



**UNIVERSITÄT
BAYREUTH**

Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M.
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
deutsches, europäisches und
internationales Unternehmens- und
Kapitalmarktrecht

1. November 2022

Universität Bayreuth, Universitätsstr. 30, 95440 Bayreuth

An den Rechtsausschuss des
Deutschen Bundestages
Platz der Republik 1

11011 Berlin

per E-Mail an: rechtsausschuss@bundestag.de

**Stellungnahme
zum Entwurf eines Gesetzes
zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie
(BT-Drs. 20/3822)**

**Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses
des Deutschen Bundestages am 7. November 2022**

Zusammenfassung

1. Der Regierungsentwurf des UmRUG ist **insgesamt sehr gut gelungen**. Alle **unionsrechtlichen Vorgaben**, die durch die UmwRL neu in die GesRRL eingefügt wurden, werden **umgesetzt**. Dabei trägt der UmRUG-RegE den **Bedürfnissen der Praxis** nach einem zugleich rechtssicheren sowie praktikablen Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Umwandlungen Rechnung und realisiert insbesondere auch einen **angemessenen Schutz der Stakeholder** (Minderheitsgesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer). Anzuregen sind lediglich einige geringfügige Modifikationen.
2. **Zentrale Weichenstellungen**
 - a) Der UmRUG-RegE bedient sich der **bekanntem und bewährten Verweisungstechnik** des UmwG.
 - b) **Sinnvoll und wichtig** ist, dass auch die **grenzüberschreitende Spaltung durch Aufnahme** mit erfasst wird.
 - c) Der Anwendungsbereich sollte generell auf **Personengesellschaften** erstreckt werden. Im Zweifel sollte aber die fristgerechte Umsetzung der UmwRL Vorrang haben.
3. **Schutz der Minderheitsgesellschafter**
 - a) Bei allen drei Arten der grenzüberschreitenden Umwandlung besteht ein **Austrittsrecht gegen Barabfindung**, wenn es dadurch für den betreffenden Anteilsinhaber zu einem „Rechtswechsel“ kommt. Die Einpassung der neuen Vorgaben der GesRRL ist insoweit sehr gelungen. Insbesondere ist auch die Aufspaltung in Mitteilung und Annahme die einstweilen zweckmäßigste Lösung.
 - b) Bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen und Spaltungen besteht erfreulicherweise sowohl für die Anteilsinhaber übertragender als auch übernehmender Gesellschaften ein **Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses**. Sehr zu begrüßen ist, dass eine AG, KGaA oder SE **statt einer baren Zuzahlung zusätzliche Aktien** gewähren kann. Die technische Ausgestaltung basiert auf einem Bestreben nach einem fairen Ausgleich der verschiedenen Interessen und ist insgesamt gut durchdacht. Nachdrücklich zu begrüßen ist zudem, dass all dies auch auf nationale Verschmelzungen und Spaltungen ausgedehnt wurde.
4. **Schutz der Gläubiger**

Die Regelungen zum Schutz der Gläubiger, speziell auch zum Anspruch der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft auf Sicherheitsleistung, sind insgesamt sehr gut umgesetzt. Die Regelung zur gerichtlichen Zuständigkeit könnte jedoch noch einmal überdacht werden. Wird sie beibehalten, so sollte zusätzlich zur gerichtlichen Geltendmachung eine Obliegenheit des Gläubigers zur Anzeige bei der Gesellschaft vorgesehen werden.
5. **Umwandlungsverfahren**
 - a) Die Umsetzung der neuen Vorgaben zu **Plan, Bericht, Prüfung, Beschluss und Rechtmäßigkeitskontrolle** ist insgesamt sehr gut gelungen.
 - b) Es erfolgt zu Recht keine weitere Konkretisierung des **Missbrauchstatbestands** im Gesetzestext.
 - c) Anzuregen sind lediglich kleinere Modifikationen in Detailfragen (Rn. 58 ff.).

Inhalt

I.	Einleitung	4
II.	Zentrale Weichenstellungen.....	4
1.	Gesetzgebungstechnik.....	4
2.	Erstreckung auf grenzüberschreitende Spaltungen durch Aufnahme	4
3.	Personengesellschaften	5
III.	Schutz der Minderheitsgesellschafter	6
1.	Austrittsrecht gegen Barabfindung	6
a)	Anwendungsbereich.....	6
b)	Barabfindungsangebot, Vollzug des Austritts und Zahlung der Barabfindung	6
c)	Spruchverfahren zur Überprüfung der Barabfindung	8
2.	Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses	9
a)	Anwendungsbereich.....	9
b)	Option der Gewährung zusätzlicher Aktien	10
IV.	Schutz der Gläubiger	13
1.	Anspruch auf Sicherheitsleistung	13
a)	Differenzierung zwischen Gläubigern übertragender und übernehmender Gesellschaften	13
b)	Ausgestaltung des Anspruchs der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft auf Sicherheitsleistung	13
2.	Keine Solvenzerklärung	15
3.	Grenzüberschreitende Spaltung: gesamtschuldnerische Haftung	16
4.	Grenzüberschreitender Formwechsel: besonderer Gerichtsstand	16
V.	Umwandlungsverfahren	16
1.	Allgemeines	16
2.	Missbrauchskontrolle	17
3.	Anregungen für kleinere Modifikationen	19
a)	§ 308 Abs. 1 UmwG-E und § 61 S. 1 UmwG-E	19
b)	§ 309 Abs. 6 S. 2 UmwG-E	19
c)	§ 311 Abs. 2 S. 2 UmwG-E	19
d)	§ 317 UmwG-E.....	19
VI.	Gesamtwürdigung	20

I. Einleitung

- 1 Durch die Umwandlungsrichtlinie (UmwRL)¹ wurde die Gesellschaftsrechtsrichtlinie (GesRRL)² grundlegend reformiert. Mit dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG-RegE)³ sollen die gesellschaftsrechtlichen Aspekte⁴ der UmwRL umgesetzt werden. Er bringt im Umwandlungsgesetz (UmwG) nicht nur **Neuerungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen**, sondern endlich auch einen **klaren Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Spaltungen und grenzüberschreitende Formwechsel**. Einige der Neuerungen werden auch für nationale Umwandlungen übernommen. Zugleich erfolgt eine Novellierung des Spruchverfahrensgesetzes (SpruchG).
- 2 Als Teil der Expertenkommission des Bundesjustizministeriums durfte ich bereits an der Vorbereitung des Referentenentwurfs für das UmRUG mitwirken. Ich bedanke mich für die Gelegenheit, nun auch zum Regierungsentwurf des UmRUG Stellung nehmen zu dürfen.
- 3 In meiner Stellungnahme werde ich zunächst einige zentrale Weichenstellungen behandeln (II.). Anschließend werde ich die besonders wichtigen Aspekte des Schutzes der Minderheitsgesellschafter (III.) und der Gläubiger (IV.) näher beleuchten. Zuletzt werde ich auf ausgewählte Aspekte des Umwandlungsverfahrens eingehen (V.) und die Stellungnahme dann mit einer Gesamtwürdigung (VI.) abschließen.

II. Zentrale Weichenstellungen

1. Gesetzgebungstechnik

- 4 Der UmRUG-RegE bedient sich der **bekanntesten und bewährtesten Verweisungstechnik des UmwG**. Die Vorschriften über grenzüberschreitende Verschmelzungen (bisher: §§ 122a-122m UmwG) werden entsprechend den Vorgaben der UmwRL als §§ 305-319 UmwG-E umfassend novelliert und gemeinsam mit den neuen Vorschriften über grenzüberschreitende Spaltungen (§§ 320-332 UmwG-E) und grenzüberschreitende Formwechsel (§§ 333-345 UmwG-E) in einem **neuen 6. Buch des UmwG über grenzüberschreitende Umwandlungen** verankert.

2. Erstreckung auf grenzüberschreitende Spaltungen durch Aufnahme

- 5 Obgleich Titel II Kapitel IV GesRRL nur die grenzüberschreitende Spaltung durch Neugründung regelt, soll vom Anwendungsbereich des UmwG künftig auch die grenzüberschreitende Spaltung durch Aufnahme unterhalb der mitbestimmungsrelevanten 4/5-Schwelle⁵ erfasst sein (§ 332 S. 1 UmwG-E). Für grenzüberschreitende Spaltungen durch Aufnahme besteht zweifellos ein **erhebliches praktisches Bedürfnis**.⁶

¹ Die mitbestimmungsrechtlichen Aspekte sollen durch den Regierungsentwurf eines Gesetz zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen (BT-Drs. 20/3817), umgesetzt werden.

² RL (EU) 2017/1132 des EP und des Rates v. 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (Kodifizierter Text), ABIEU v. 30.6.2017, L 169/46; zuletzt geändert durch VO (EU) 2021/23 des EP und des Rates v. 16.12.2020 über einen Rahmen für die Sanierung und Abwicklung zentraler Gegenparteien und zur Änderung der VO (EU) Nr. 1095/2010, (EU) Nr. 648/2012, (EU) Nr. 600/2014, (EU) Nr. 806/2014 und (EU) 2015/2365 sowie der RL 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2007/36/EG, 2014/59/EU und (EU) 2017/1132, ABIEU v. 22.1.2021, L 22/1.

³ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie, BT-Drs. 20/3822.

⁴ RL (EU) 2019/2121 des EP und des Rates v. 27.11.2019 zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABIEU v. 12.12.2019, L 321/1.

⁵ Näher dazu *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 580.

⁶ BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 114; *J. Schmidt* NZG 2022, 579, 580 m.w.N.

Grenzüberschreitende Spaltungen durch Aufnahme wären zwar auch ohne ausdrückliche Regelung im UmwG 6
jedenfalls auf der Basis der Niederlassungsfreiheit gem. **Art. 49, 54 AEUV** zulässig⁷ – allerdings ohne klare
Regelungen zum Verfahren sowie speziell auch zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern und
Arbeitnehmern.

