

Berlin, August 2006
Stellungnahme Nr. 47/06
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Handelsrechtsausschuss

**zum
Regierungsentwurf eines**

Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes

Mitglieder des Ausschusses:

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

Zuständiger DAV-Geschäftsführer:
Rechtsanwalt Jens Wagener

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Bundesministerium der Finanzen
Vorsitzender des Rechtsausschusses des Bundestages
Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Landesgruppen und -verbände des DAV
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
Handelsrechtsausschuß des DAV
Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Deutscher Notarverein
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Richterbund
ÖTV Abt. Richterinnen und Richter
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
Deutscher Steuerberaterverband
Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
Bundesverband der Freien Berufe
ver.di
Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
Bundesverband Deutscher Banken
Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) - Die Aktionärsvereinigung -
Zeitschrift „Die Aktiengesellschaft“
NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
WM Wertpapiermitteilungen
ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Börsenzeitung
Handelsblatt
Frankfurter Allgemeine Zeitung
NJW
Financial Times Deutschland
Deutscher Notarverein
Kommission der Europäischen Gemeinschaften

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 61.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesregierung hat am 9. August 2006 den Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes beschlossen. Das Gesetzesvorhaben bezweckt zum einen die Umsetzung der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (Richtlinie 2005/56/EG vom 26. Oktober 2005). Zum anderen soll das Umwandlungsgesetz (UmwG) aufgrund der Erfahrungen in der Praxis in einer Reihe von Punkten geändert werden.

Der Handelsrechtsausschuss nimmt nachfolgend zu beiden Teilen des Gesetzesvorhabens Stellung. Der Entwurf greift mit seinen nicht durch die Umsetzung der Richtlinie bedingten Vorschriften zu einem großen Teil die Vorschläge zur Änderung des UmwG auf, die der Handelsrechtsausschuss im April 2000 vorgelegt hat (Stellungnahme 12/2000, abgedr. in NZG 2000, 802 ff).

1. § 14 Abs. 2 UmwG Spruchverfahren bei dem übernehmenden Rechtsträger

- (1) Der Handelsrechtsausschuss hat schon mehrfach vorgeschlagen, auch für die Bewertungsrüge des Anteilsinhabers der übernehmenden Gesellschaft die Anfechtung auszuschließen und ein Spruchverfahren zu eröffnen (Stellungnahme zum RefE des UmwG, WM-Sonderbeilage Nr. 2/1993, Rdn. 50 ff; Vorschläge zur Änderung des UmwG NZG 2000, 802/803; Stellungnahme zum Bericht der *Baums*-Kommission, BB 2003, Beilage 4, 1/9; Stellungnahme zum RefE des UMAG, NZG 2004, 555/565). Eine Erstreckung der §§ 14 Abs. 2, 15 UmwG auf die Anteilsinhaber der übernehmenden Gesellschaft wird de lege ferenda auch vom Deutschen Juristentag (Abteilung Wirtschaftsrecht des 63. DJT 2000), der Regierungskommission Corporate Governance (Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rdn. 151) sowie der ganz herrschenden Meinung im Schrifttum gefordert (Nachw. bei *J. Vetter* ZHR 168 (2004) 8/24). Eine dahin gehende Regelung enthielt der Diskussionsentwurf zum SE-Ausführungsgesetz für den Fall der Gründung einer SE durch Verschmelzung; er wurde fallen gelassen, weil es wenig Sinn machte, eine punktuelle Regelung für die Verschmelzung zur SE zu treffen, ohne das Problem umfassend auch im UmwG und AktG zu lösen (vgl. Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses zum DiskE des SEAG, NZG 2004, 75/76). Bei den Vorarbeiten zum UMAG war

daran gedacht, in § 255 Abs. 2 AktG für die Sachkapitalerhöhung einen Anfechtungsausschluss zugunsten eines Spruchverfahrens vorzusehen; auch dieses Vorhaben wurde zurückgestellt, um nicht der notwendigen umfassenden Regelung vorzugreifen. Im Zuge der jetzt anstehenden Revision des UmwG ist es an der Zeit, die allseits geforderte Neuregelung durchzuführen.

- (2) Durch eine auf eine Bewertungsrüge gestützte Anfechtungsklage des Aktionärs der übernehmenden Gesellschaft kann die Verschmelzung auf Jahre blockiert werden. Das Freigabeverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG ist kein Ausweg, weil es praktisch ausgeschlossen ist, die "offensichtliche Unbegründetheit" einer Bewertungsrüge nachzuweisen, und auch die Abwägungsklausel hilft nicht weiter, weil die betragsmäßige Auswirkung des behaupteten Bewertungsfehlers, der bei der Abwägung als gegeben unterstellt werden muss, regelmäßig zu groß ist. In der Praxis sind die Unternehmen deshalb darauf bedacht, Verschmelzungskonzepte zu realisieren, bei denen die Publikumsaktionäre ausschließlich bei übertragenden Gesellschaften anzutreffen sind, z.B. durch die Wahl einer Verschmelzung zur Neugründung. Um die günstigere prozessuale Konstellation zu erreichen, werden große finanzielle Nachteile, insbesondere der zusätzliche Anfall von Grunderwerbsteuern, in Kauf genommen.
- (3) Der Handelsrechtsausschuss verkennt nicht die schwierigen Regelungsprobleme, die sich bei der Einführung eines Spruchverfahrens für die Aktionäre des übernehmenden Rechtsträgers stellen. Sie betreffen insbesondere die Rechtsfolgen, die der Gesetzgeber für den Fall vorsehen sollte, dass im Spruchverfahren eine unangemessene Benachteiligung der Altgesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers durch das Umtauschverhältnis festgestellt wird. Die Rechtsfolge kann nicht darin bestehen, dass die (ehemaligen) Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft die zuviel gewährten Anteile an der übernehmenden Gesellschaft zurückzugewähren haben; eine solche Lösung würde an praktischen Schwierigkeiten scheitern und auch dem schützenswerten Vertrauen des Rechtsverkehrs in den Bestand der gewährten Aktien widersprechen. Der Ausgleich kann somit nur durch eine Leistung der übernehmenden Gesellschaft an ihre Altgesellschafter erreicht werden. Diese Leistung sollte nicht notwendig in einer baren Ausgleichszahlung (in Durchbrechung von § 57 AktG) bestehen, sondern es sollte der übernehmenden Gesellschaft das Recht eingeräumt werden, den Ausgleich statt durch eine Barzahlung durch eine wertmäßig entsprechende Gewährung von zusätzlichen Anteilen an dem übernehmenden Rechtsträger zu erbringen.

- (4) Für die grenzüberschreitende Verschmelzung sieht der Entwurf in § 122 h UmwG-E ein Spruchverfahren nicht für die Anteilsinhaber einer deutschen *übernehmenden* Gesellschaft, sondern nur für die Anteilsinhaber einer deutschen *übertragenden* Gesellschaft vor, und auch dies nur, wenn die Anteilsinhaber der beteiligten ausländischen Gesellschaften diesem deutschen Sonderweg zustimmen. Es mag sein, dass unsere europäischen Partner nicht bereit wären, eine entsprechende Regelung auch für die deutsche übernehmende Gesellschaft zu akzeptieren. Aber das sollte den deutschen Gesetzgeber nicht davon abhalten, dem vorstehend skizzierten Missstand jedenfalls für nationale Verschmelzungen abzuwehren.

2. § 15 UmwG Gewährung zusätzlicher Anteile statt barer Zuzahlung

Die Nachbesserung des im Spruchverfahren als unangemessen festgestellten Umtauschverhältnisses zugunsten der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers erfolgt nach § 15 Abs. 1 UmwG ausschließlich durch bare Zuzahlung. Für die übernehmende Gesellschaft erwächst daraus das Risiko einer künftigen Zahlung aus dem Eigenkapital in nicht vorhersehbarer Höhe; am Ende eines langjährigen Spruchverfahrens kann sich aus der Zahlungspflicht sogar eine existenzgefährdende Situation für die übernehmende Gesellschaft ergeben. Die Beschränkung auf die bare Zuzahlung steht, wie der Handelsrechtsausschuss dargelegt hat (Vorschlag Nr. 7), auch im Widerspruch zur Lösung des Gesetzgebers beim Unternehmensvertrag für den Fall der Abfindung in Aktien der Obergesellschaft; eine unzureichende Abfindung in Aktien hat nach § 305 Abs. 5 AktG die Verpflichtung zur Gewährung zusätzlicher Aktien zur Folge.

