des Managements der GmbH zugrunde gelegt wird. Der Kaufpreis wird gestundet.
- (2) Die erworbenen Vermögensgegenstände werden in der Bilanz der (nicht prüfungspflichtigen) GmbH mit ihren begutachteten Anschaffungskosten aktiviert.
- (3) Die GmbH wird im folgenden Geschäftsjahr auf die AG verschmolzen. Diese erhöht zur Durchführung der Verschmelzung ihr Grundkapital in Anwendung des § 69 UmwG und führt den (Schluss-)Bilanzansatz der Übertragerin fort. Dass das Registergericht in die Plausibilität der Wertansätze der Schlussbilanz der Übertragerin „einsteigt“, ist unwahrscheinlich.
- (4) Sodann geht die AG an die Börse und zahlt aus dem Erlös des Börsengangs (gebucht nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) den gestundeten Kaufpreis an die Initiatoren, die mit ihrem Aktionärskreis vor Börsengang meist weitgehend identisch sind. Der Wirtschaftsprüfer des Börsenprospekts wird bei seiner Prüfung der Wertansätze das Gutachten zu oben (1) zugrunde legen.
- (5) Bei der Verwertung der erworbenen immateriellen Vermögensgegenstände durch die AG kommt es dann zur „Stunde der Wahrheit“ in Gestalt einer Teilwertabschreibung.

Der Deutsche Notarverein darf an dieser Stelle anregen, zusammen mit der Umsetzung der Richtlinie auch diese Probleme näher zu untersuchen. Sollten Fälle wie der oben dargestellte häufiger auftreten, bestünde u. U. Grund zum Handeln des Gesetzgebers. Denkbar wäre es, in § 69 UmwG nicht auf die Rechtsform der Übertragerin und die Wertansätze in den Bilanzen abzustellen, sondern auf das Vorliegen testierter Schlussbilanzen. Das würde zugleich jedenfalls eine Erweiterung des als Übertragerin in Betracht kommenden Rechtsträgerkreises auf Personenhandelsgesellschaften und Partnerschaften ermöglichen. Des weiteren würde so auch der bestehende Wertungswiderspruch zwischen § 69 UmwG und § 209 AktG eingeebnet.

Ein entsprechender Formulierungsvorschlag wird auf Anforderung gern unterbreitet.

5. Art. 1 Nr. 10 (Grenzüberschreitende Verschmelzung)

Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass mit der Einfügung des § 62 Abs. 4 E-UmwG § 122g Abs. 2 UmwG obsolet würde. Das trifft nicht zu, wie folgendes Beispiel zeigt.

Beispiel 3:

Die deutsche A-GmbH wird auf ihre französische Muttergesellschaft, die A-S.A., verschmolzen.

Variante:

Die übernehmende Gesellschaft ist eine französische S.à.r.l.

§ 62 Abs. 1-3 UmwG sind auf die frz. SA nicht unmittelbar anwendbar. Damit ist auch § 62 Abs. 4 E-UmwG unanwendbar. Inwieweit eine analoge Anwendung denkbar ist, hängt davon ab, ob das Bagatellverschmelzungsverfahren im Ausland dem Verfahren nach § 62 Abs. 1-3 UmwG funktional vergleichbar ist. Schon die Prüfung dieser Vorfrage bedarf einer gewissen Expertise. Ist die übernehmende Gesellschaft keine AG (z. B. eine S.à.r.l.) und sieht der ausländische Staat kein § 62 Abs. 1-3 UmwG entsprechendes Verfahren vor, scheidet auch eine Analogie aus. Darin aber läge ein Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2005/56/EG, da dann Deutschland diese Vorschrift nicht mehr umgesetzt hätte.

Der Deutsche Notarverein schlägt daher vor, § 122 g Abs. 2 UmwG beizubehalten.

6. Art. 1 Nr. 13 (§ 143 E-UmwG)

Schon Art. 3 Nr. 8 lit b) der Änderungsrichtlinie 2009/109/EG ist insofern missglückt, als der Begriff: „*im Verhältnis zu ihren Rechten am Kapital*“ nicht eindeutig ist. Handelt es sich nur um die quotenmäßige Beteiligung am Grundkapital? Berechtigt eine Liquidationspräferenz an den Rücklagen der Übertragerin zu mehr Aktien an der neu gegründeten Gesellschaft oder sind dort ebenfalls Vorzugsaktien mit einer solchen Liquidationspräferenz zu schaffen? Wenn ja, wie hoch muss die Mehrzuteilung an Aktien bzw. wie hoch muss die Liquidationspräferenz dann sein? Die Problematik stellt sich auch bei Aktien, deren Einziehung zu einer festgelegten Abfindung verlangt werden kann (sog. „*redeemable shares*“).

Die wörtliche Übernahme der Richtlinie ins Gesetz ist aus der Sicht des Gesetzgebers sicher der einfachere Weg. Leidtragende aber ist die Rechtspraxis.

Wir regen daher an, in der Umsetzung der Richtlinie den Begriff „Kapital“ im Sinne von „satzungsmäßigem Grundkapital“ zu interpretieren, das „Verhältnis“ auf die Beteiligungsquote zu

reduzieren, dabei sich am bewährten Wortlaut des § 128 UmwG zu orientieren und daher § 143 E-UmwG wie folgt zu fassen:

§ 143 E-UmwG:

„Werden die Aktien an der neu gegründeten Aktiengesellschaft oder an den neu gegründeten Aktiengesellschaften (§ 123 Absatz 1 Nummer 2, Absatz 2 Nummer 2) den Anteilseignern an der übertragenden Aktiengesellschaft in dem Verhältnis zugeteilt, das ihrer Beteiligung an der übertragenden Aktiengesellschaft entspricht, sind die §§ 8 bis 12 sowie § 63 Absatz 1 Nummer 3 bis 5 nicht anzuwenden.“

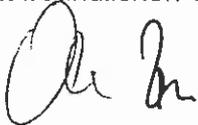
Der EU-Gesetzgeber (falls er überhaupt die Problematik erkannt hat) dürfte seinen Ansatz ebenfalls nur auf die quotale Beteiligung am statutarischen Kapital bezogen haben, so dass diese enge Interpretation dem Sinn der Richtlinie eher entspricht. Die Fragen, die das Bestehen genehmigter oder bedingter Kapitalia bei der Übertragerin für § 143 E-UmwG aufwirft, muss die Praxis dann allerdings immer noch lösen.

7. Artikel 3 (Änderung der Kostenordnung)

Die Änderung der Kostenordnung in diesem Bereich ist zwingende Folge der Richtlinie. Angesichts der schon bisher außerordentlich niedrigen Gebühren sind die Auswirkungen gering.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Oliver Vossius