Eine spezieller Rechtsrahmen im UmwG sorgt dagegen – jedenfalls für die deutsche Seite – für **Rechtssicher-** 7
heit und **erspart** den Unternehmen aufwendige und kostenträchtige **Umwege**.⁸ Zugleich wird so insbeson-
dere auch ein **angemessener Schutz von Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern** ge-
währleistet.⁹

Problemlos funktionieren werden Spaltungen durch Aufnahme allerdings nur, wenn und insoweit als auch 8
der bzw. die andere(n) beteiligte(n) Mitgliedstaat(en) komplementierende Regelungen vorsieht bzw. vorse-
hen.¹⁰ Der europäische Gesetzgeber sollte daher den Anwendungsbereich von Titel II Kapitel IV GesRRL auch
auf die Spaltung durch Aufnahme erstrecken.¹¹

3. Personengesellschaften

Der UmRUG-RegE sieht keine generell überschießende Umsetzung auch für Personengesellschaften vor. Wie 9
bislang soll nur die grenzüberschreitende Hereinverschmelzung auf eine Personenhandelsgesellschaft mit in
der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmern vom Anwendungsbereich des UmwG erfasst sein (§ 122b Abs. 1
Nr. 2 UmwG = § 306 Abs. 1 Nr. 2 UmwG-E). Gegen eine generelle Erstreckung auf Personengesellschaften
wird zwar das Fehlen entsprechender Parallelregelungen in anderen Mitgliedstaaten sowie die mitbestim-
mungsrechtliche Problematik angeführt. Gleichwohl besteht auch für grenzüberschreitende Umwandlungen
von Personengesellschaften ein großes **praktisches Bedürfnis**.¹²

Nach der derzeitigen Fassung des UmRUG-RegE bleibt Personengesellschaften jenseits von § 306 Abs. 1 Nr. 2 10
UmwG-E jedoch auch künftig nur der steinige und mit erheblichen Unsicherheiten behaftete Pfad einer
grenzüberschreitenden Umwandlung auf der Basis der Art. 49, 54 AEUV. Dabei würde man allerdings zumin-
dest aus deutscher Sicht die §§ 305 ff. UmwG analog anwenden. Insofern erschiene es vorzugswürdig, **Per-**
sonengesellschaften gleich **generell in den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. UmwG aufzunehmen**. Dann
hätte man zumindest aus deutscher Sicht einen klaren rechtlichen Rahmen, der insbesondere auch einen
hinreichenden Schutz der Anteilshaber, Gläubiger und Arbeitnehmer gewährleistet, und könnte ggf. auch
noch einige Besonderheiten für Personengesellschaften speziell regeln.

Ein möglicher **Kompromiss** könnte sein, zumindest **Personenhandelsgesellschaften unterhalb der Mitbe-** 11
stimmungsschwelle bzw. der 4/5-Schwelle nicht nur wie bislang die Hereinverschmelzung (§ 306 Abs. 1 Nr. 2
UmwG), sondern auch die Herausverschmelzung sowie die grenzüberschreitende Spaltung und den grenz-
überschreitenden Formwechsel ausdrücklich zu ermöglichen.

⁷ Die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49, 54 AEUV gewährleistet auch die „Spaltungsfreiheit“ – sowohl in Form der
Spaltung durch Neugründung als auch durch Aufnahme, vgl. *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922, 1926; *Lutter/Drygala*,
UmwG, 6. Aufl. 2019, § 1 Rn. 19; *Hansen* EBLR 2007, 181, 195; *Herrler* EuZW 2007, 295, 299 f.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*,
EuropUR, 6. Aufl. 2018, 7.105 m.w.N.

⁸ *BegrRegE UmRUG*, BT-Drs. 20/3822, 114; *J. Schmidt* NZG 2022, 579, 580 m.w.N.

⁹ *BegrRegE UmRUG*, BT-Drs. 20/3822, 114; *J. Schmidt* NZG 2022, 579, 580 m.w.N.

¹⁰ *J. Schmidt* NZG 2022, 579, 580.

¹¹ *J. Schmidt* NZG 2022, 579, 580.

¹² Für eine überschießende Umsetzung auch für Personengesellschaften: *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922, 1935; *Bor-*
mann/Stelmaszczyk ZIP 2019, 300, 302; *Bormann/Stelmaszczyk* ZIP 2019, 353, 354; *Bungert* FS Krieger, 2020, 109,
110 f.); *Bungert/Becker* DB 2019, 1609; *J. Schmidt* ZEuP 2020, 565, 566; *J. Schmidt* NZG 2022, 579, 580; *Stelmaszczyk*
GmbH 2020, 61, 63; *Wicke* DStR 2018, 2642, 2643.

- 12 Sollte man der Auffassung sein, dass eine solche umfassende Erweiterung im aktuellen Stadium des Gesetzgebungsverfahrens den weiteren Gesetzgebungsprozess zu sehr verzögern würde, sollte allerdings das **übergeordnete Interesse an einer fristgerechten Richtlinienumsetzung Vorrang** haben, um sicherzustellen, dass zumindest die derzeit bereits erfassten Gesellschaftsformen ab 31.1.2023 „freie Bahn“ für grenzüberschreitende Umwandlungen haben.
- 13 Jedenfalls **perspektivisch** bleibt eine generelle Erweiterung sowohl der GesRRL als auch des UmwG auch auf Personengesellschaften in jedem Fall ein **wichtiges Desiderat**.

III. Schutz der Minderheitsgesellschafter

- 14 Dem Schutz der Minderheitsgesellschafter dienen einerseits das (formale) Mitentscheidungsrecht in Form des Beschlusserfordernisses sowie die umfassenden Informationen im Plan, im Bericht und im Prüfungsbericht. Darüber hinaus sind im Einklang mit den Vorgaben der GesRRL als spezielle Schutzinstrumente ein Austrittsrecht gegen Barabfindung (Rn. 15 ff.) und ein Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses (Rn. 24 ff.) vorgesehen.

1. Austrittsrecht gegen Barabfindung

a) Anwendungsbereich

- 15 Entsprechend den Vorgaben der GesRRL¹³ besteht für die Anteilshaber einer deutschen Gesellschaft ein Austrittsrecht gegen Barabfindung, wenn es für sie infolge der grenzüberschreitenden Umwandlung zu einem „**Rechtswechsel**“ kommen würde, d.h. wenn sie danach Anteilshaber einer Gesellschaft sein würden, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegt (§§ 313, 327 S. 1, 340 UmwG-E). Ein Austrittsrecht besteht also bei jedem **grenzüberschreitenden Formwechsel**, bei der **Herausverschmelzung** und bei der **Herausspaltung**. Dies ist durch die GesRRL zwingend so vorgegeben und in der Sache auch gerechtfertigt.

b) Barabfindungsangebot, Vollzug des Austritts und Zahlung der Barabfindung

- 16 Speziell hinsichtlich der Annahme des Barabfindungsangebots, des Vollzugs des Austritts und der Zahlung der Barabfindung weicht das nun in der GesRRL verankerte Konzept deutlich vom bisherigen deutschen Modell für nationale Umwandlungen sowie für grenzüberschreitende Verschmelzungen ab. Dem muss im Zuge der Umsetzung Rechnung getragen werden. Dies ist im UmRUG-RegE insgesamt sehr gut gelungen.

aa) Zeitpunkt des Austritts und Zahlung der Barabfindung

- 17 Entsprechend dem Konzept der GesRRL ist vorgesehen, dass Anteilshaber, die das Barabfindungsangebot angenommen haben, nicht Anteilshaber der aus der grenzüberschreitenden Umwandlung hervorgehenden Gesellschaft werden (§§ 313 Abs. 4, 327 S. 1, 340 Abs. 4 UmwG-E); sie **scheiden vielmehr mit Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Umwandlung automatisch aus**.¹⁴ Dieses Modell trägt dem Sinn und Zweck des Austrittsrechts gegen Barabfindung optimal Rechnung: Die Anteilshaber sollen nicht gezwungen werden, Anteilshaber einer Gesellschaft zu werden, die einer anderen Rechtsordnung unterliegt – nach diesem Modell werden sie es nie!¹⁵

¹³ Vgl. Art. 86i, 126a Abs. 1-5, 160i Abs. 1-5 GesRRL.

¹⁴ Zugleich werden die betreffenden Anteile von der bzw. den aus der grenzüberschreitenden Umwandlung hervorgehenden Gesellschaft(en) als eigene Anteile erworben. Der Erwerb eigener Anteile ist in dieser Konstellation nach Art. 61 Abs. 1 lit. d GesRRL zulässig. Vgl. *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 582; näher *J. Schmidt*, in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 225, 234.

¹⁵ *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 582.

Die **Barabfindung** ist dann **innerhalb von zwei Wochen nach Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Umwandlung zu zahlen** (§§ 313 Abs. 5 Satz 1, 327 S. 1, 340 Abs. 5 S. 1 UmwG-E). Diese Frist lässt einerseits der betreffenden Gesellschaft ausreichend Zeit, die Zahlung zu veranlassen, hält aber andererseits den Zeitraum zwischen Verlust der Anteile und Zahlung der Barabfindung relativ kurz.¹⁶ Nachdem die Anteilshaber damit quasi „vorleistungspflichtig“ sind, wird ihnen ein Anspruch auf Sicherheitsleistung eingeräumt (§§ 313 Abs. 5 Satz 2, 327 S. 1, 340 Abs. 5 S. 2 UmwG-E).¹⁷ 18

bb) Annahme des Barabfindungsangebots

Die **GesRRL** gibt vor, dass die Anteilshaber innerhalb einer Frist von maximal einem Monat nach der Gesellschafterversammlung „ihre Entscheidung erklären müssen, das Recht auf Veräußerung ihrer Anteile auszuüben“; diese Erklärung muss elektronisch erfolgen können (Art. 86i Abs. 2, 126a Abs. 2, 160i Abs. 2 GesRRL). Richtigerweise steht es den Mitgliedstaaten frei, ob sie diese „**Veräußerungserklärung**“ zugleich als Annahme des Barabfindungsangebots ausgestalten oder eine separate Annahmeerklärung vorsehen.¹⁸ 19