Der Handelsrechtsausschuss hat deshalb vorgeschlagen, der übernehmenden Gesellschaft das Wahlrecht einzuräumen, den durch das Gericht festgesetzten Ausgleich durch Zusatzaktien anstelle einer baren Zuzahlung zu leisten. Die dafür nötige Bereitstellung von Aktien sollte erleichtert werden (insbesondere durch Erweiterung von § 71 Abs. 1 Nr. 3 AktG, durch die Zulassung eines für diesen Zweck bestimmten bedingten Kapitals und durch eine Ausnahme von § 212 AktG bei Schaffung der benötigten neuen Aktien durch eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln).

Der Referentenentwurf greift diesen Vorschlag leider nicht auf. Er wird noch einmal mit Nachdruck wiederholt.

3. § 16 Abs. 3 UmwG-E Freigabeverfahren

- (1) § 246 a Abs. 3 S. 5 AktG schreibt vor, dass der Beschluss in dem durch das UMAG eingeführten aktienrechtlichen Freigabeverfahren aus Anlass von Anfechtungsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse über Maßnahmen der Kapitalbeschaffung oder Kapitalherabsetzung oder einen Unternehmensvertrag spätestens drei Monate nach Antragstellung ergehen soll; Verzögerungen der Entscheidung sind durch (un-anfechtbaren) Beschluss zu begründen. Diese Regelung soll auf den umwandlungsrechtlichen Freigabebeschluss nach § 16 Abs. 3 UmwG übertragen werden. Das ist sachgerecht, weil die Interessenlage vergleichbar ist und die Effizienz des Eilverfahrens mit dem Ziel der Eintragung von angegriffenen Strukturbeschlüssen entscheidend davon abhängt, dass die Entscheidungen zügig getroffen werden.
- (2) Im Anschluss an die Entscheidung des BGH vom 29. Mai 2006, ZIP 2006, 1151 ("T-Online/Deutsche Telekom") sollte zur Klarstellung in Abs. 3 ein neuer Satz 6 eingefügt werden:

"Die Rechtsbeschwerde ist ausgeschlossen."

Der bisherige Satz 6 wird dann Satz 7. Dieselbe Klarstellung sollte in § 246 a Abs. 3 AktG als neuer Satz 4 vorgenommen werden.

4. § 19 Abs. 1 Satz 2 UmwG-E Eintragung der Verschmelzung

Nach § 19 Abs. 1 UmwG darf die (gemäß § 20 Abs. 1 UmwG konstitutive) Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers erst erfolgen, nachdem sie im Register des Sitzes jedes der übertragenden Rechtsträger eingetragen ist. Die Eintragung im Register des Sitzes jedes der übertragenden Rechtsträger ist nach § 19 Abs. 1 Satz 2 UmwG mit dem Vermerk zu versehen, dass die Verschmelzung erst mit der Eintragung im Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers wirksam wird. Dieser Vermerk ist überflüssig und seine Veröffentlichung löst unnötige Kosten aus, wenn – wie in der Praxis bei komplexen Umstrukturierungen üblich – die registerpflichtigen Vorgänge mit den zuständigen Registerführern im Detail abgestimmt sind und die taggleiche Eintragung der verschiedenen Schritte der Umstrukturierung durch entsprechende Absprachen mit den Registergerichten sichergestellt ist. Die Neuregelung sieht mit Recht vor, dass der Vermerk unterbleiben kann, wenn die Eintragungen am selben Tag erfolgen.

5. § 29 Abs. 1 UmwG-E Barabfindung

- (1) Nach § 29 Abs. 1 UmwG muss der Verschmelzungsvertrag eine Barabfindung anbieten, wenn ein übertragender Rechtsträger auf einen Rechtsträger anderer Rechtsform verschmolzen wird (S. 1) oder wenn die Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger vinkuliert sind. (S. 2)

Die Verschmelzung einer börsennotierten AG auf eine nicht börsennotierte AG, die auch nicht im Zuge der Verschmelzung börsennotiert werden soll, löst de lege lata kein Barabfindungsangebot aus. In der Literatur ist die analoge Anwendung des § 29 UmwG auf den Fall des „kalten Delisting“ vorgeschlagen worden, weil durch die Verschmelzung auf eine nicht börsennotierte AG zwar die handelsrechtlicher Veräußerbarkeit der neuen Anteile nicht eingeschränkt ist, der Verlust der Börsennotierung aber faktisch die Veräußerbarkeit der Aktien in einem Maße erschwert, das eine entsprechende Anwendung von § 29 UmwG rechtfertigen würde. Der Referentenentwurf greift diese Vorschläge auf und sieht eine Barabfindung bei der Verschmelzung einer börsennotierten Gesellschaft auf eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft nunmehr vor. Das ist zu begrüßen und bei konsequenter Fortentwicklung der Macrotron-Entscheidung (BGHZ 153, 47), die bekanntlich für den Fall eines von der Hauptversammlung beschlossenen Delisting einer börsennotierten Aktiengesellschaft rechtsfortbildend ein Recht der Minderheit zum Ausscheiden gegen Barabfindung entwickelt hat, im Ergebnis – wohl auch verfassungsrechtlich – geboten.

- (2) Durch die weitere Änderung in § 29 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. UmwG-E soll ein Redaktionsversehen beseitigt werden: Die Annahme des Angebots auf Barabfindung zwingt den übernehmenden Rechtsträger zum Erwerb eigener Anteile. Der Erwerb ist aber sowohl bei der übernehmenden AG (§ 71 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 AktG) als auch bei der übernehmenden GmbH (§ 33 Abs. 3 GmbHG) nur beschränkt zugelassen. Wenn diese Beschränkungen nicht eingehalten werden, soll der Erwerb dennoch nicht nur dinglich, sondern auch schuldrechtlich wirksam sein. Das gewährleistet § 29 Abs. 1 S. 1 2. Hs. UmwG für die AG durch den Ausschluss von § 71 Abs. 4 S. 2 AktG; entsprechend soll auch für die GmbH § 33 Abs. 2 S. 3 GmbHG ausgeschlossen werden. Das ist folgerichtig.

6. § 35 UmwG-E Bezeichnung unbekannter Aktionäre

Nach § 35 UmwG sind unbekannte Aktionäre einer übertragenden AG oder KGaA „im Verschmelzungsvertrag, bei Anmeldungen zur Eintragung in ein Register oder bei der Eintragung in eine Liste von Anteilsinhabern durch Angabe ihrer Aktienurkunden sowie erforderli-

chenfalls des auf die Aktie entfallenden Anteils zu bezeichnen, soweit eine Benennung der Anteilshaber für den übernehmenden Rechtsträger gesetzlich vorgeschrieben ist“. Nach § 213 UmwG ist § 35 UmwG auf die Bezeichnung unbekannter Aktionäre beim Formwechsel einer AG entsprechend anzuwenden.

Die Vorschrift hat in der Praxis erhebliche Probleme bereitet und im Zusammenhang mit dem Formwechsel einer börsennotierten AG in eine GmbH & Co. KG bereits mehrfach die Gerichte beschäftigt. Das Erfordernis der Angabe der für die unbekanntesten Aktionäre bestehenden Aktienurkunden ist unbefriedigend, insbesondere vor dem Hintergrund der üblichen Verwahrung der Aktien im Girosammeldepot ohne Einzelverbriefung und erst recht vor dem Hintergrund des seit 1994 möglichen vollständigen Ausschlusses des Verbriefungsanspruchs der Aktionäre gem. § 10 Abs. 5 AktG.

