

## **Stellungnahme der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt vom 16.3.2006 zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes**

*Das BMJ hat am 17.2.2006 einen "Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes" veröffentlicht ([Volltext](#); (PDF) s. dazu bereits Haritz/Wolff, GmbHR 2006, 340), durch den der gesellschaftsrechtliche Teil der Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005 (ABl. EU L 310 v. 25.11.2005) in deutsches Recht umgesetzt werden soll. Zugleich will der Gesetzentwurf Konsequenzen aus der Entscheidung des EuGH v. 13.12.2005 in Sachen "Sevic" (GmbHR 2006, 140 m. Komm. Haritz) ziehen. Hierzu hat die Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt gegenüber dem Bundesministerium der Justiz wie folgt Stellung genommen:*

An das  
Bundesministerium der Justiz  
Herrn Ministerialrat Dr. Hans-Werner Neye  
11015 Berlin

Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes nach dem Stand vom 13.2.2006

Aktenzeichen: III A 1-3501/19-32 151/2006

Sehr geehrter Herr Dr. Neye,

für Ihr Schreiben vom 14.2.2006, mit dem Sie uns über den o.g. Referentenentwurf informiert haben, danken wir Ihnen sehr und nehmen zum Entwurf wie folgt Stellung.

Wir würden uns freuen, wenn Sie unsere Anregungen im weiteren Verfahren berücksichtigen können, und verbleiben

mit besten Grüßen

Centrale für GmbH  
Dr. Otto Schmidt

### **I. Grundsätzliches**

Der Entwurf ist grundsätzlich zu begrüßen. Er bringt in vielerlei Hinsicht Rechtssicherheit und Erleichterungen für Unternehmen. Insbesondere trifft die zügige Umsetzung der EU-Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf ein großes praktisches Bedürfnis gerade kleiner und mittlerer Unternehmen. Diese haben häufig die Rechtsform der GmbH. Aber auch für die zahlreichen GmbH & Co. KG besteht dieses Bedürfnis. Deshalb ist es sehr zu bedauern, dass die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht auch auf diese Rechtsform erstreckt worden ist. So müssen sich diese Unternehmen mit einer europarechtskonformen Auslegung von §§ 1 und 3 UmwG und einer analogen Anwendung der Vorschriften für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften helfen. Um ihnen dieses zu ersparen, sollte die grenzüberschreitende Verschmelzung in Übereinstimmung mit der SEVIC Systems-Entscheidung des EuGH für alle Gesellschaften i.S.d. Art. 48 Abs. 2 EG-Vertrag, insbesondere auch für Personenhandelsgesellschaften, zugelassen und geregelt werden. Das ist gesetzestechnisch

kein Problem und würde den betroffenen Gesellschaften und ihren Beratern erhebliche Hilfe leisten.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die gefundene gesetzestechnische Lösung, lediglich den Besonderen Vorschriften der Verschmelzung einen weiteren Abschnitt hinzuzufügen, wirklich den Unternehmen am besten dient. Sie besticht zwar durch ihre Einfachheit, schafft aber ein Sonderrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung mit der Tendenz zur Abschottung. Sicherlich würde die durch die Rechtsprechung des EuGH nahe gelegte Änderung des § 1 UmwG mit dem Problem konfrontiert, dass die Voraussetzungen eines grenzüberschreitenden Formwechsels, an dem als formwechselnder Rechtsträger oder Rechtsträger neuer Rechtsform eine Gesellschaft ausländischen Rechts beteiligt ist und der notwendigerweise mit einer grenzüberschreitenden Verlegung des Satzungssitzes verbunden ist, noch nicht ausreichend geklärt erscheinen. Wenngleich eine solche Regelung nach dem Vorbild der SE-VO im deutschen Recht äußerst wünschenswert wäre -- insoweit käme wiederum eine Anlehnung an die EU-Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung in Betracht --, so ist eine Öffnung des § 1 UmwG für grenzüberschreitende Umwandlungen auch ohne die Einbeziehung des Formwechsels gesetzestechnisch machbar. Anknüpfungspunkt wäre hierbei die Identität von formwechselndem Rechtsträger und Rechtsträger neuer Rechtsform. Demnach könnte man bei der Novellierung von § 1 UmwG in Umkehrung von § 122a Abs. 1 E-UmwG voraussetzen, dass an einer Umwandlung mindestens ein Rechtsträger mit Sitz im Inland beteiligt ist. Da es beim Formwechsel nur einen beteiligten Rechtsträger gibt, der auch weiterhin seinen Sitz im Inland haben muss, würde der so geänderte § 1 UmwG den grenzüberschreitenden Formwechsel nicht erfassen. Dessen Zulässigkeit würde vielmehr allein von einer Änderung des § 191 Abs. 2 UmwG abhängen.