Der **UmRUG-RegE** steht im Einklang mit einer verbreiteten Auffassung in der Literatur¹⁹ (die jedoch mit überzeugenden Gründen bestritten wird²⁰) auf dem Standpunkt, dass die Annahme des Barabfindungsangebots im Falle einer GmbH nach § 15 Abs. 4 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf.²¹ Um sowohl diesem Postulat als auch den Richtlinienvorgaben Rechnung zu tragen, hat der UmRUG-RegE sich daher für eine „**Aufspaltungslösung**“ entschieden: Die Anteilshaber müssen zunächst innerhalb eines Monats nach dem Umwandlungsbeschluss mitteilen, ob sie beabsichtigen, das Abfindungsangebot anzunehmen (§§ 313 Abs. 2, 327 S. 1, 340 Abs. 2 UmwG-E). Diese **Mitteilung** über die Annahmeabsicht ist die „Veräußerungserklärung“ i.S.d. GesRRL.²² Sie ist stets formfrei und begründet keine Verpflichtung zur Annahme des Angebots.²³ Sie ist aber rechtliche Voraussetzung für die Annahme (vgl. §§ 313 Abs. 3 S. 2, 327 S. 1, 340 Abs. 3 S. 2 UmwG-E). Für die eigentliche **Annahme**, die bei einer GmbH als Ausgangsgesellschaft der notariellen Beurkundung bedarf, gilt eine Frist von zwei Monaten nach dem Umwandlungsbeschluss (§§ 313 Abs. 3 S. 1, 327 S. 1, 340 Abs. 3 S. 1 UmwG-E). 20

¹⁶ Die durch Art. 86i Abs. 3, 126a Abs. 3, 160i Abs. 3 GesRRL vorgegebene Höchstfrist von zwei Monaten wurde daher bewusst nicht ausgeschöpft, vgl. BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 97; *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 582.

¹⁷ Vgl. BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 97; *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 582.

¹⁸ Ausf. *J. Schmidt*, in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 225, 237 f.

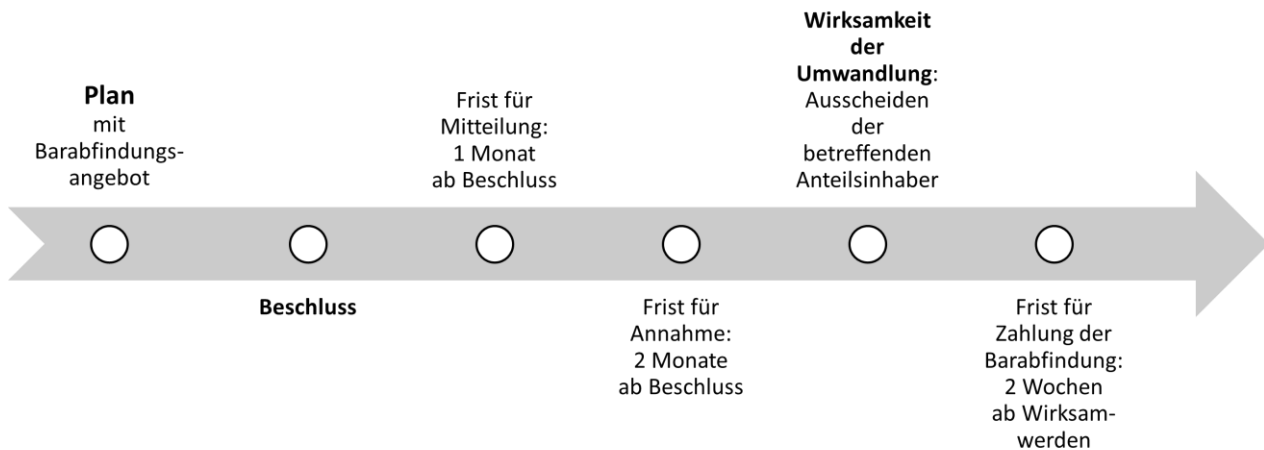
¹⁹ NK-UmwG/*Burg*, 2. Aufl. 2019, § 31 Rn. 1; Lutter/*Grunewald*, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 31 Rn. 3; MHdB GesR VIII/*Kogge*, 5. Aufl. 2018, § 13 Rn. 371; MHdB GesR VIII/*Larisch*, 5. Aufl. 2018, § 27 Rn. 263; *Luy*, GmbH 2019, 1105 (1108); Henssler/*Strohn/Müller*, 5. Aufl. 2021, § 31 UmwG Rn. 2; BeckOGK/*Rieder* § 31 UmwG Rn. 3; KK-UmwG/*Simon*, 2009, § 31 Rn. 3; *Stelmaszczyk*, DK 2021, 48, 52 f.; Widmann/*Mayer/Wälzholz*, § 31 UmwG Rn. 3, § 209 UmwG Rn. 5.

²⁰ *Drinhausen/Keinath* BB 2022, 1346, 1351; Lutter/*Hoger*, UmwG, § 209 Rn. 5; Semler/*Stengel/Leonard/Kalss*, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 31 Rn. 5, § 209 Rn. 4; Limmer/*Limmer*, HdB Unternehmensumwandlung, 6. Aufl. 2019, Rn. 613; Kallmeyer/*Marsch-Barner/Oppenhoff*, UmwG, § 31 Rn. 4; Kallmeyer/*Meister/Klöckner/Berger*, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 209 Rn. 4; Maulbetsch/*Klumpp/Rose/Rebel*, UmwG, 2. Aufl. 2017, § 209 Rn. 3; *J. Schmidt* NZG 2022, 579, 582; *J. Schmidt*, in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 225, 234, 238 f.; BeckOGK UmwG/*Simons*, § 209 Rn. 16.1; Maulbetsch/*Klumpp/Rose/Stockburger*, UmwG, 2. Aufl. 2017, § 31 Rn. 13; Schmitt/*Hörtnagl/Winter*, UmwG, 9. Aufl. 2020, § 31 Rn. 4, § 209 Rn. 3.

²¹ BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 96.

²² BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 96; *J. Schmidt* NZG 2022, 579, 583; *J. Schmidt* BB 2022, 1859, 1867.

²³ BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 96; *J. Schmidt* NZG 2022, 579, 583; *J. Schmidt* BB 2022, 1859, 1867.



- 21 Diese „Aufspaltungslösung“ ist zwar zugegebenermaßen etwas umständlich; sie erscheint jedoch **einstweilen als zweckmäßigste Lösung**.²⁴ Im Übrigen eröffnet der UmRUG-RegE den Anteilshabern die Möglichkeit, auch die Annahme bereits innerhalb der Monatsfrist für die Mitteilung zu erklären und damit letztlich nur eine Erklärung abgeben zu müssen.²⁵
- 22 **Perspektivisch** wäre es jedoch wünschenswert, auch die **Online-Beurkundung von Geschäftsanteilsübertragungen und Verpflichtungen hierzu** zu ermöglichen; dann könnte man eine einheitliche Annahmefrist von einem Monat vorsehen.²⁶

c) Spruchverfahren zur Überprüfung der Barabfindung

- 23 Anteilshaber einer deutschen Ausgangsgesellschaft, die die angebotene Barabfindung nicht für angemessen halten, können binnen drei Monaten nach Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Umwandlung eine **gerichtliche Nachprüfung im Spruchverfahren** verlangen (§§ 313 Abs. 1 S. 4, 327 S. 1, 34 UmwG-E; §§ 340 Abs. 1 S. 4, 212 UmwG-E; § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SpruchG-E). Eine **Anfechtung** des Zustimmungsbeschlusses **wegen einer zu niedrigen, fehlenden oder nicht ordnungsgemäß angebotenen Barabfindung** ist hingegen **ausgeschlossen** (§ 313 Abs. 1 Satz 4, 327 S. 1, 32 UmwG-E; §§ 340 Abs. 1 S. 4, 210 UmwG-E). Entsprechendes gilt bei diesbezüglichen Informationsmängeln.²⁷ Damit werden ebenfalls zwingende Vorgaben der GesRRL²⁸ umgesetzt.

²⁴ J. Schmidt, NZG 2022, 579, 583; J. Schmidt BB 2022, 1859, 1867; J. Schmidt, in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 225, 243. Zu Unrecht skeptisch in Bezug auf die Richtlinienkonformität: Bungert/Reidt, DB 2022, 1369, 1371; Bungert/Strothotte, BB 2022, 1411, 1415 f.

²⁵ J. Schmidt, NZG 2022, 579, 583; J. Schmidt, in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 225, 243.

²⁶ J. Schmidt, NZG 2022, 579, 583; J. Schmidt BB 2022, 1859, 1867; J. Schmidt, in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 225, 243.

²⁷ J. Schmidt, in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 225, 245,

²⁸ Art. 86h Abs. 5, 86i Abs. 4 UAbs. 1, 126 Abs. 4, 126a Abs. 4 UAbs. 1, 160h Abs. 5, 160i Abs. 4 UAbs. 1 GesRRL.

2. Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses

a) Anwendungsbereich

Anders als die deutsche *lex lata* differenziert die GesRRL beim Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses (Art. 126a Abs. 6, 160i Abs. 6 GesRRL) nicht zwischen den Gesellschaftern übertragender und übernehmender Gesellschaften. Der UmRUG-RegE nimmt dies erfreulicherweise zum Anlass, das deutsche Umwandlungsrecht über die Richtlinienvorgaben hinaus insgesamt zu reformieren: Künftig haben sowohl bei grenzüberschreitenden als auch bei nationalen Verschmelzungen und Spaltungen **sowohl die Anteilsinhaber des übertragenden als auch des übernehmenden Rechtsträgers** einen im Spruchverfahren geltend zu machenden **Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses**; im Gegenzug sind diesbezügliche **Anfechtungsklagen ausgeschlossen** (§§ 14 Abs. 2, 15, 125 Abs. 1 S. 1, 305 Abs. 2, 320 Abs. 2 UmwG-E). 24

Mit dieser „großen Lösung“ kommt der UmRUG-RegE einer schon lange immer wieder erhobenen Forderung aus Wissenschaft und Praxis nach.²⁹ Die bislang bestehende Differenzierung zwischen Anteilsinhabern des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers ist in der Sache nicht gerechtfertigt, denn je nach Einzelfall **kann das Umtauschverhältnis entweder für die einen oder für die anderen nachteilig sein**.³⁰ Bei der übernehmenden Gesellschaft besteht zudem dasselbe Bedürfnis, eine **Blockade** der Transaktion **durch Anfechtung wegen eines unangemessenen Umtauschverhältnisses zu verhindern**.³¹ 25

Eine auf grenzüberschreitende Verschmelzungen beschränkte 1:1-Umsetzung der Richtlinienvorgaben wäre in diesem Punkt im Übrigen schon deshalb nicht sinnvoll, weil sie sich durch geschickte Gestaltung der Transaktion relativ einfach aushebeln ließe (man müsste nur eine kleine 1-Euro-Zweckgesellschaft mitverschmelzen, um aus der nationalen eine grenzüberschreitende Verschmelzung zu machen).³² 26

²⁹ Vgl. bereits Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht des 63. DJT 2000, I-12.b); Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht des 72. DJT 2018, II-10; *Baums*, Gutachten für den 63. DJT 2000, F 120 ff.; *Bayer ZHR* 163 (1999) 505, 547 ff.; *Bayer VGR* 2 (2000) 35, 52; *Bayer ZHR-Sonderheft* 71 (2002) 137, 143 ff.; *Bayer ZHR* 172 (2008) 25, 26; *Bayer/J. Schmidt NJW* 2006, 401, 406; *Handelsrechtsausschuss des DAV*, WM-Sonderbeilage 1993/2 Rn. 50; *Handelsrechtsausschuss des DAV NZG* 2006, 737; *Handelsrechtsausschuss des DAV NZG* 2007, 497, 503; *Hoffmann-Becking ZGR* 1990, 482, 484 ff.; *Hüffer ZHR* 172 (2008) 8, 14 f.; *Koch*, Gutachten für den 72. DJT 2018, F 65; *Löbke*, Referat beim 72. DJT 2018, O 28 f.; *Reichert ZHR-Sonderheft* 71 (2002) 165, 185 ff.; *J. Vetter ZHR* 168 (2004) 8, 33 ff.; *Winter FS Ulmer*, 2003, 699, 708 ff.. Im Kontext des Company Law Package: *Bayer/J. Schmidt BB* 2019, 1922, 1932; *Habersack ZHR* 186 (2022) 1, 5 f.; *J. Schmidt DK* 2018, 229, 238. Die Gleichbehandlung der Anteilsinhaber übertragender und übernehmender Rechtsträger im Rahmen des Company Law Package begrüßend auch: *Bormann/Stelmaszczyk ZIP* 2019, 300, 309; *Bungert/Becker DB* 2019, 1609, 1614 f.; *Handelsrechtsausschuss des DAV NZG* 2018, 857 Rn. 79; *M. Noack AG* 2019, 665, 669; *Stelmaszczyk ZIP* 2019, 2437, 2441.

³⁰ So nun auch ausdrücklich BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 70; s. ferner auch *Habrigh AG* 2022, 567; *J. Schmidt NZG* 2022, 579, 584; *J. Schmidt* in FS Krieger, 2020, S. 841, 847 m.w.N.

³¹ Vgl. bereits *Handelsrechtsausschuss des DAV*, WM-Sonderbeilage 1993/2, Rn. 50 sowie nun auch BT-Drs. 20/3822, 70; *J. Schmidt NZG* 2022, 579, 584.

³² *J. Schmidt NZG* 2022, 579, 584.

b) Option der Gewährung zusätzlicher Aktien

aa) Grundsätzliche Zulassung

- 27 Eine weitere wichtige und nachdrücklich zu begrüßende Neuerung ist die Möglichkeit, anstelle einer baren Zuzahlung zusätzliche Aktien zu gewähren; sie ist ebenfalls gleichermaßen für nationale und grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen sowie für nationale Formwechsel³³ vorgesehen (§§ 72a, 72b, 125 Abs. 1 S. 1, 142a, 248a, 305 Abs. 2, 320 Abs. 2 UmwG-E, § 10a SpruchG-E).
- 28 Die Gewährung zusätzlicher Anteile hat den Vorteil, dass den nachbesserungspflichtigen Gesellschaften damit **unter Liquiditätsaspekten mehr Flexibilität** gewährt wird; wenn statt einer baren Zuzahlung Anteile gewährt werden, kommt es nicht zu einem Abfluss liquider Mittel.³⁴ Für die Anteilsinhaber bedeutet die Gewährung zusätzlicher Anteile, dass sie am Ende genau das erhalten, was sie eigentlich ursprünglich hätten bekommen sollen: die „richtige“ **Anzahl von Anteilen** an der übernehmenden bzw. neuen Gesellschaft.³⁵
- 29 **Praxis und Wissenschaft fordern** vor diesem Hintergrund bereits seit Langem **nachdrücklich**, dass anstelle einer baren Zuzahlung zusätzliche Anteile gewährt werden können.³⁶ Ein solches Modell ist zudem aus rechtsvergleichender Perspektive kein Novum: In **Österreich** wurde **bereits 1996**³⁷ eine Regelung eingefügt, wonach die übernehmende Gesellschaft im Spruchverfahren beantragen kann, „sie zu ermächtigen, an Stelle von baren Zuzahlungen zusätzliche Aktien zu leisten“ (§ 225e Abs. 3 S. 2 öAktG).
- 30 Mit der Option der Gewährung zusätzlicher Aktien macht der UmRUG-RegE von den Mitgliedstaatenoptionen in Art. 126a Abs. 7, 160i Abs. 7 GesRRLL Gebrauch – allerdings nur partiell, denn er lässt ausschließlich die **Gewährung zusätzlicher Aktien durch AG, KGaA und SE** zu. Für andere Rechtsträger – insbesondere GmbH – wird aufgrund ihrer personalistischen Prägung mit guten Gründen kein vergleichbarer praktischer Bedarf gesehen.³⁸

³³ Für grenzüberschreitende Formwechsel sieht die GesRRLL gerade keinen Anspruch auf Verbesserung des Beteiligungsverhältnisses vor; § 333 Abs. 4 UmwG-E stellt deshalb ausdrücklich klar, dass §§ 195 Abs. 2, 196 UmwG hier keine Anwendung finden (vgl. BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 117; *J. Schmidt NZG 2022, 579, 584*).

³⁴ BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 74; *Bungert/Reidt DB 2022, 311, 316*; *Papadopoulos ECFR 2021, 980, 999*; *J. Schmidt NZG 2022, 579, 584*; *Stelmaszczyk DK 2021, 48, 54*.

³⁵ BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 74; *Bungert FS Krieger, 2020, 109, 129*; *J. Schmidt NZG 2022, 579, 584*; s. auch bereits *Bayer ZHR 172 (2008) 25, 38*.

³⁶ Vgl. *Bayer ZHR 172 (2008) 24 ff.*; *Bayer/J. Schmidt NJW 2006, 401, 406*; *Lutter/Decher, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 15 Rn. 10*; *Semler/Stengel/Leonard/Gehling, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 15 Rn. 26*; *Handelsrechtsausschuss des DAV WM-Sonderbeilage 1993/2 Rn. 50*; *Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2004, 75, 76*; *Handelsrechtsausschuss des DAV NZG 2004, 957*; *Handelsrechtsausschuss des DAV NZG 2006, 737, 738*; *Handelsrechtsausschuss des DAV NZG 2007, 497, 503 ff.*; *Handelsrechtsausschuss des DAV, Stellungnahme 35/2013, 13*; *Handelsrechtsausschuss des DAV Stellungnahme 34/2014, 9*; *Hoffmann-Becking WPg-Sonderheft 2001, 121, 124*; *Löbbe, Referat beim 72. DJT 2018, O 29*; *Maier-Reimer ZHR 164 (2000) 563, 587*; *Marsch-Barner, Referat beim 63. DJT 2000, O 59*; *J. Vetter ZHR 168 (2004) 8, 42 ff.*; *J. Vetter AG 2006, 613, 625*. Im Kontext des Company Law Package: *Bayer/J. Schmidt BB 2019, 1922, 1932*; *Habersack ZHR 186 (2022) 1, 5 f.*; *J. Schmidt DK 2018, 2* Eingeführt durch das EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz – EU-GesRÄG, BGBl. Nr. 304/1996.28, 238.

³⁷ Eingeführt durch das EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz – EU-GesRÄG, BGBl. Nr. 304/1996.

³⁸ BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 74.

bb) Berechnung der Zahl der zusätzlich zu gewährenden Aktien

Hinsichtlich der Zahl der zusätzlich zu gewährenden Aktien sind grundsätzlich **zwei Methoden** denkbar; beide haben aber – wie nachstehende Tabelle zeigt – sowohl Vor- als auch Nachteile.³⁹ Je nachdem, ob der Wert der Anteile im Zeitpunkt zwischen dem Bewertungsstichtag und der gerichtlichen Entscheidung im Spruchverfahren gestiegen oder gefallen ist, kann für die Minderheitsgesellschafter bzw. die Gesellschaft die eine oder andere Methode günstiger sein.⁴⁰

	Methode (i): Herstellung des richtigen Umtauschverhältnisses in natura	Methode (ii): Ausgleich der Wertdifferenz in Aktien
Vorgehen	Jeder Berechtigte erhält so viele zusätzliche Aktien, dass er am Ende insgesamt so viele Aktien erhalten hat, wie es dem im Spruchverfahren festgestellten „richtigen“ Umtauschverhältnis entspricht.	Die auf der Basis des „richtigen“ Umtauschverhältnisses berechnete bare Zuzahlung wird in Aktien entsprechend dem Wert der Aktien im Zeitpunkt der Entscheidung im Spruchverfahren umgerechnet.
Vorteile	<ul style="list-style-type: none"> • die Aktionäre erhalten am Ende genau das, was sie ursprünglich hätten bekommen sollen • Aktionäre nehmen automatisch an etwaigen Wertgewinnen teil • Wert der Aktien im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung muss nicht festgestellt werden 	<ul style="list-style-type: none"> • Aktionäre erhalten genau den Wert, den sie auch im Falle einer bare Zuzahlung erhalten hätten • zwischenzeitliche Dividenden, Umwandlungen und Kapitalerhöhungen führen nicht zu Problemen
Nachteile	<ul style="list-style-type: none"> • Aktionäre nehmen automatisch an etwaigen Wertverlusten teil • spezielle Regelungen für zwischenzeitliche Dividenden, Kapitalerhöhungen und Umwandlungsmaßnahmen erforderlich 	<ul style="list-style-type: none"> • Feststellung des Wertes der Aktien im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung notwendig; soweit nicht auf den Börsenkurs abgestellt werden kann, kann hier eine erneute Unternehmensbewertung erforderlich werden