§ 35 UmwG-E soll es zukünftig zulassen, dass unbekannteste Aktionäre einer übertragenden Aktiengesellschaft oder KGaA durch die Angabe des insgesamt auf sie entfallenden Teils des Grundkapitals der Gesellschaft und der auf sie nach der Verschmelzung entfallenden Anteile zu bezeichnen sind. Eine solche Bezeichnung ist - zur Vermeidung von Missbräuchen - allerdings nur zulässig für Anteilshaber, deren Anteile zusammen 5% des Grundkapitals der übertragenden Gesellschaft nicht überschreiten. Werden die Anteilshaber später bekannt, sind Register oder Liste von Amts wegen zu berücksichtigen. Bis zu diesem Zeitpunkt kann das Stimmrecht aus den betreffenden Anteilen in dem übernehmenden Rechtsträger nicht ausgeübt werden.

Diese Regelungen sind sachgerecht. Sie entsprechen in allen Punkten den Empfehlungen des Handelsrechtsausschusses (Vorschlag Nr. 13).

7. § 36 Abs. 2 UmwG Nachgründung bei Neugründung

Für die Verschmelzung durch Neugründung verweist § 36 Abs. 2 AktG auf die für den neuen Rechtsträger geltenden Gründungsvorschriften, bei Neugründung einer AG also auch auf die Nachgründungsvorschrift des § 52 AktG. Der Handelsrechtsausschuss hat vorgeschlagen, von der Anwendung des § 52 AktG abzusehen, wenn alle übertragenden Gesellschaften seit mehr als zwei Jahren als Kapitalgesellschaften bestehen (Vorschlag Nr. 14). Der Referentenentwurf greift diesen Vorschlag leider nicht auf. Das erscheint inkonsequent angesichts der im Entwurf vorgesehenen Änderung zu § 67 UmwG (dazu nachfolgend zu 12.).

8. § 44, § 48 UmwG-E Verschmelzungsprüfung

Bei Verschmelzungen unter Beteiligung einer Personengesellschaft oder einer GmbH findet eine Prüfung nach den §§ 9 – 12 UmwG nur statt, wenn ein Gesellschafter sie verlangt. Eine Frist für die Stellung des Prüfungsverlangens sieht die lex lata nicht vor. Nach wohl einhelliger Meinung kann deshalb der Antrag auch noch in der beschließenden Gesellschafterversammlung gestellt werden mit der Folge, dass die Beschlussfassung vertagt werden muss. Zur Vermeidung dieses misslichen Ergebnisses hat die Literatur vorgeschlagen, die Geschäftsführung könne vorab allen Gesellschaftern eine angemessene Frist für das Prüfungsverlangen setzen; in diesem Fall sei ein nach Ablauf der Frist geäußertes Prüfungsverlangen regelmäßig treuwidrig. Weil unsicher ist, ob die Gerichte dieser Auffassung folgen würden, ist es sachgerecht, dass der Referentenentwurf im Anschluss an den Vorschlag des Handelsrechtsausschusses (Vorschlag Nr. 15) vorsieht, dass das Prüfungsverlangen nur binnen einer Frist von einer Woche gestellt werden kann, nachdem die Gesellschafter die Verschmelzungsunterlagen erhalten haben.

Fraglich ist allenfalls, ob es für den Fristbeginn auf den tatsächlichen Zugang oder auf den Tag ankommen soll, an dem der Zugang unter normalen Umständen zu erwarten ist. Aus dem Wortlaut des Entwurfs kann man schließen, dass es auf den tatsächlichen Zugang ankommt. Wie für die Frage, ob die Wochenfrist für die Einberufung einer Gesellschafterversammlung gemäß § 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG eingehalten ist, sollte jedoch nicht der tatsächliche, sondern der unter normalen Umständen zu erwartende Zugang für den Lauf der Wochenfrist maßgeblich sein. Das sollte in der Begründung klargestellt werden.

9. § 51 Abs. 1 S. 3, § 52 UmwG-E Zustimmungsvorbehalt bei nicht voll eingezahlten Anteilen

§ 51 Abs. 1 S. 3 UmwG ordnet die entsprechende Anwendung von Satz 1 und 2 für den Fall an, dass eine GmbH, auf deren Geschäftsanteile nicht alle zu leistende Einlagen in vollem Umfang bewirkt sind, von einer anderen GmbH durch Verschmelzung aufgenommen wird. Die Vorschrift ist unklar formuliert mit der Folge, dass über ihre Auslegung ein schwer verständlicher Streit entbrannt ist: Trotz der schiefen Formulierung muss man schon de lege lata davon ausgehen, dass die „entsprechende“ Anwendung von Satz 1 und 2 bedeutet, dass im Fall von Satz 3 sämtliche Gesellschafter der **übernehmenden** GmbH der Verschmelzung zustimmen müssen, weil (nur) ihnen infolge der Aufnahme einer GmbH, bei der nicht alle Geschäftsanteile voll eingezahlt sind, infolge der Verschmelzung das Risiko einer Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG aufgebündet wird. Während man diese Schwierigkeit de lege lata noch interpretatorisch in den Griff bekommen kann, ist § 52 UmwG, der für alle in

§ 51 Abs. 1 UmwG geregelten Fälle die Vorlage der Zustimmungserklärung der Gesellschafter des **übertragenden** Rechtsträgers vorsieht, für den Fall des § 51 Abs. 1 S. 3 UmwG vollends missglückt: Die wortlautgemäße Interpretation hatte nämlich zur Folge, dass dem Registergericht die Zustimmungserklärungen aller Gesellschafter der übertragenden GmbH vorgelegt werden müssten, obwohl doch materiell die Zustimmung aller Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft erforderlich ist. Dadurch erhielten Anteilsinhaber, deren Zustimmung materiell gar nicht erforderlich war, eine formale Vetoposition gegen die Durchführung der Verschmelzung. Der Referentenentwurf beseitigt dieses Redaktionsversehen entsprechend dem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses (Vorschlag Nr. 16) und formuliert nunmehr explizit, dass es bei der Verschmelzung einer GmbH, auf deren Geschäftsanteile nicht alle zu leistende Einlagen in voller Höhe bewirkt sind, auf eine andere GmbH der Zustimmung der Gesellschafter dieser übernehmenden GmbH bedarf und dass (nur) diese Zustimmung auch dem Registergericht nachzuweisen ist.

10. § 54 Abs. 1 S. 2, § 68 Abs. 1 S. 2 UmwG-E Verzicht auf Anteilsgewährung

In Rechtsprechung und Literatur zum neuen Umwandlungsrecht war außerordentlich streitig, ob eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Kapitalgesellschaft entbehrlich ist, wenn alle Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers auf die Gewährung neuer Anteile verzichten. Praktische Bedeutung hat dies vor allem bei Konzernverschmelzungen, namentlich der Fusion von Schwestergesellschaften. Eine verbreitete Auffassung in der Literatur hält die Durchführung einer Kapitalerhöhung insbesondere unter Berufung auf die Äußerungen in der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 54 UmwG (BT-Dr. 12/6699, S. 101) für zwingend erforderlich; noch weitergehend wird in der neueren Literatur behauptet, das gebundene Kapital der übernehmenden Gesellschaft müsse zwingend um den Nennbetrag des gebundenen Kapitals der übertragenen Gesellschaft erhöht werden, um eine „kalte Kapitalherabsetzung“ durch Verschmelzung zu verhindern (sog. „Summengrundsatz“).

Der Referentenentwurf stellt nunmehr klar, dass die Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Kapitalgesellschaft zur Disposition aller Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers steht. Verzichten diese in notarieller Urkunde auf die Anteilsgewährung, ist sie entbehrlich.

Diese Regelung entspricht dem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses (Vorschlag Nr. 1) und ist sehr zu begrüßen.