Der Begriff der Beteiligung richtet sich im Übrigen nach §§ 3 Abs. 1, 124 Abs. 1 UmwG. Beteiligter Rechtsträger ist daher auch der im Zuge der Umwandlung entstehende neue Rechtsträger. Eine nach deutschem Recht zulässige grenzüberschreitende Verschmelzung ist also auch beispielsweise bei Verschmelzung einer französischen und einer belgischen SA zu einer dadurch gegründeten deutschen GmbH gegeben. Das entspricht auch der Richtlinie und § 122a Abs. 1 E-UmwG.

Eine organische Folge einer solchen Änderung des § 1 UmwG wäre jedoch die Zulassung und Regelung auch der grenzüberschreitenden Spaltung, d.h. einer Spaltung, an der mindestens ein Rechtsträger mit Sitz im Inland als übertragender, übernehmender oder neuer Rechtsträger beteiligt ist. Das ist auch sachgemäß und ergibt sich zwingend aus der SEVIC Systems-Entscheidung des EuGH. Diese Rechtsfolge ergibt sich übrigens auch bei der vorliegenden gesetzestechnischen Lösung aus der umfassenden Verweisung des § 125 S. 1 UmwG, die sich zweifelsfrei auch auf den neuen Abschnitt über die Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften erstreckt.

## **II. Zu einzelnen bedeutsamen Änderungen des UmwG**

### **1. § 35 UmwG (Bezeichnung unbekannter Aktionäre)**

§ 35 UmwG hat erhebliche praktische Bedeutung, und zwar sowohl für die Verschmelzung als auch für die Spaltung, für die er aufgrund der Verweisung in § 125 S. 1 ebenfalls gilt. Auch für den Formwechsel ist § 35 UmwG anzuwenden (§ 213 UmwG). Die Benennung der Anteilshaber ist für eine übernehmende oder neue Personenhandelsgesellschaft sowie auch für die GmbH gesetzlich vorgeschrieben. Nach der bisherigen Fassung des § 35 waren im Falle unbekannter Aktionäre deren Aktienurkunden anzugeben. Dies war aus verschiedenen

Gründen bei Publikumsgesellschaften nicht praktikabel. Deshalb wurde praeter legem der Ausweg beschritten, lediglich den auf die unbekanntesten Aktionäre insgesamt entfallenden Betrag des Grundkapitals und die ihnen insgesamt zugewiesenen Anteile am übernehmenden oder neuen Rechtsträger anzugeben. Diesen Ausweg hat der Gesetzgeber jetzt durch die Neufassung von § 35 UmwG sanktioniert. Die 5 %-Grenze ist jedoch überflüssig. Zumindest sollte statt dessen eine 10 %-Grenze vorgesehen werden, wie sie sich selbst im Aktienrecht in vergleichbaren gesetzlichen Regelungen findet, wie etwa § 71 Abs. 1 Nr. 8 oder § 186 Abs. 3 S. 4 AktG. Dafür spricht auch, dass die Bezeichnung unbekannter Aktionäre nicht die AG, sondern die übernehmende GmbH oder Personenhandelsgesellschaft betrifft. In letzterer Hinsicht ist erwähnens- und begrüßenswert, dass die Regelung des § 35 UmwG auch die Beteiligung unbekannter Aktionäre als Kommanditist an einer übernehmenden GmbH & Co. KG ermöglicht. Dies sollte wegen der fehlenden Eintragung im Handelsregister, die in § 35 UmwG nicht erwähnt wird, durch eine entsprechende Modifizierung von § 162 Abs. 1 HGB klargestellt werden. Diese Modifizierung kann in einem neuen § 44a UmwG enthalten sein.

## **2. §§ 44, 48 UmwG (Prüfungsverlangen)**

Die Änderung folgt einem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses des DAV und entspricht einem praktischen Bedürfnis.

## **3. § 54, 68 UmwG (Verzicht auf Anteilsgewährung)**

Die Ergänzung von § 54 Abs. 1 und § 68 Abs. 1 UmwG bestätigt eine schon bisher in der Literatur vertretene Meinung, nach der die Anteilsgewährung verzichtbar ist und nicht etwa im Falle der Verschmelzung von Schwestergesellschaften gleichwohl unter Gläubigerschutzgesichtspunkten eine Kapitalerhöhung verlangt werden kann. Diese Klarstellung ist außerordentlich zu begrüßen, weil die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte dieser Literaturmeinung bisher nicht gefolgt ist.