Der **UmRUG-RegE** hat sich vor diesem Hintergrund für **Methode (i)** entschieden: Nach § 10a Abs. 1 Nr. 1 lit. a SpruchG-E bestimmt das Gericht im Spruchverfahren den zusätzlich zu gewährenden Nennbetrag oder bei Stückaktien die Zahl der zusätzlich zu gewährenden Aktien unter Zugrundelegung des angemessenen Umtauschverhältnisses. Jeder Aktionär erhält also **so viele zusätzliche Aktien**, dass er am Ende insgesamt so viele Aktien erhalten hat, wie es dem im Spruchverfahren festgestellten „richtigen“ **Umtauschverhältnis** entspricht.⁴¹ Konsequenterweise werden in § 72a UmwG-E spezielle Regelungen für zwischenzeitliche Kapitalerhöhungen, Dividenden, Umwandlungsmaßnahmen etc. vorgesehen. Diese Lösung erscheint mit Blick auf die Nachteile von Methode (ii) insgesamt gut vertretbar und geeignet.

³⁹ Näher *J. Schmidt*, in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 225, 255 m.w.N.

⁴⁰ Näher *J. Schmidt*, in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 225, 255 m.w.N.

⁴¹ Vgl. auch BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 129.

cc) Zeitpunkt der Ausübung der Option

- 33 Eine weitere zentrale Kernfrage ist, wann die Gesellschaft das Recht, anstelle einer baren Zuzahlung zusätzliche Aktien zu gewähren, ausüben muss. Möglich wäre zum einen, die Gesellschaft **erst nach der gerichtlichen Entscheidung im Spruchverfahren** entscheiden zu lassen (**ex post-Modell**).⁴² Dafür spricht, dass erst dann tatsächlich feststeht, wie hoch der Liquiditätsabfluss aufgrund zusätzlicher barer Zuzahlungen tatsächlich sein würde. Die Gesellschaft könnte dann auf Basis konkreter Zahlen und unter Berücksichtigung der aktuellen wirtschaftlichen Situation entscheiden, ob sie tatsächlich von ihrem Ersetzungsrecht Gebrauch machen möchte. Das *ex post*-Modell würde also für die Gesellschaft maximale Flexibilität gewährleisten.⁴³
- 34 Diese zusätzliche Flexibilität für die Gesellschaft könnte allerdings zum Nachteil der anspruchsberechtigten Aktionäre reichen, weil diesen damit das Risiko der wirtschaftlichen Entwicklung zugewiesen würde.⁴⁴ Der **UmRUG-RegE** sieht daher vor, dass die Gewährung zusätzlicher Aktien **bereits im Vertrag bzw. Plan zu erklären** ist (§ 72a Abs. 1 S. 1 UmwG-E). Evidenter Vorteil dieses **ex ante-Modells** ist, dass damit für alle Seiten von Anfang an Klarheit besteht.⁴⁵ Das Risiko der wirtschaftlichen Entwicklung trägt damit nun freilich die Gesellschaft, wodurch die Option der Gewährung zusätzlicher Aktien *a priori* um einiges weniger attraktiv wird.⁴⁶
- 35 **Letztlich gibt es hier wohl keine „ideale“ Lösung.** Grund ist das komplexe Zusammenspiel von Zeitpunkt der Ausübung des Ersetzungsrechts und Berechnungsmethode. Im Falle der Anwendung der Methode (i) – Herstellung des „richtigen“ Umtauschverhältnisses in natura – besteht das Risiko der wirtschaftlichen Entwicklung der Aktien, das seitens des Gesetzgebers entweder der Gesellschaft oder den Aktionären zugewiesen werden muss.⁴⁷ Bei Anwendung von Methode (ii) – Wertausgleich in Aktien – besteht dieses Risiko hingegen nicht; bei Anwendung dieser Methode wäre ein Hinausschieben des Zeitpunkts der Ausübung des Ersetzungsrechts bis nach der Entscheidung im Spruchverfahren daher unproblematisch.⁴⁸ Wie oben dargestellt, hat Methode (ii) jedoch auch wesentliche Nachteile. Wie man die Stellschrauben Berechnungsmethode und Ausübungszeitpunkt stellt, ist vor diesem Hintergrund letztlich eine rechtspolitische Entscheidung.⁴⁹
- 36 Die nun im **UmRUG-RegE** verankerte Lösung basiert jedenfalls auf einem Bestreben nach einem **fairen Ausgleich der verschiedenen Interessen** und ist insgesamt **gut durchdacht**.

⁴² So die Entwürfe des *Handelsrechtsausschusses des DAV* NZG 2007, 497, 503; Stellungnahme 35/13, Anlage Rn. 56 (ein Monat nach rechtskräftiger Entscheidung im Spruchverfahren).

⁴³ Vgl. *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 585; vgl. auch BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 74.

⁴⁴ BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 74.

⁴⁵ *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 585.

⁴⁶ *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 585; s. ferner auch *Bungert/Reidt* DB 2022, 1369, 1376; *Drinhausen/Keinath* BB 2022, 1923, 1925.

⁴⁷ *J. Schmidt*, in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 225, 260.

⁴⁸ *J. Schmidt*, in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 225, 260 f.

⁴⁹ *J. Schmidt*, in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 225, 261.

IV. Schutz der Gläubiger

1. Anspruch auf Sicherheitsleistung

a) Differenzierung zwischen Gläubigern übertragender und übernehmender Gesellschaften

Die Gläubiger werden bei allen grenzüberschreitenden Umwandlungen durch einen Anspruch auf Sicherheitsleistung geschützt. Für die Gläubiger übertragender Gesellschaften⁵⁰ sehen Art. 86j Abs. 1, 126b Abs. 1, 160j Abs. 1 GesRRL einen speziellen EU-Mindeststandard⁵¹ vor. Daher differenziert der UmRUG-RegE:

- **Gläubiger einer deutschen übernehmenden Gesellschaft** haben – wie im nationalen Umwandlungsrecht – einen **ex post** (d.h. nach Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Umwandlung) geltend zu machenden Anspruch auf Sicherheitsleistung (vgl. §§ 22, 125 Abs. 1 S. 1, 305 Abs. 2, 320 Abs. 2 UmwG-E).
- Für **Gläubiger einer deutschen übertragenden Gesellschaft** sehen §§ 314, 328, 341 UmwG-E entsprechend den Vorgaben der GesRRL⁵² einen **Anspruch auf Sicherheitsleistung** vor, der **ex ante** – also vor Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Umwandlung – geltend zu machen ist. So wird gewährleistet, dass die Gläubiger ihren Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht erst nach Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Verschmelzung gegen die im EU-/EWR-Ausland ansässige übernehmende bzw. neue Gesellschaft durchsetzen müssen.⁵³

b) Ausgestaltung des Anspruchs der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft auf Sicherheitsleistung

Die Ausgestaltung des Anspruchs der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft auf Sicherheitsleistung in §§ 314, 328, 341 Abs. 1 UmwG-E ist insgesamt gut gelungen. Folgende Punkte sollten jedoch noch einmal kritisch überdacht werden:

aa) Gerichtliche Zuständigkeit

Der **Referentenentwurf**⁵⁴ hatte vorgesehen, den Antrag der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft auf Sicherheitsleistung in das registergerichtliche Verfahren über die Ausstellung der Vorabbescheinigung einzubinden (vgl. §§ 314 Abs. 2 Satz 1, 328, 341 Abs. 1 UmwG-RefE). Dies hätte den großen Vorteil einer **Verfahrenskonzentration beim Registergericht** und damit auch der Beschleunigung gehabt.⁵⁵ Allerdings stieß dieses Modell auch verbreitet auf Kritik; befürchtet wurden eine Überlastung der Registergerichte und erhebliche Verzögerungen.⁵⁶

⁵⁰ Aus Sinn und Zweck dieser Regelungen sowie ErwG 22 S. 1 UmwRL ergibt sich, dass nur die Gläubiger einer übertragenden Gesellschaft adressiert sind, BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 97; *Schollmeyer* ZGR 2020, 62, 79; *J. Schmidt* NZG 2022, 579, 585; wohl auch *Baschnagel/Hilser* NZG 2022, 1333, 1336; a.A. *Thole* in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 65, 69 ff.; *Winner* ECFR 2019, 44, 55.

⁵¹ *Kindler/Lieder/Bader/Börner*, European Corporate Law, Art. 160j CLD para. 5; *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922, 1933; *Bormann/Stelmaszczyk* ZIP 2019, 300, 311; *J. Schmidt* ZEuP 2020, 565, 582; *J. Schmidt* NZG 2022, 579, 585; *Stelmaszczyk* DK 2021, 48, 61; *Winner* ECFR 2019, 44, 57.

⁵² Vgl. Art. 86j Abs. 1, 126b Abs. 1, 160j Abs. 1 GesRRL.

⁵³ Vgl. ErwG 22 S. 1 UmwRL, BegrRegE UmRUG, BT-Drs. 20/3822, 97.

⁵⁴ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) (<https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_UmRUG.pdf?__blob=publication-file&v=1>).

⁵⁵ Vgl. RefE UmRUG, Begründung zu § 314 UmwG-E; *Handelsrechtsausschuss des DAV* NZG 2022, 849, 857; *Luy/Redler* notar 2022, 163, 168; *J. Schmidt* NZG 2022, 579, 586; *Thole* in: Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft, 2022, S. 65, 79; *Wollin* ZIP 2022, 989, 992.