11. § 59 S. 2 UmwG-E Geschäftsführerbestellung bei Verschmelzung durch Neugründung

§ 59 S. 2 UmwG schreibt vor, dass die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat der durch Verschmelzung errichteten GmbH durch Beschluss der Anteilshaber des oder der übertragenden Rechtsträger bestellt werden, erwähnt jedoch nicht die Bestellung der Geschäftsführer der im Zuge der Verschmelzung durch Neugründung errichteten GmbH, die bei der mitbestimmungsfreien GmbH folgerichtig ebenfalls von einem Beschluss der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers abhängen muss. Entsprechend dem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses (Vorschlag Nr. 17) schließt der Referentenentwurf diese Lücke.

12. § 67 UmwG-E Nachgründung bei übernehmender AG

Nach § 67 UmwG ist die Verschmelzung bei der übernehmenden AG wie eine Nachgründung zu behandeln, wenn die AG vor weniger als zwei Jahren eingetragen wurde. Dies gilt de lege lata auch dann, wenn die AG durch den Formwechsel einer seit mehr als zwei Jahren bestehenden GmbH entstanden ist. Für den zuletzt genannten Fall erklärt der Referentenentwurf die Anwendung der Nachgründungsvorschriften nunmehr durch eine Ergänzung der Ausnahmeregelung in Satz 2 für entbehrlich. Das entspricht dem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses (Vorschlag Nr. 18).

13. § 68 UmwG iVm. § 71 Abs. 1 Nr. 3 AktG Eigene Aktien für Umtausch

Nach § 68 UmwG braucht die übernehmende AG ihr Kapital nicht zu erhöhen, soweit sie eigene Aktien besitzt, die sie für den Umtausch verwenden kann. Es fehlt jedoch in § 71 Abs. 1 Nr. 3 AktG die Zulassung des Erwerbs eigener Aktien für diesen Zweck. Der Handelsrechtsausschuss hat mehrfach eine entsprechende Ausweitung des § 71 Abs. 1 Nr. 3 AktG vorgeschlagen (Vorschlag Nr. 19 aus 2000 zur Änderung des UmwG; Stellungnahme vom März 2003 zu den Vorschlägen der *Baums*-Kommission BB 2003 Beilage 4, 1/9). Leider greift der Referentenentwurf diesen Vorschlag nicht auf.

14. § 105 UmwG-E Verschmelzung von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden

Nach § 105 UmwG können de lege lata genossenschaftliche Prüfungsverbände nur im Wege der Aufnahme eines Prüfungsverbands durch einen anderen Prüfungsverband verschmolzen werden. Der genossenschaftliche Prüfungsverband ist also genau gesehen kein unbeschränkt verschmelzungsfähiger Rechtsträger i.S.d. § 3 UmwG. Es ist konsequent, dass der Referentenentwurf im Anschluss an den Vorschlag des Handelsrechtsausschusses (Vor-

schlag Nr. 2) die Möglichkeit eröffnet, Prüfungsverbände auch zur Neugründung miteinander zu verschmelzen. Zu begrüßen ist auch, dass der genossenschaftliche Prüfungsverband einen eingetragenen Verein aufnehmen kann, soweit die Mitglieder des Vereins Genossenschaften oder genossenschaftsnahe Unternehmen sind und die für die Verleihung des Prüfungsrechts zuständige oberste Landesbehörde zustimmt.

Zehnter Abschnitt: Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften

15. § 122 a UmwG-E Grenzüberschreitende Verschmelzung

Die Umschreibung der „grenzüberschreitenden Verschmelzung“ in § 122 a Abs. 1 UmwG-E ist missverständlich. Gemeint ist nicht eine Verschmelzung, an der mindestens eine EU-Auslandsgesellschaft beteiligt ist; danach könnte nämlich auch eine Verschmelzung erfasst sein, an der Gesellschaften aus Drittländern beteiligt sind. Gemeint ist vielmehr eine Verschmelzung im Sinne des Umwandlungsgesetzes, also unter Beteiligung von Rechtsträgern mit Sitz im Inland (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG), bei der zusätzlich mindestens eine der beteiligten Gesellschaften dem Recht eines anderen Mitgliedstaates der EU oder des EWR unterliegt. Eine Klarstellung ergibt sich auch nicht aus der nachfolgenden Umschreibung der verschmelzungsfähigen Rechtsträger in § 122 b UmwG-E. Denn danach könnten an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung im Sinne der Neuregelung auch ausschließlich EU/EWR-Auslandsgesellschaften teilnehmen.

16. § 122 b UmwG-E Verschmelzungsfähige Gesellschaften

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschriften zur grenzüberschreitenden Verschmelzung in § 122 b Abs. 1 UmwG-E auf Kapitalgesellschaften entspricht zwar der Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, die mit den §§ 122 a ff. UmwG-E umgesetzt werden soll. Diese Beschränkung berücksichtigt aber nicht die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 48 des EG-Vertrages (vgl. EuGH vom 13.12.2005 – Rs C-411/03, ZIP 2005, 2311 "Sevic"). Danach darf das deutsche Umwandlungsgesetz die Beteiligung von Rechtsträgern aus anderen EU-Mitgliedstaaten nicht generell von einer Verschmelzung mit inländischen Rechtsträgern ausschließen. Dies gilt nicht nur für die Verschmelzung unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften, sondern sinngemäß auch für die Verschmelzung mit Personenhandelsgesellschaften und anderen Unternehmensträgern. Der Grundgedanke der Entscheidung des EuGH gilt gleichermaßen auch für grenzüberschreitende Spaltungen sowie möglicherweise auch für den internationalen Formwechsel. Es ist bedauerlich, dass der vorliegen-

de Gesetzentwurf nicht dazu genutzt wird, die Rechtsprechung des EuGH auch in diesem Bereich umzusetzen. Die zahlreichen Praxisprobleme, die sich aus der EuGH-Entscheidung ergeben, werden damit nur teilweise gelöst.

Der Deutsche Rat für Internationales Privatrecht hat zwar zur notwendigen Wiedergewinnung der Rechtssicherheit nach der EuGH-Entscheidung den Erlass einer europäischen Verordnung vorgeschlagen, die grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Vermögensübertragungen für alle Gesellschaften des Zivil- und Handelsrechts regeln soll (vgl. RIW Beilage 1 zu Heft 4/2006). Ob und wann es zu einer solchen Verordnung kommt, ist aber völlig offen. Erst wenn sich ergeben sollte, dass eine gemeinschaftsrechtliche Regelung nicht erreichbar ist, wird ersatzweise eine autonome deutsche Regelung vorgeschlagen. Für die Unternehmen wäre eine umgekehrte Reihenfolge des Vorgehens hilfreicher, nämlich zunächst eine deutsche Regelung, die ggf. später durch eine gemeinschaftsrechtliche Regelung abgelöst wird.

17. § 122 c UmwG-E Verschmelzungsplan

- (1) Entscheidender Organisationsakt bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung ist im Unterschied zur reinen Inlandsverschmelzung nicht der Verschmelzungsvertrag (vgl. § 5 UmwG), sondern der gemeinsame Verschmelzungsplan. Dies entspricht sowohl den Bestimmungen der 10. Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung als auch der 3. Richtlinie über die inländischen Verschmelzungen (vgl. dort Art. 11). Damit stellt sich die Frage, ob nicht auch bei der innerstaatlichen Verschmelzung das bisherige Vertragskonzept zu Gunsten des europäischen Standards eines gemeinsamen Organisationsaktes aufgegeben werden sollte. Dass die innerstaatliche und die grenzüberschreitende Verschmelzung insoweit konzeptionell unterschiedlich geregelt werden, überzeugt jedenfalls nicht.
- (2) Bedauerlich ist, dass entsprechend den Vorgaben der Richtlinie im Verschmelzungsplan auch Angaben über die voraussichtlichen Auswirkungen der Verschmelzung auf die Beschäftigung enthalten sein müssen (§ 122 c Abs. 2 Nr. 4 UmwG-E). Damit wird der Verschmelzungsplan mit einem Berichtspunkt befrachtet, der besser ausschließlich in den Verschmelzungsbericht gehören würde. Im Vergleich mit § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG ist die Formulierung allerdings insofern enger, als es nur um die „voraussichtlichen“ Auswirkungen der Verschmelzung geht und dabei auch nur die „Beschäftigung“ angesprochen ist und nicht auch über die Auswirkungen auf die Arbeitnehmervertretungen und die evtl. vorgesehenen Maßnahmen berichtet werden muss. Diese

engere Formulierung sollte Anlass sein, § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG entsprechend anzupassen.