## **4. § 122a UmwG (Grenzüberschreitende Verschmelzung)**

Die Vorschrift enthält eine verunglückte Definition der grenzüberschreitenden Verschmelzung. Die Unstimmigkeit ergibt sich aus der Formulierung "*mindestens* eine der beteiligten Gesellschaften dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegt". Danach läge eine grenzüberschreitende Verschmelzung auch vor, wenn alle beteiligten Gesellschaften dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegen. Richtigerweise wird entsprechend Art. 1 der Richtlinie vorausgesetzt, dass mindestens eine der beteiligten Gesellschaften dem deutschen Recht und mindestens eine beteiligte Gesellschaft dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegt. Außerdem könnte die Definition schadlos auch auf Drittstaaten ausgedehnt werden. Das sollte wirklich ernsthaft überlegt werden. Schließlich setzt die Durchführbarkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung ohnehin voraus, dass die beteiligte ausländische Rechtsordnung eine Verschmelzung i.S.v. § 1 Abs. 1 UmwG kennt (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie).

## **5. § 122b UmwG (Verschmelzungsfähige Gesellschaften)**

Anders als in dieser Vorschrift geregelt, sollte auch die Beteiligung der GmbH & Co. KG an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zugelassen werden, wenn man nicht darüber hinaus die grenzüberschreitende Verschmelzung generell für alle Personenhandelsgesellschaften bzw. die dieser entsprechenden ausländischen Rechtsformen

öffnen will (siehe dazu bereits oben). Allein dies entspricht der SEVIC Systems-Entscheidung des EuGH und kommt den kleinen und mittleren Unternehmen entgegen.

#### **6. § 122c UmwG (Verschmelzungsplan)**

Abs. 1 schreibt zunächst in getreuer Umsetzung der Richtlinie einen gemeinsamen Verschmelzungsplan aller beteiligten Gesellschaften vor. Dieser ähnelt dem für innerstaatliche Verschmelzungen vorgeschriebenen Verschmelzungsvertrag. Umso mehr sollte man sich überlegen, ob man nicht auch die innerstaatliche Verschmelzung insoweit dem internationalen Standard anpasst. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob der deutsche Gesetzgeber anordnen kann, dass der gemeinsame Verschmelzungsplan notariell beurkundet werden muss. Denn die Form des gemeinsamen Verschmelzungsplans muss für alle beteiligten Gesellschaften einheitlich sein. Insofern besteht ein Unterschied zur Gründung einer SE durch Verschmelzung, bei der es keinen gemeinsamen Verschmelzungsplan gibt, vielmehr jede beteiligte Gesellschaft für sich einen Verschmelzungsplan aufstellt. Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung kann die Regelung der Richtlinie über den gemeinsamen Verschmelzungsplan deshalb insoweit nicht durch den jeweiligen nationalen Gesetzgeber, sondern nur durch Rückgriff auf die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie ergänzt werden, die lediglich Schriftlichkeit vorsieht. Dies muss aber dann auch für den Verschmelzungsvertrag nach deutschem Recht gelten. Denn einen sachlichen Grund für eine Differenzierung gibt es nicht.

Abs. 2 enthält hinsichtlich des notwendigen Inhalts des Verschmelzungsplans zu Recht eine wortgetreue Umsetzung der Richtlinie.

#### **7. § 122d UmwG (Bekanntmachung des Verschmelzungsplans)**

Die Bezugnahme auf § 10 HGB ist nicht korrekt. Im Übrigen handelt es sich um eine schonende Umsetzung von Art. 6 der Richtlinie und eine kleine Kumulation mit § 61 UmwG.

#### **8. § 122e UmwG (Verschmelzungsbericht)**

Satz 1 ergänzt die auch für die grenzüberschreitende Verschmelzung geltenden § 8 Abs. 1 und 2 UmwG (in der Begründung wird allerdings fälschlicherweise eine Verweisung in § 122b Abs. 3 erwähnt. Gemeint ist wohl die Verweisung in § 122a Abs. 2). Auch im Übrigen handelt es sich um eine wortgetreue Umsetzung von Art. 7 der Richtlinie. Die Zuleitung des Verschmelzungsberichts an die Arbeitnehmer ist sachgemäßer als die für innerstaatliche Verschmelzungen vorgeschriebene Zuleitung des Verschmelzungsvertrags. Man sollte sich überlegen, ob man nicht auch für die innerstaatliche Verschmelzung eine Erläuterung der Auswirkungen auf die Arbeitnehmer vorschreibt und die Zuleitung nur des Berichts und nicht des Verschmelzungsvertrags an die Arbeitnehmer vorsieht.

#### **9. § 122f UmwG (Verschmelzungsprüfung)**

Die Vorschrift setzt Art. 8 der Richtlinie um, wobei weitgehend die Verweisung des § 122a Abs. 2 UmwG eingreift (in der Begründung wird wiederum eine Verweisung in § 122b Abs. 3 erwähnt). Die Prüfung ist auch für die GmbH obligatorisch. Der Gesetzgeber zieht keine Folgerungen daraus, dass von einer Prüfung des Verschmelzungsplans erst in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie die Rede ist. Das soll sich offenbar auch auf Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie beziehen.