⁵⁶ Stellungnahme der BNotK v. 17.5.2022, S. 8; Stellungnahme des DNotV v. 17.5.2022, S. 6; *Widmann/Mayer/Vossius*, Umwandlungsrecht aktuell, Stand: 1.4.2022.

- 40 **§§ 314 Abs. 2, 328, 341 Abs. 1 UmwG-E** sehen daher nun vor, dass über Anträge von Gläubigern auf Sicherheitsleistung das **nach allgemeinen Vorschriften zuständige Gericht** entscheidet. Das mag zwar die Registergerichte entlasten. Damit entfällt jedoch zugleich der Vorteil der Verfahrenskonzentration bei einem Gericht, denn theoretisch können nun für die Ansprüche von 100 verschiedenen Gläubigern auf Sicherheitsleistung 100 verschiedene (in- oder ausländische) Gerichte zuständig sein.⁵⁷ Jedes dieser Gerichte muss sich nun erst neu mit dem Sachverhalt befassen; dem Registergericht wäre dieser hingegen ohnehin bekannt gewesen. Zudem führt dieses Modell zu Folgeproblemen in Bezug auf die vom Vertretungsorgan abzugebende Versicherung (dazu Rn. 42 ff.).
- 41 Es sollte daher erwogen werden, wieder **zum Modell einer Verfahrenskonzentration beim Registergericht zurückzukehren**. Es gab zwar wohl auch Befürchtungen, dass eine solche Zuständigkeitskonzentration möglicherweise gegen die zwingenden Zuständigkeitsregelungen der **Brüssel Ia-VO**⁵⁸ verstoßen könnte. Diese **Bedenken** dürften allerdings **nicht gerechtfertigt** sein (wenngleich dies freilich letztlich nur der EuGH entscheiden kann). In Art. 86j Abs. 1 UAbs. 2, 126b Abs. 1 UAbs. 2, 160j Abs. 1 UAbs. 2 GesRRL heißt es, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass die Gläubiger „bei der zuständigen Verwaltungs- oder Justizbehörde“⁵⁹ angemessene Sicherheiten beantragen können. Ähnlich heißt es auch in ErwG 23 S. 1 UmwRL „bei der geeigneten Behörde“⁶⁰. Die GesRRL geht also ganz offensichtlich davon aus, dass der jeweilige Mitgliedstaat die „Behörde“, bei der die Gläubiger die Sicherheit beantragen können, festlegt, und dass es sich dabei nicht notwendig um ein Gericht, sondern auch um eine Verwaltungsbehörde handeln kann. Wenn und soweit ein Mitgliedstaat ein Gericht als zuständige „Behörde“ benennt, sind 86j Abs. 1 UAbs. 2, 126b Abs. 1 UAbs. 2, 160j Abs. 1 UAbs. 2 GesRRL also *leges speciales* zur Brüssel Ia-VO.
- bb) Versicherung zum Gläubigerschutz (§§ 315 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 329 S. 1, 342 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 UmwG-E)**
- 42 Gem. §§ 315 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 329 S. 1, 342 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 UmwG-E müssen die Mitglieder des Vertretungsorgans bei der Anmeldung strafbewehrt⁶¹ versichern, dass innerhalb der Dreimonatsfrist des § 314 Abs. 3 UmwG-E keine Sicherheitsleistung gerichtlich geltend gemacht wurde. Bleibt man bei der derzeitigen Zuständigkeitsregelung, wird das Vertretungsorgan diese Versicherung nicht unmittelbar nach Ablauf der Dreimonatsfrist abgeben können. Es weiß nämlich zu diesem Zeitpunkt gar nicht, ob nicht doch bei irgendeinem zuständigen Gericht ein Antrag gestellt wurde, denn Anträge können bis zum letzten Tag der Frist gestellt werden; sie müssen dann aber erst noch zugestellt werden, was ggf. Wochen oder gar Monate dauern kann.⁶² Dadurch ergeben sich erhebliche **Unsicherheiten** und **Verzögerungspotential**.
- 43 Eine längere Frist für das Vertretungsorgan (z.B. zwei Wochen nach Ablauf der Dreimonatsfrist) würde das Problem nicht wirklich lösen, da man auch dann nicht sicher sein kann, dass eine fristgerecht erhobene Klage nicht danach noch zugestellt wird. Zudem würde das Verfahren so unnötig verlängert werden.
- 44 Eine **Lösung** könnte sein, zusätzlich zur gerichtlichen Geltendmachung beim zuständigen Gericht eine Obliegenheit des Gläubiger zur **Anzeige bei der Gesellschaft** innerhalb der Dreimonatsfrist vorzusehen.⁶³ Kommt ein Gläubiger dieser in seinem eigenen Interesse liegenden Obliegenheit nicht nach, so erscheint es nicht unangemessen, dass er dann die negative Konsequenz tragen muss, dass die Eintragung und Ausstellung der Vorabbescheinigung trotz seines Antrags erfolgen. Konsequenterweise müsste Bezugspunkt der Versicherung der Zugang einer solchen Gläubigeranzeige bei der Gesellschaft sein. Aus unionsrechtlicher Sicht dürfte dieser Lösung nichts entgegenstehen. Die Versicherung ist durch die GesRRL ohnehin nicht vorgeschrieben,

⁵⁷ Kritisch auch *Bungert/Strothotte* DB 2022, 1818, 1820.

⁵⁸ VO (EU) Nr. 1215/2012 des EP und des Rates v. 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), ABIEU v. 20.12.2012, L 351/1.

⁵⁹ Englisch: „appropriate administrative or judicial authority“, französisch: „l'autorité administrative ou judiciaire“.

⁶⁰ Englisch: „appropriate authority“, französisch: „l'autorité compétente“.

⁶¹ Vgl. § 348 Nr. 1 UmwG-E.

⁶² Vgl. *Bungert/Strothotte* DB 2022, 1818, 1820.

⁶³ *Bungert/Strothotte* DB 2022, 1818, 1820.

sondern der deutsche Gesetzgeber geht damit über den unionsrechtlichen Mindeststandard hinaus, um den Gläubigerschutz abzusichern. Die Obliegenheit des Gläubigers zur Anzeige bei der Gesellschaft stellt letztlich nur sicher, dass dieses System auch tatsächlich funktionieren kann. In ErwG 37 S. 2 UmwRL heißt es im Übrigen ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten festlegen können, welches die möglichen Folgen eines durch Gläubiger eingeleiteten Verfahrens für die Erteilung der Vorabbescheinigung sind.

Formulierungsvorschlag:

§ 314 Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft

[...] (3) ¹Der Anspruch auf Sicherheitsleistung erlischt, wenn er nicht innerhalb von drei Monaten ab Bekanntmachung des Verschmelzungsplans gerichtlich geltend gemacht wurde. ²Die gerichtliche Geltendmachung ist der Gesellschaft innerhalb dieser Frist in Textform anzuzeigen. [...]

§ 315 Anmeldung der Verschmelzung / § 342 Anmeldung des Formwechsels

[...] (3) Die Mitglieder des Vertretungsorgans haben zu versichern, dass [...]

2. der Gesellschaft innerhalb der Frist des § 314 Absatz 3 Satz 1 keine Anzeige nach § 314 Absatz 3 Satz 2 über die gerichtliche Geltendmachung einer Sicherheitsleistung zugegangen ist gerichtlich geltend gemacht wurde, [...]

Alternativ könnte man die Versicherung nach §§ 315 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 329 S. 1, 342 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 UmwG-E 45 streichen und stattdessen eine Obliegenheit des Gläubigers etablieren, die gerichtliche Geltendmachung einer Sicherheitsleistung innerhalb der Dreimonatsfrist auch **beim Registergericht anzuzeigen**.⁶⁴ Damit würde man sich den „Umweg“ über die Gesellschaft und die Notwendigkeit einer entsprechenden Versicherung sparen. Diese Lösung hätte allerdings den Nachteil, dass die Gesellschaft u.U. erst einmal gar nichts von der gerichtlichen Geltendmachung der Sicherheitsleistung erfährt, sofern die Klage im Zeitpunkt des Ablaufs der Dreimonatsfrist noch nicht zugestellt ist. Allerdings müsste das Registergericht wohl (zumindest auf Nachfrage) einen entsprechenden Hinweis geben. Unionsrechtlich dürfte auch dieser Lösung nichts entgegenstehen, denn in ErwG 37 S. 2 UmwRL heißt es ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten festlegen können, welches die möglichen Folgen eines durch Gläubiger eingeleiteten Verfahrens für die Erteilung der Vorabbescheinigung sind.

2. Keine Solvenzerklärung

Von der in Art. 86j Abs. 2, 126b Abs. 2, 160j Abs. 3 GesRRL vorgesehenen **Option einer Solvenzerklärung**, die 46 im deutschen Schrifttum und von der deutschen Praxis eher kritisch gesehen wurde⁶⁵, macht der UmRUG-RegE **keinen Gebrauch**. Nach der Gesetzesbegründung wäre eine solche Solvenzerklärung nur dann zielführend, wenn sie strafbewehrt wäre; dies könne dem Vertretungsorgan aufgrund der mit ihrem Inhalt verbundenen Unwägbarkeit jedoch nicht zugemutet werden.⁶⁶ Zudem sei das Erfordernis der Abgabe einer solchen Versicherung der grenzüberschreitenden Unternehmensmobilität abträglich, da ein Vertretungsorgan regelmäßig nicht bereit sein dürfte, eine solche Versicherung abzugeben.⁶⁷ Dies scheint jedenfalls gut vertretbar. Eine solche Solvenzerklärung könnte zwar eine potentiell interessante Option sein⁶⁸, sie ist aber jedenfalls keinesfalls unabdingbar – gerade vor dem Hintergrund der umfassenden weiteren Schutzinstrumente zugunsten der Gläubiger.

⁶⁴ Vgl. *Bungert/Strothotte* DB 2022, 1818, 1820.

⁶⁵ *Baschnagel/Hilser* NZG 2022, 1333, 1339; *Bungert* in FS Krieger, 2020, S. 109, 132; *Bungert/Becker* DB 2019, 1609, 1615; *Bungert/Reidt* DB 2022, 1369, 1378; *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2022, 849, 857; *Luy* NJW 2019, 1905, 1909; *Stelmaszczyk* ZIP 2019, 2437, 2445; *Schollmeyer* ZGR 2020, 62, 82.