- (3) Unklar ist, was unter den „Angaben zur Bewertung des Aktiv- und Passivvermögens“ nach § 122 c Abs. 2 Nr. 11 UmwG-E zu verstehen ist. Gemeint ist offenbar eine Aussage darüber, zu welchen handelsrechtlichen Werten, insbesondere zum Buchwert oder zum Verkehrswert, die Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens übernommen werden sollen. Es wäre wünschenswert, wenn die Gesetzesbegründung dazu nähere Erläuterungen enthalten würde. Das gleiche gilt für die Angabe des Stichtags bestimmter Bilanzen nach § 122 c Abs. 2 Nr. 12 UmwG-E. Auch hier wäre es hilfreich, wenn die Gesetzesbegründung z.B. klarstellen würde, dass damit die Stichtage der Schlussbilanzen der beteiligten übertragenden Rechtsträger gemeint sind.

18. § 122 d UmwG-E Bekanntmachung des Verschmelzungsplans

Neuartig, durch die Richtlinie aber vorgegeben, ist die Verpflichtung des Gerichts gemäß § 122 d Nr. 4 UmwG-E, nicht nur auf die Rechte der Gläubiger und der Minderheitsgesellschafter hinzuweisen, sondern darüber hinaus eine Anschrift anzugeben, unter der kostenlos vollständige Auskünfte über die Ausübung dieser Rechte eingeholt werden können. Dabei bezieht sich die Auskunftspflicht auf alle an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften. Die betreffende Stelle müsste also z.B. auch Auskunft über die Rechte der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter in den beteiligten ausländischen Gesellschaften geben können.

19. § 122 e UmwG-E Verschmelzungsbericht

- (1) § 122 e UmwG-E ist, wie die Verwendung des Wortes „auch“ und der Ausschluss von § 8 Abs. 3 UmwG verdeutlichen, als Ergänzung zu § 8 UmwG gedacht. Um eine bloße Ergänzung handelt es sich jedoch nicht, da sich die Berichterstattung nach § 8 UmwG auf den Verschmelzungsvertrag nach § 5 UmwG bezieht; die davon abweichenden bzw. zusätzlichen Angaben im Verschmelzungsplan nach § 122 e UmwG-E wären damit nicht von der Berichtspflicht erfasst. Tatsächlich verlangt die Richtlinie in Art. 7 Abs. 1 auch nur allgemein eine Erläuterung und Begründung der rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Verschmelzung. Ein näheres Eingehen auf die Angaben im Verschmelzungsplan ist damit nicht vorgeschrieben. Art. 7 der Richtlinie sollte dementsprechend als eigenständige Regelung umgesetzt werden. Bei dieser Gelegenheit sollte klargestellt werden, dass die beteiligten Gesellschaften - wie nach § 8 Abs. 1 Satz 1 a.E. UmwG - auch einen gemeinsamen Verschmelzungsbericht erstellen können. Im Hinblick darauf, dass der Verschmelzungs-

plan gemeinsam zu erstellen ist, sollte auch die Berichterstattung zur Verschmelzung gemeinsam erfolgen können.

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass der Verschmelzungsbericht auch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung schriftlich zu erstatten ist. Das Erfordernis der ausführlichen Berichterstattung ist dagegen in § 122 e UmwG-E nicht erwähnt, so dass der Umfang der Berichterstattung auf ein vernünftiges Maß begrenzt werden kann.

- (2) Positiv hervorzuheben ist, dass nur der Verschmelzungsbericht, nicht auch der Verschmelzungsplan dem zuständigen Betriebsrat bzw. den Arbeitnehmern der beteiligten Gesellschaften zuzuleiten ist. Diese Regelung sollte in § 8 UmwG übernommen und dafür die Zuleitung des Verschmelzungsvertrages an den Betriebsrat gemäß § 5 Abs. 3 UmwG gestrichen werden.

Für die Zuleitung sieht § 122 e UmwG-E vor, dass der Bericht „nach § 63 Abs. 1 Nr. 4 zugänglich zu machen“ ist. Nach der Begründung ist damit die Auslage des Berichts in den Geschäftsräumen der Gesellschaft gemeint. Da die Verweisung diesen Sinn nicht klar genug zum Ausdruck bringt, sollte besser in den Gesetzestext aufgenommen werden, dass der Bericht „durch Auslage in dem Geschäftsraum der Gesellschaft zugänglich zu machen“ ist.

20. § 122 h UmwG-E Verbesserung des Umtauschverhältnisses

Die Vorschrift beruht auf Art. 10 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie, wonach die Durchführung eines separaten, der Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht entgegenstehenden Spruchverfahrens zur Verbesserung des Umtauschverhältnisses von der ausdrücklichen Akzeptanz seitens der anderen sich verschmelzenden Gesellschaften abhängig ist, deren nationale Rechtsordnungen ein solches Verfahren nicht vorsehen.

Die Einschränkung, auf "Gesellschaften, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum unterliegen", ergibt sich schon aus § 122a Abs. 1 UmwG-E, wenn man davon ausgeht, dass überhaupt nur solche ausländischen Gesellschaften an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt sein können. Wenn das in § 122a UmwG-E hinreichend klargestellt wird (siehe oben zu dieser Norm), kann die Wiederholung dieser Einschränkung in den Folgebestimmungen entfallen.

Da sich der Verweis auf die allgemeinen Verschmelzungsvorschriften in § 122 a Abs. 2 UmwG-E lediglich auf Kapitalgesellschaften deutschen Rechts bezieht, ist es sachgerecht, dass § 122h UmwG-E nach dem Vorbild des § 6 Abs. 4 Satz 2 des SE-Ausführungsgesetzes den Anwendungsbereich von § 15 UmwG auf ausländische Gesellschaften erstreckt. § 15 UmwG selbst stellt aber bereits klar, dass der Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses nur den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers offen steht. In § 122h Abs. 2 UmwG-E muss das nicht wiederholt werden; der entsprechende klarstellende Hinweis kann daher entfallen.

§ 122 h UmwG-E könnte danach wie folgt gefasst werden:

"§ 122 h
Verbesserung des Umtauschverhältnisses

- (1) Sind an der grenzüberschreitenden Verschmelzung Gesellschaften beteiligt, deren nationale Rechtsvorschriften kein Verfahren zur Kontrolle oder Änderung des Umtauschverhältnisses der Anteile vorsehen, das einer Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht entgegensteht, gelten § 14 Abs. 2 und § 15 nur dann, wenn die Anteilshaber dieser Gesellschaften dem im Verschmelzungsbeschluss ausdrücklich zustimmen.
- (2) Für Anteilshaber einer an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten ausländischen Gesellschaft gilt § 15 entsprechend, wenn nach dem Recht des Staates, dem die ausländische Gesellschaft unterliegt, ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses der Anteile vorgesehen ist und deutsche Gerichte für die Durchführung eines solchen Verfahrens international zuständig sind."