## **10. § 122g UmwG (Zustimmung der Anteilsinhaber)**

Hier handelt es sich wiederum um eine getreue Umsetzung der Richtlinie. Im Übrigen gilt kraft Verweisung in § 122a Abs. 2 (nicht: § 122b Abs. 3) das für innerstaatliche Verschmelzungen geltende Recht einschließlich von § 62 UmwG.

## **11. § 122h UmwG (Verbesserung des Umtauschverhältnisses)**

Getreue Umsetzung von Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie. Auch im Übrigen keine Bedenken.

## **12. § 122i UmwG (Abfindung widersprechender Anteilsinhaber)**

Die Vorschrift macht von dem Wahlrecht gemäß Art. 4 Abs. 2 S. 2 der Richtlinie Gebrauch. Das ist sehr bedauerlich, kann es doch die grenzüberschreitende Verschmelzung gerade von kleinen und mittleren Unternehmen erheblich hemmen oder sogar vereiteln. Der Schutz der Minderheitsgesellschafter erscheint in Anbetracht der erforderlichen Dreiviertelmehrheit übertrieben. Zutreffender wäre es, das Abfindungsrecht nur unter den Voraussetzungen des § 29 UmwG zu gewähren.

## **13. § 122j UmwG (Gläubigerschutz)**

Mehrfach ist vom "Verlegungsplan" die Rede (= Redaktionsversehen). Im Übrigen ist die Regelung sachgemäß. Aus § 122k Abs. 1 S. 2 UmwG ergibt sich, dass die Sicherheit von der übertragenden Gesellschaft zu leisten ist. Daher wird das sich bei Anwendung von § 22 UmwG ergebende Problem der Anwendung auf die übernehmende oder neue Gesellschaft vermieden.

## **14. § 122k UmwG (Verschmelzungsbescheinigung)**

Abs. 2 begegnet Bedenken. Zunächst ist zweifelhaft, ob mit der Formulierung: "für die Gesellschaft" der Prüfungsumfang unmissverständlich entsprechend Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie eingeschränkt wird. Zudem dürfte die Eintragungsnachricht nicht als Verschmelzungsbescheinigung für die ausländische Kontrollstelle geeignet sein.

## **15. § 122l UmwG (Konstitutive Eintragung der Verschmelzung)**

Diese Vorschrift betrifft die Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister einer deutschen übernehmenden oder neuen Gesellschaft. Sie setzt Art. 11 und 13 der Richtlinie um. Dazu ist nichts weiter zu bemerken.

## **16. § 132 UmwG (Beachtung allgemeinen Rechts)**

Die Aufhebung von § 132 UmwG ist außerordentlich zu begrüßen. Sie macht erst die Spaltung zu einer vollwertigen Umwandlung. Ganze Bibliotheken werden Makulatur. Vielleicht sollte man in dem Zusammenhang auch § 131 Abs. 3 reformieren. Das Entstehen von Mitberechtigungen ist nicht praktikabel. Besser wäre eine Aufteilung nach der Funktion des Gegenstands im Sinne einer ergänzenden Vertragsauslegung.

## **17. § 141 UmwG (Ausgliederung zur Neugründung)**

Die Ausnahme vom Spaltungsverbot für Ausgliederungen zur Neugründung ist plausibel. Sie erleichtert Umstrukturierungen im Konzern und hat vor allem im Hinblick auf die Aufhebung von § 132 UmwG praktische Bedeutung. Konsequenterweise sollte man für die Spaltung zur Neugründung auch die Prüfungspflicht entfallen lassen, indem man in § 135 Abs. 1 S. 1 UmwG auch die §§ 9 bis 12 UmwG ausnimmt. Eine große Hilfe für die Praxis wäre auch, wenn man für die Abspaltung von einer 100 %igen Tochtergesellschaft auf die Mutter die Prüfungspflicht entfallen lassen würde. Auch hier handelt es sich um eine reine Umstrukturierung im Konzern ohne Gläubiger- oder Minderheitenschutzbedürfnisse. Das müsste dadurch geschehen, dass in § 125 S. 1 UmwG die Ausnahme des § 9 Abs. 2 UmwG entfällt.

#### **18. § 192 UmwG (Vermögensaufstellung)**

Der Wegfall der Vermögensaufstellung ist sehr zu begrüßen. Es handelte sich hier um ein wenig sinnvolles Formwechselhindernis.

#### **19. § 4 Spruchverfahrensgesetz (Antragsfrist)**

In der neuen Nr. 5 des Abs. 1 fehlen die Worte: "..., bekannt gemacht worden ist;".

Für die Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt  
gez. RA Dr. *Harald Kallmeyer* (Düsseldorf)