⁶⁶ BegrRegE UmRUG, BR-Drucks 371/22, 113.

⁶⁷ BegrRegE UmRUG, BR-Drucks 371/22, 113.

⁶⁸ *Bayer/J. Schmidt*, BB 2019, 1922, 1933; *J. Schmidt*, DK 2018, 229, 239; s. ferner auch *Lecourt* Rev. soc. 2019, 24, 27; *Parleani* Rev. soc. 2019, 9, 13; *Wicke* DStR 2018, 2703, 2707.

3. Grenzüberschreitende Spaltung: gesamtschuldnerische Haftung

- 47 Im Falle einer Spaltung werden die Gläubiger im Einklang mit Art. 160j Abs. 2 S. 1 GesRRL zusätzlich durch eine **gesamtschuldnerische Haftung der beteiligten Gesellschaften für vor der Spaltung begründete Verbindlichkeiten der sich spaltenden Gesellschaft** geschützt (§§ 320 Abs. 2, 133 Abs. 1 S. 1 UmwG-E). Diese Haftung ist allerdings entsprechend der zwingenden Vorgabe des Art. 160j Abs. 2 S. 2 GesRRL für Gesellschaften, denen die Verbindlichkeit im Spaltungsplan nicht zugewiesen wurde, **begrenzt auf das Nettoaktivvermögen** (§§ 320 Abs. 2, 133 Abs. 3 S. 2 UmwG-E).
- 48 Der UmRUG-RegE sieht diese Begrenzung auf das Nettoaktivvermögen konsequenterweise **auch für nationale Spaltungen** vor und verankert sie deshalb in § 133 Abs. 3 S. 2 UmwG-E. Nationale und grenzüberschreitende Spaltungen insoweit unterschiedlich zu behandeln, erschiene in der Tat nicht gerechtfertigt – zumal sich aus einer nationalen Spaltung relativ einfach eine grenzüberschreitende Spaltung machen ließe (es müsste nur eine ausländische 1-Euro-Zweckgesellschaft gegründet und beteiligt werden).⁶⁹

4. Grenzüberschreitender Formwechsel: besonderer Gerichtsstand

- 49 Für grenzüberschreitende Formwechsel etabliert Art. 86j Abs. 4 GesRRL zum Schutz der Gläubiger einen besonderen temporären internationalen Gerichtsstand im Wegzugsmitgliedstaat. Der UmRUG-RegE beschränkt sich zu Recht darauf, diese Vorgabe in § 341 Abs. 2 UmwG-E im Wesentlichen zu übernehmen und eine Regelung zur örtlichen Zuständigkeit zu ergänzen. Eine weitere Konkretisierung dieser – sehr umstrittenen Vorschrift – wäre mit dem Risiko behaftet, dass der EuGH sie am Ende doch anders auslegen würde.

V. Umwandlungsverfahren

1. Allgemeines

- 50 Die **UmwRL** brachte nicht nur ein willkommenes „Upgrade“ und „Update“ des bewährten „europäischen Modells für Strukturmaßnahmen“ für grenzüberschreitende Verschmelzungen, sondern übertrug dieses konsequenterweise auch auf grenzüberschreitende Spaltungen und Formwechsel.⁷⁰ Grundbausteine des Verfahrens sind weiterhin Plan und Offenlegung, Bericht, Prüfung, Beschluss und Rechtmäßigkeitskontrolle.⁷¹ Im Detail gab es indes **zahlreiche Neuerungen**, die nun im UmwG nachvollzogen werden müssen.
- 51 Dies ist **durch den UmRUG-RegE insgesamt sehr gut gelungen**. Der UmRUG-RegE passt die neuen europäischen Vorgaben zu Plan, Bericht, Prüfung, Beschluss und Rechtmäßigkeitskontrolle kohärent in die Systematik des UmwG ein und ist dabei insbesondere auch bestrebt, das Verfahren möglichst praktikabel auszugestalten. Im Folgenden wird daher nur kurz auf die besonders kontrovers diskutierte Missbrauchskontrolle eingegangen (Rn. 52 ff.); zudem erfolgen Anregungen für kleinere Modifikationen in Detailfragen (Rn. 58 ff.).

⁶⁹ J. Schmidt NZG 2022, 579, 586.

⁷⁰ J. Schmidt NZG 2022, 635 m.w.N.

⁷¹ J. Schmidt NZG 2022, 635 m.w.N.

2. Missbrauchskontrolle

Eine der gravierendsten Neuerungen ist die durch die **UmwRL** eingeführte **Missbrauchskontrolle**: Wenn die grenzüberschreitende Umwandlung zu missbräuchlichen, betrügerischen oder kriminellen Zwecken vorgenommen werden soll, darf keine Vorabbescheinigung erteilt werden (Art. 86m Abs. 8, 127 Abs. 8, 160m Abs. 8 GesRRL). In materieller Hinsicht knüpft dieser Missbrauchsvorbehalt an die st. Rspr. des EuGH⁷² an, der zufolge die Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen dürfen, um zu verhindern, dass die durch das Unionsrecht eröffneten Möglichkeiten missbraucht werden, um sich nationalen Rechtsvorschriften zu entziehen.⁷³ Damit ist er nur eine *ultima ratio* und **eng auszulegen**.⁷⁴ 52

Der UmRUG-RegE hat sich bewusst und **zu Recht dagegen entschieden, den Missbrauchstatbestand im Gesetzestext des UmwG näher zu konkretisieren**.⁷⁵ Damit könnte ohnehin nur eine scheinbare Rechtssicherheit geschaffen werden, denn letztlich kann hierüber verbindlich nur der EuGH entscheiden.⁷⁶ §§ 316 Abs. 3 S. 1, 329 S. 1, 343 Abs. 3 S. 1 UmwG-E bestimmen vielmehr – im Einklang mit dem Wortlaut der Richtlinienvorgaben – nur, dass das Gericht beim Vorliegen von Anhaltspunkten prüft, ob die grenzüberschreitende Verschmelzung zu missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken, die dazu führen oder führen sollen, sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen oder es zu umgehen, oder zu kriminellen Zwecken vorgenommen werden soll. Ist dies der Fall, ist die Eintragung abzulehnen (§§ 316 Abs. 3 S. 2, 329 S. 1, 343 Abs. 3 S. 2 UmwG-E). 53

Zu begrüßen ist weiterhin, dass die Begründung im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben betont, dass die **Gesamtumstände des jeweiligen Einzelfalls maßgeblich** sind.⁷⁷ Um den Missbrauchstatbestand für die Praxis handhabbarer zu machen, verweist sie auf die Konkretisierungen in ErwG 35-36 UmwRL (die allerdings teils nicht ganz unproblematisch sind⁷⁸) und ergänzt Beispiele für weitere potentielle Anhaltspunkte.⁷⁹ 54

Hinzuweisen ist in diesem Kontext speziell noch auf folgende Punkte: 55

- In ErwG 36 UAbs. 2 Satz 3 UmwRL heißt es zwar, dass die Kontrollstelle es als Indiz für das Nichtvorliegen von Missbrauch ansehen kann, wenn Satzungs- und Verwaltungssitz nach der grenzüberschreitenden Umwandlung im selben Mitgliedstaat liegen. Dies darf keinesfalls zu dem (fatalen) Umkehrschluss verleiten, dass ein Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz ein Indiz für Missbrauch

⁷² EuGH v. 9.3.1999, *Centros*, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:12, Rn. 25; EuGH v. 30.9.2003, *Inspire Art*, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, Rn. 136; EuGH v. 25.10.2017, *Polbud*, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, Rn. 39.

⁷³ *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922, 1930; *Deck* NZG 2021, 629, 637; *J. Schmidt* ZEuP 2020, 565, 575 f.; *Schön* FS Krieger, 2020, S. 879, 881; *Stelmaszczyk* GmbHR 2020, 61, 72; vgl. auch *Kindler/Lieder/de Raet*, *European Corporate Law*, 2021, Art. 127 CLD para. 30.

⁷⁴ *J. Schmidt* ZEuP 2020, 565, 577; *J. Schmidt*, NZG 2022, 635, 640; ähnlich *BegrRegE UmRUG*, BT-Drs. 20/3822, 104; *Bungert* FS Krieger, 2020, 109, 122, 124; *Bungert/Reidt* DB 2022, 1369, 1379; *Lecourt* Rev. soc. 2020, 338 n° 35; *Luy/Redler* notar 2022, 163, 168); *Schön* FS Krieger, 2020, 879, 910.

⁷⁵ *J. Schmidt*, NZG 2022, 635, 640; gegen eine nähere Konkretisierung auch explizit *Teichmann* ZGR 2022, 376, 414.

⁷⁶ *J. Schmidt*, NZG 2022, 635, 640.

⁷⁷ Vgl. Art. 86m Abs. 9, 127 Abs. 9, 160m Abs. 9 GesRRL; ErwG 36 UAbs. 2 Satz 2 UmwRL; *BegrRegE UmRUG*, BT-Drs. 20/3822, 103.

⁷⁸ Näher dazu *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922, 1930; *Kindler/Lieder/Bader/Börner*, *European Corporate Law*, 2021, Art. 160m CLD para. 11 ff.; *Bungert* FS Krieger, 109, 122 ff.; *Cathiard* BJS 2020, 66, 67; *Kindler/Lieder/Kühnle*, *European Corporate Law*, 2021, Art. 86m CLD para. 21 ff.; *Lecourt* Rev. soc. 2020, 338 Rn. 26 ff.; *J. Schmidt* ZEuP 2020, 565, 575 ff.; *Stelmaszczyk* GmbHR 2020, 61, 73 f.; *Teichmann* ZGR 2022, 376, 408 ff.