21. § 122 i UmwG-E Abfindungsangebot im Verschmelzungsplan

- (1) Die Vorschrift soll auf Grundlage der Ermächtigung zum Erlass angemessener Schutzvorschriften zugunsten dissentierender Minderheitsgesellschafter in Art. 4 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie und unter Berücksichtigung der in Art. 10 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie angeordneten eingeschränkten Anwendbarkeit von Abfindungsvorschriften ein Ausscheiden gegen angemessene Barabfindung sicherstellen. Für die Unternehmen kann die danach bei jeder grenzüberschreitenden Verschmelzung notwendig anzubietende Barabfindung unter Umständen zu einer erheblichen Liquiditätsgefährdung führen. Die Regelung erschwert damit faktisch die Möglichkeit einer Hinausverschmelzung aus Deutschland.

- (2) Soweit von der Regelung auch die Verschmelzung auf eine ausländische Gesellschaft als übernehmende Gesellschaft erfasst ist, deren Anteile an einem Markt im Sinne von § 3 Abs. 2 AktG gehandelt werden, schießt die Regelung über ihr Ziel hinaus. Dann kann das Abfindungsinteresse dissentierender Minderheitsgesellschafter nämlich mit dem Kapitalerhaltungsinteresse der übernehmenden Gesellschaft liquiditätsschonend und zu minimalen Transaktionskosten über den Kapitalmarkt zum Ausgleich gebracht werden. Die verschiedenen europäischen Kapitalmarktrichtlinien haben inzwischen zu einem einheitlichen Anforderungen unterliegenden europäischen Kapitalmarkt geführt. Soweit die Anteile der übernehmenden Gesellschaft in einem organisierten Markt zum Handel zugelassen sind, kann auch unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Maßgeblichkeit des Börsenkurses für Abfindungszahlungen davon ausgegangen werden, dass der durch Art. 14 GG geschützten Rechtsposition des deutschen Anteilsinhabers durch die Möglichkeit zum Verkauf der Anteile der übernehmenden ausländischen Gesellschaft an der Börse hinreichend Rechnung getragen wird. Schließlich wird die angekündigte Richtlinie zur grenzüberschreitenden Stimmrechtsausübung auch die Wahrnehmung der Verwaltungsrechte in ausländischen Gesellschaften erleichtern, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt ein zwingendes Barabfindungsangebot jedenfalls bei börsennotierten aufnehmenden Gesellschaften nicht notwendig erscheint.
- (3) Während nach § 29 UmwG der übernehmende Rechtsträger zur Zahlung der Abfindung verpflichtet wird, stellt § 122 i Abs. 1 Satz 1 UmwG-E allein auf die übertragende Gesellschaft ab. Dem liegt der zutreffende Befund zugrunde, dass das deutsche Recht eine ausländische übernehmende Gesellschaft nicht von dem für sie unter Umständen geltenden Verbot des Erwerbs eigener Gesellschaftsanteile dispensieren kann. Bedenkt man allerdings, dass § 29 UmwG als Schutzvorschrift der widersprechenden Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers zu den gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie weiter geltenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften gehört, dann erschließt sich das Regelungsbedürfnis des § 122 i Abs. 1 UmwG-E nicht. Denn § 29 Abs. 1 Satz 3 UmwG eröffnet für den Fall, dass der übernehmende Rechtsträger keine eigenen Anteile erwerben darf, die Möglichkeit, die Barabfindung gegen Ausscheiden aus dem übertragenden Rechtsträger anzubieten. Diese Regelung greift nicht in das dem deutschen Gesetzgeber entzogene innere Gefüge des übernehmenden ausländischen Rechtsträgers ein. Auch unter kollisionsrechtlichen Aspekten ist die Anwendung des § 29 UmwG auf Grundlage der herrschenden Vereinigungstheorie unbedenklich möglich, so dass allenfalls ein klarstellender Hinweis im Gesetz angebracht wäre. Auch unter Rechtsverfolgungsaspekten erscheint eine Vorverlagerung der Pflicht zur Barabfindung auf die übertragende Ge-

sellschaft nicht als zwingend notwendig, da auch nach Durchführung der Verschmelzung in aller Regel zumindest noch eine Zweigniederlassung im Inland bestehen wird. Schließlich wäre eine Rechtsverfolgung in den Staaten des europäischen Wirtschaftsraum auch nicht unzumutbar.

- (4) Hinsichtlich des § 122 i Abs. 2 UmwG-E kann auf die Ausführungen zu § 122 h UmwG-E verwiesen werden. Vorzugswürdig erscheint, aus § 122 i Abs. 2 Satz 2 UmwG-E aufgrund des eigenständigen Regelungsgehalts einen separaten Absatz 3 zu machen. § 122 i UmwG-E könnte demgemäß wie folgt neu gefasst werden:

"§ 122 i
Abfindungsangebot im Verschmelzungsplan

- (1) Soweit die Anteile der übernehmenden oder neuen Gesellschaft zum Handel an einem organisierten Markt in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums zugelassen sind oder unverzüglich nach Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung zugelassen werden, besteht kein Anspruch auf Barabfindung im Sinne von § 29.
- (2) Sind an der grenzüberschreitenden Verschmelzung Gesellschaften beteiligt, deren nationale Rechtsvorschriften kein Verfahren zur Abfindung von Minderheitsgesellschaftern vorsehen, das einer Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht entgegensteht, gelten § 32 und § 34 nur dann entsprechend, wenn die Anteilshaber dieser Gesellschaften dem im Verschmelzungsbeschluss ausdrücklich zustimmen.
- (3) Für Anteilshaber einer ausländischen Gesellschaft gilt § 34 entsprechend, wenn nach dem Recht dieses Staates ein Verfahren zur Abfindung von Minderheitsgesellschaftern vorgesehen ist und deutsche Gerichte für die Durchführung eines solchen Verfahrens international zuständig sind."

22. § 122 j UmwG-E Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft

- (1) Durch § 122 j UmwG-E soll abweichend vom Regelungsmodell des § 22 UmwG bereits vor Eintragung der Verschmelzung ein Anspruch auf Sicherheitsleistung gegenüber der übertragenden Gesellschaft bestehen, damit die Gläubiger ihre Rechte nicht im Ausland durchsetzen müssen. Die Norm geht sowohl hinsichtlich des Zeitpunkts des Anspruchs auf Sicherheitsleistung als auch hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen über § 22 UmwG hinaus. Insbesondere enthält die Norm keine § 22 Abs. 2 UmwG entsprechende Einschränkung. Der Handelsrechtsausschuss wiederholt in-

soweit sein schon zu § 8 SEAG vorgetragenes Petitum einer ersatzlosen Streichung dieser weitergehenden Gläubigerschutzvorschrift (vgl. Stellungnahme Nr. 65/03 vom November 2003, NZG 2004, 75/78). Zum einen wird am Sitz der übertragenden Gesellschaft in aller Regel zumindest eine Zweigniederlassung verbleiben, so dass eine Rechtsdurchsetzung im Ausland regelmäßig nicht erforderlich sein wird. Zum anderen ist aber auch nicht ersichtlich, dass mit einer Rechtsverfolgung in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums besondere Schwierigkeiten verbunden wären.

- (2) Der im Entwurf vorgeschlagene Zeitraum von zwei Monaten nach dem Tag, an dem der Verschmelzungsplan oder sein Entwurf bekannt gemacht worden ist, würde eine grenzüberschreitende Verschmelzung freilich nicht übermäßig verzögern. Der Verschmelzungsplan muss spätestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung veröffentlicht werden und zur Abgabe der Negativerklärung nach §§ 122 a Abs. 2 UmwG-E, 16 Abs. 2 UmwG, die wiederum Voraussetzung für die Erteilung einer Verschmelzungsbescheinigung durch das Registergericht ist, muss nach der Beschlussfassung grundsätzlich die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG abgewartet werden.
- (3) Wenn der Gesetzgeber den Gläubigerschutz bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung entsprechend modifizieren will, so ist dies aber nur in den Fällen gerechtfertigt, in denen die übernehmende oder neue Gesellschaft nicht dem deutschen Recht unterliegt. Dies sollte im Gesetz entsprechend klargestellt werden. Demgegenüber besteht in den Fällen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, in denen die übernehmende oder neue Gesellschaft ihren Sitz in Deutschland hat, für die Gläubiger einer übertragenden deutschen Gesellschaft kein von § 22 UmwG nicht abgedecktes Schutzbedürfnis.
- (4) Sofern der Gesetzgeber es bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht insgesamt bei der Regelung des § 22 UmwG bewenden lassen will, sollte die Einschränkung entsprechend § 22 Abs. 2 UmwG ergänzt und § 122 j Abs. 1 UmwG-E wie folgt gefasst werden:

"§ 122 j

Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft

- (1) Unterliegt die übernehmende oder neue Gesellschaft nicht dem deutschen Recht, ist den Gläubigern einer übertragenden Gesellschaft ist, wenn sie binnen zwei Monaten nach Bekanntmachung des Verschmelzungsplans oder seines Entwurfs ihren Anspruch nach Grund und Höhe schriftlich anmelden, Sicherheit zu leisten, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können. Dieses Recht steht den Gläubigern jedoch nur zu, wenn sie glaubhaft machen, dass durch die Verschmelzung die Erfüllung ihrer Forderungen gefährdet wird, und sie im Falle der Insolvenz kein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben, die nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichtet und staatlich überwacht ist."

23. § 122 k UmwG-E Verschmelzungsbescheinigung

- (1) Die Vorschrift setzt die in Art. 10 der Richtlinie geregelte Vorabbescheinigung in nationales Recht um. Systematisch zutreffend knüpft die Vorschrift an die Zuständigkeit des Registergerichts am Sitz der Gesellschaft nach § 16 Abs. 1 UmwG an. Ohne Grund wird aber die Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 2 UmwG, wonach zur Verfahrensbeschleunigung auch das Vertretungsorgan des übernehmenden Rechtsträgers berechtigt ist, die Verschmelzung zur Eintragung in das Register des Sitzes jedes der übertragenden Rechtsträger anzumelden, nicht übernommen. Statt lediglich auf das Vertretungsorgan einer übertragenden Gesellschaft abzustellen, sollte auch auf die entsprechende Anwendung von § 16 Abs. 1 Satz 2 UmwG verwiesen werden.
- (2) Nach dem Wortlaut von § 122 k Abs. 1 Satz 2 UmwG-E setzt die Abgabe der Versicherung die Gewährung angemessener Sicherheit an alle nach § 122j UmwG-E anspruchsberechtigten Gläubiger voraus. Das geht zu weit. Weitere Voraussetzung muss sein, dass die Sicherheit auch verlangt worden ist.
- (3) Dass dem Gericht eine Prüfungskompetenz zukommt, braucht in § 122 k Abs. 2 UmwG-E nicht ausdrücklich erwähnt zu werden. Prüfungskompetenz und -umfang ergeben sich aus der Anordnung der Zuständigkeit und dem gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt der Vorabbescheinigung. Eine entsprechende Zuständigkeitsanordnung muss durch entsprechende Ergänzung des § 145 Abs. 1 FGG allerdings erst noch eingefügt werden.
- (4) Weiterhin erscheint es angebracht, den von Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie festgelegten Inhalt der Vorabbescheinigung, nämlich "dass die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten ordnungsgemäß vollzogen wurden", auch

im Gesetzestext zum Ausdruck zu bringen. Auf diese Weise würde die europaweite Anerkennung der Vorabbescheinigung sichergestellt.

- (5) Unklar bleibt schließlich, warum der Gesetzgeber statt des von der Richtlinie vorgeschlagenen Termins der Vorabbescheinigung den der Verschmelzungsbescheinigung wählt. Die Diktion der Richtlinie bringt den Charakter der Vorläufigkeit der Bescheinigung besser zum Ausdruck. Im Übrigen würden Unklarheiten gegenüber ausländischen Registern über den Rechtscharakter der Bescheinigung durch die Verwendung einer einheitlichen Bezeichnung von vornherein vermieden werden.
- (6) § 122 k Abs. 3 UmwG-E kann ersatzlos gestrichen werden. Das Ziel des Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie, eine möglichst zeitnahe Überprüfung der Rechtmäßigkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung herbeizuführen, wird bereits durch § 122 l Abs. 1 Satz 3 1. HS UmwG-E erreicht, der bestimmt, dass die Vorabbescheinigungen bei der Eintragung nicht älter als sechs Monate sein dürfen.
- (7) Demgemäß sollte § 122 k UmwG-E wie folgt neu gefasst werden:

"§ 122 k
Vorabbescheinigung

- (1) Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung sind zur Eintragung bei dem Register des Sitzes der übertragenden Gesellschaft anzumelden. Die Mitglieder des Vertretungsorgans der übertragenden Gesellschaft haben eine Versicherung abzugeben, dass allen nach § 122 j berechtigten Gläubigern, die Sicherheit verlangt haben, eine angemessene Sicherheit geleistet wurde. Im Übrigen gelten § 16 und § 17 entsprechend.
- (2) Liegen die Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende Verschmelzung vor, dann stellt das Gericht über den ordnungsgemäßen Vollzug der der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten unverzüglich eine Bescheinigung (Vorabbescheinigung) aus. Als Vorabbescheinigung gilt die Nachricht über die Eintragung der Verschmelzung im Register. Die Eintragung ist mit dem Vermerk zu versehen, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung unter den Voraussetzungen des Rechts des Staates, dem die übernehmende oder neue Gesellschaft unterliegt, wirksam wird. Die Vorabbescheinigung darf nur ausgestellt werden, wenn eine Versicherung nach Absatz 1 Satz 2 vorliegt. Ist ein Spruchverfahren anhängig, ist dies in der Vorabbescheinigung anzugeben.
- (3) Nach Eingang einer Mitteilung des Registers, in dem die übernehmende oder neue Gesellschaft eingetragen ist, über das Wirksamwerden

der Verschmelzung hat das Gericht des Sitzes der übertragenden Gesellschaft den Tag des Wirksamwerdens zu vermerken und die bei ihm aufbewahrten elektronischen Dokumente diesem Register zu übermitteln."

24. § 122 I UmwG-E Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung

Die Vorschrift will unter Beachtung des Art. 12 der Richtlinie, wonach die Verschmelzung frühestens nach einer Überprüfung der grenzüberschreitenden Aspekte wirksam werden darf, Zweierlei regeln: die nach Art. 11 der Richtlinie vorgeschriebene Überprüfung der Rechtmäßigkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung und die von Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie geforderten Meldungen an die Register der übrigen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften. Allerdings wird in § 122 I Abs. 1 Satz 2 UmwG-E zusätzlich zu den Anforderungen in Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie die Beifügung einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer gefordert. Dies ist indes sachgerecht, da die für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung zuständige Stelle gemäß Art. 11 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie unter anderem sicherstellen soll, dass gegebenenfalls eine Vereinbarung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer gemäß Art. 16 der Richtlinie geschlossen wurde. Die in Art. 14 der Richtlinie beschriebenen Eintragungswirkungen werden zurecht nicht gesondert geregelt. Hier ist über die Verweisung in § 122 a Abs. 2 UmwG-E die Vorschrift des § 20 UmwG entsprechend anzuwenden. Ebenso lässt sich § 20 Abs. 2 UmwG im Lichte von Art. 17 der Richtlinie europarechtskonform so verstehen, dass eine wirksam eingetragene grenzüberschreitende Verschmelzung durch nationale Gerichte nicht mehr für nichtig erklärt werden kann. Grundlegenden Änderungsbedarf sieht der Handelsrechtsausschuss deshalb nicht. Wie schon zu § 122 k UmwG-E angemerkt, sollte in § 122 I Abs. 1 Satz 2, 3 UmwG-E statt des Begriffs der Verschmelzungsbescheinigung der in der Richtlinie vorgeschlagene Begriff der Vorabbescheinigung verwendet werden. Schließlich sollte das Redaktionsversehen in § 122 I Abs. 1 Satz 1 UmwG-E behoben werden, indem der Ausdruck "Handelsregister" durch "Register" ersetzt wird.

25. § 132 UmwG Beachtung allgemeinen Rechts

Die vorgeschlagene Streichung des § 132 UmwG entspricht einer Forderung des Handelsrechtsausschusses (Vorschlag Nr. 21) und ist sehr zu begrüßen. Die Vorschrift ist misslungen und hat sich in der Praxis wegen der mit ihr verbundenen großen Rechtsunsicherheit als „Spaltungsbremse“ erwiesen. Durch die Streichung des § 132 UmwG und der damit in Zusammenhang stehenden Vorschrift des § 131 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 UmwG wird sichergestellt, dass das gesamte im Spaltungs- und Übernahmevertrag konkretisierte Vermögen einschließlich der Verbindlichkeiten mit allen Rechten und Pflichten uneingeschränkt übergeht und von der Rechtsnachfolge nur höchstpersönliche Rechte und Pflichten

und von der Rechtsnachfolge nur höchstpersönliche Rechte und Pflichten ausgenommen bleiben.

26. § 141 UmwG-E Spaltungsverbot in Nachgründungsphase

Das generelle Spaltungsverbot in der Nachgründungsphase soll für die Ausgliederung zur Neugründung beseitigt werden. Damit wird der weitergehenden Forderung der Praxis, das Spaltungsverbot vollständig aufzuheben, die die Regierungskommission Corporate Governance aufgegriffen hatte, nur teilweise Rechnung getragen. Es sollte aber zumindest außer der Ausgliederung zur Neugründung auch die Ausgliederung zur Aufnahme zugelassen werden. Die konzerninterne Holding-Bildung erfolgt häufig durch Ausgliederung auf eine bereits bestehende Tochtergesellschaft. Wenn der Entwurf durch die Beschränkung auf Fälle der Ausgliederung zur Neugründung sicherstellen will, dass nicht über eine Ausgliederung zur Aufnahme verdeckt Werte an die anderen Anteilsinhaber des aufnehmenden Rechtsträgers verschoben werden, sollte jedenfalls eine Ausgliederung zur Aufnahme durch eine 100%-ige Tochtergesellschaft des übertragenden Rechtsträgers unbedenklich sein.

27. § 192 UmwG-E Vermögensaufstellung

Die Streichung des Erfordernisses einer Vermögensaufstellung gemäß § 192 Abs. 2 beim Formwechsel entspricht einem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses (Vorschlag Nr. 22) und ist sehr zu begrüßen.

28. § 197 UmwG-E Anwendung der Gründungsvorschriften

- (1) Die gesetzliche Klarstellung, dass beim Formwechsel eines Rechtsträgers in eine Aktiengesellschaft § 31 AktG anwendbar ist, entspricht einem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses (Vorschlag Nr. 23). In der Literatur war schon bislang § 197 Satz 2 UmwG einschränkend dahingehend ausgelegt worden, dass die noch ausstehende Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer der Wirksamkeit eines Formwechsels nicht entgegensteht.
- (2) Weitergehend regt der Handelsrechtsausschuss allgemein eine Einschränkung von § 197 Satz 1 UmwG an. Angesichts der Identität des Rechtsträgers stellt der Formwechsel keine Neugründung des formwechselnden Rechtsträgers dar. Dann sollten entgegen der allgemeinen Verweisung des § 197 Satz 1 UmwG nicht sämtliche Sachgründungsvorschriften beim Formwechsel anwendbar sein. Der Formwechsel sollte nur insoweit wie eine Sachgründung behandelt werden, als es eines Schutzes vor der

vor der Umgehung der Gründungsvorschriften im Kapitalgesellschaftsrecht bedarf. Beispielsweise ist die Verweisung des § 197 Satz 1 UmwG auf die Gründungsvorschriften für den Formwechsel in eine Personengesellschaft gegenstandslos. Im Personengesellschaftsrecht existieren keine zwingenden Kapitalaufbringungsvorschriften und eines Umgehungsschutzes bedarf es nicht (vgl. weiter zu Nr. 31).

29. § 228 UmwG-E Formwechsel in BGB-Gesellschaft

Die Streichung des § 228 Abs. 2 UmwG beim Formwechsel in eine BGB-Gesellschaft entspricht einem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses (Vorschlag Nr. 25). Die Unsicherheit der Qualifizierung einer Personengesellschaft als BGB-Gesellschaft oder Personenhandelsgesellschaft, der die Regelung Rechnung tragen sollte, ist mit der Änderung des § 105 Abs. 2 HGB durch das Handelsrechtsreformgesetz praktisch erledigt.

30. § 234 UmwG-E Gesellschaftsvertrag als Inhalt des Umwandlungsbeschlusses

Die Ergänzung in § 234 Nr. 3, UmwG-E, wonach beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft der Gesellschaftsvertrag notwendiger Inhalt des Umwandlungsbeschlusses ist, entspricht § 218 UmwG für den Formwechsel einer Personengesellschaft in eine GmbH. Auch diese Regelung entspricht einem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses (Vorschlag Nr. 26). Durch sie wird die bislang bestehende Unsicherheit beseitigt, ob die für den Beschluss über den Formwechsel erforderliche Dreiviertelmehrheit des § 233 Abs. 2 UmwG auch für die Festlegung des Gesellschaftsvertrages gilt, wie dies bislang schon überwiegend angenommen wurde. Die mit der Regelung verbundene Formpflicht für den sonst nicht formbedürftigen Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft ist beim Formwechsel von der Kapitalgesellschaft in die Personengesellschaft angemessen.

31. § 245 UmwG-E Nachgründung nach Formwechsel

- (1) Der Ausschluss der Nachgründungsregeln auf eine zwei Jahre alte GmbH beim Formwechsel in eine AG oder KGaA in § 245 Abs. 1 S. 3 UmwG-E entspricht einem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses (Vorschlag Nr. 28). Die Kapitalaufbringungsregeln bei der GmbH unterscheiden sich nicht grundlegend von denjenigen der AG.
- (2) Ebenso zu begrüßen ist die vorgeschlagene Klarstellung in § 245 Abs. 2 und 3 UmwG-E, dass beim Formwechsel einer AG in eine KGaA und umgekehrt die Nachgründungsvorschrift des § 52 AktG nicht (erneut) angewendet werden muss.

- (3) Weitergehend kann beim Formwechsel einer AG in eine KGaA und umgekehrt sowie beim Formwechsel einer AG/KGaA in eine GmbH und umgekehrt generell auf eine Anwendung der Gründungsvorschriften verzichtet werden. Eines Umgehungsschutzes bedarf es angesichts der vergleichbaren Kapitalaufbringungsregeln nicht (vgl. auch oben zu Nr. 28).

32. § 247 UmwG-E Vereinfachte Kapitalherabsetzung

Auch die Streichung des § 247 Abs. 2 UmwG zur Möglichkeit einer vereinfachten Kapitalherabsetzung mit Rückwirkung für die letzte Bilanz im Fall des Formwechsels einer GmbH in eine AG oder KGaA entspricht einem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses (Vorschlag Nr. 29). Die bisherige Regelung kann zu dem Fehlschluss verleiten, im umgekehrten Fall des Formwechsels einer AG oder KGaA in eine GmbH sei eine rückwirkende vereinfachte Kapitalherabsetzung unzulässig. Die Zulässigkeit ist jedoch seit Einführung des § 58a GmbHG im Jahr 1994 gesetzlich geregelt.

33. § 314a UmwG-E Falsche Angaben

Es ist konsequent, dass in § 314a UmwG-E die Abgabe einer falschen Versicherung nach § 122k Abs. 1 Satz 3 UmwG-E zur Leistung einer angemessenen Sicherheit unter Strafe gestellt wird. Zur Kritik an der Regelung des Gläubigerschutzes in § 122j UmwG-E und des Inhalts der Vorabbescheinigung nach § 122k UmwG-E s. oben Nr. 22 und 23.