⁷⁹ *BegrRegE UmRUG*, BT-Drs. 20/3822, 103 f.

darstelle.⁸⁰ Denn dies würde die gesamte EuGH-Judikatur seit *Centros*⁸¹ konterkarieren.⁸² Ein **Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz** ist unionsrechtlich grundsätzlich legitim und stellt *per se* **keinen Missbrauch** dar.⁸³

- 56 • Zudem betont der EuGH in st. Rspr.⁸⁴, dass es für sich allein noch **keinen Missbrauch** darstellt, eine Gesellschaft nach dem Recht desjenigen Mitgliedstaats zu errichten, dessen **Recht am günstigsten** erscheint und mit dieser Gesellschaft dann in einem anderen Mitgliedstaat tätig zu werden.⁸⁵
- 57 • Ferner gilt es zu bedenken, dass die **GesRRL** und die deutschen Umsetzungsvorschriften bereits ein **umfassendes Schutzinstrumentarium zugunsten der Minderheitsgesellschafter** (dazu Rn. 14 ff.), **Gläubiger** (dazu Rn. 37 ff.) und **Arbeitnehmer** vorsehen. In Bezug auf letztere wurde etwa insbesondere die 4/5-Schwelle als neuer Verhandlungstatbestand⁸⁶ ergänzt. Wenn und soweit die Vorgaben dieser speziellen Schutzregelungen eingehalten werden, kann eine Anwendung des Missbrauchsvorbehalts daher insofern allenfalls in extremen Ausnahmefällen in Betracht kommen.⁸⁷

Beispiel:

Eine Gesellschaft, welche die 4/5-Schwelle erreicht hat, führt eine grenzüberschreitende Umwandlung durch. Das Verhandlungsverfahren wird ordnungsgemäß durchgeführt, es kommt aber zu keiner Einigung. Folge ist, dass die Auffanglösung greift, die in diesem Fall zur Mitbestimmungsfreiheit führt.⁸⁸

Hier liegt kein *Missbrauch* vor, sondern die Gesellschaft hat lediglich von den durch die GesRRL eröffneten Möglichkeiten Gebrauch gemacht.

⁸⁰ *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922, 1930; *J. Schmidt* ZEuP 2020, 565, 577; ebenso auch *Kraft* BB 2019, 1864, 1867; *Luy* NJW 2019, 1905, 1907; *Verbrugh* (2020) 17 ECL 4, 5; kritisch zu diesem ErwG auch *Bungert* FS Krieger, 2020, S. 109, 123; *Bungert/Becker* DB 2019, 1609, 1614; S. ferner auch *Lecourt* Rev. soc. 2020, 338 n° 34; *Schön* FS Krieger, 2020, S. 879, 903 f.; *Stelmaszczyk* GmbHR 2020, 61, 73 f.

⁸¹ EuGH v. 9.3.1999, *Centros*, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126.

⁸² *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922, 1930; *J. Schmidt* ZEuP 2020, 565, 577; S. ferner auch *Kraft* BB 2019, 1864, 1867; *Schön* FS Krieger, 2020, S. 879, 903 f.; *Teichmann* ZGR 2022, 376, 408.

⁸³ *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922, 1930; *J. Schmidt* ZEuP 2020, 565, 577; ebenso auch *Kraft* BB 2019, 1864, 1867; *Luy* NJW 2019, 1905, 1907; *Teichmann*, ZGR 2022, 376, 408 f.; *Verbrugh* (2020) 17 ECL 4, 5.

⁸⁴ EuGH v. 9.3.1999, *Centros*, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:12, Rn. 27; EuGH v. 30.9.2003, *Inspire Art*, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, Rn. 96; EuGH v. 25.10.2017, *Polbud*, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, Rn. 40.

⁸⁵ *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922, 1930; *Brandi/M. Schmidt*, DB 2022, 1880 (1889); *Bungert/Strothotte*, DB 2022, 1818 (1821); *Luy* NJW 2019, 1905, 1907; *J. Schmidt* ZEuP 2020, 565, 576; siehe ferner auch *Stelmaszczyk* GmbHR 2020, 61, 73 f.

⁸⁶ Art. 86l Abs. 2 Var. 1, 133 Abs. 2 Var. 1, 160l Abs. 2 Var. 1 GesRRL.

⁸⁷ *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922, 1930; *J. Schmidt* ZEuP 2020, 565, 576; S. ferner auch *Bungert/Reidt*, DB 2022, 1369, 1379; *Lecourt* Rev. soc. 2019, 360; *Luy* NJW 2019, 1905, 1907; *Schön* FS Krieger, 2020, S. 879, 907 f.; *Teichmann* ZGR 2022, 376, 411; *Thomale* RdW 2020, 338, 340 f.

⁸⁸ Vgl. 86l Abs. 3 lit. g, 160l Abs. 3 lit. g jeweils i.V.m. Anhang Teil 3 lit. a SE-RL bzw. Art. 133 Abs. 3 lit. h i.V.m. Anhang Teil 3 lit. b SE-RL; dazu etwa auch *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922, 1934; *Bormann/Stelmaszczyk* ZIP 2019, 353, 364; *Bungert/Becker* DB 2019, 1609, 1616; *Handelsrechtsausschuss des DAV*, Stellungnahme 31/2018, 18; *Habersack* ZHR 182 (2018) 495, 502; *Hoffmann* EuZW 2018, 785, 786; *Müller-Bonanni/Jenner/Thomas* NZG 2021, 764, 765; *Roest* ECFR 2019, 74, 90; *J. Schmidt* ZEuP 2020, 565, 588; *Teichmann* ECFR 2019, 3, 12; *Wicke* DStR 2018, 2703, 2709.

3. Anregungen für kleinere Modifikationen

In Bezug auf das Umwandlungsverfahren sind lediglich folgende kleinere Modifikationen anzuregen, die allerdings im Wesentlichen Detailpunkte und redaktionelle Anpassungen betreffen. 58

a) § 308 Abs. 1 UmwG-E und § 61 S. 1 UmwG-E

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zu Recht angeregt, die in **§ 308 Abs. 1 UmwG-E** geregelte Mindestfrist entsprechend der Vorgaben des Art. 123 Abs. 1 UAbs. 1 GesRRL statt an die Einreichung zum Register **an die Registerbekanntmachung anzuknüpfen**.⁸⁹ Dem hat die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zugestimmt.⁹⁰ 59

Die gleiche Problematik stellt sich jedoch seit Langem auch bei **§ 61 S. 1 UmwG**, da Art. 92 GesRRL ebenfalls die Offenlegung einen Monat vor der Versammlung verlangt.⁹¹ In § 61 S. 1 UmwG-E sollte daher ebenfalls **an die Registerbekanntmachung angeknüpft** werden. 60

b) § 309 Abs. 6 S. 2 UmwG-E

Derzeit verweist § 309 Abs. 6 S. 2 UmwG-E auf den gesamten § 307 Abs. 3 Nr. 2 UmwG-E; in diesen Fällen ist der Bericht(sabschnitt) für die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft entbehrlich. Der Fall der §§ 309 Abs. 6 S. 2, 307 Abs. 3 Nr. 2 lit. a UmwG-E (alle Anteile an der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft befinden sich in der Hand desselben Rechtsträgers) ist aber bereits durch §§ 309 Abs. 6 S. 1, 8 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 lit. b UmwG-E erfasst; danach ist der Bericht(sabschnitt) für den einzigen Anteilsinhaber sowohl für die übernehmende als auch für die übertragende Gesellschaft entbehrlich. Bei der doppelten – und widersprüchlichen – Erfassung dieser Fallkonstellation handelt es sich offenbar schlicht um ein Redaktionsversehen, das im Kontext der Umsetzung des komplexen Zusammenspiels der Art. 124 Abs. 4 Satz 2, 132 Abs. 1 Sps. 2 GesRRL versehentlich entstand.⁹² Es gibt keinen sinnvollen Grund, für den alleinigen Anteilsinhaber einen Bericht in Bezug auf die übernehmende Gesellschaft zwar zu verlangen, wenn ihm als Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft keine Anteile gewährt werden – diesen aber nicht zu verlangen, wenn Anteile gewährt werden.⁹³ In **§ 309 Abs. 6 S. 2 UmwG-E sollte nur auf § 307 Abs. 3 Nr. 2 lit. b und c UmwG-E verwiesen werden**.⁹⁴ 61

c) § 311 Abs. 2 S. 2 UmwG-E

Die gleiche Problematik ergibt sich auch bei **§ 311 Abs. 2 S. 2 UmwG-E**; dieser sollte ebenfalls **nur auf § 307 Abs. 3 Nr. 2 lit. b und c UmwG-E verweisen**. 62

d) § 317 UmwG-E

Nach dem Wortlaut des § 317 S. 1 Nr. 2 UmwG-E sind nur öffentliche Stellen eines anderen EU-/EWR-Mitgliedstaats erfasst, in dem die übernehmende oder neue Gesellschaft ihren Sitz hat. Art. 127 Abs. 12 GesRRL erfasst hingegen alle „relevanten Behörden mit Zuständigkeiten in den verschiedenen von der grenzüberschreitenden Verschmelzung betroffenen Bereichen, einschließlich derjenigen des Mitgliedstaats, der aus 63

⁸⁹ Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 371/22(B), 2 = BT-Drs. 20/3822, 149. Die Fristanknüpfung im bisherigen § 122d UmwG wird im Schrifttum seit Längerem zu Recht als richtlinienwidrig kritisiert, vgl. Lutter/Bayer, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 122d UmwG Rn. 7; Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, 6. Aufl. 2018, 22.60 (jeweils m.w.N.).

⁹⁰ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 20/3822, 156.

⁹¹ Lutter/Bayer, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 122d UmwG Rn. 7 m.w.N.

⁹² J. Schmidt DK 2022, 309, 311.

⁹³ J. Schmidt DK 2022, 309, 311.

⁹⁴ Ausf. J. Schmidt DK 2022, 309, 311

der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft“⁹⁵. Erfasst sind also nicht nur „Behörden“ des Mitgliedstaats, in dem die übernehmende oder neue Gesellschaft ihren (Satzungs-)Sitz hat, sondern auch des Mitgliedstaats, in dem die übernehmende oder neue Gesellschaft ihren Verwaltungssitz oder auch nur eine Zweigniederlassung hat, sowie des Mitgliedstaats bzw. der Mitgliedstaaten, in dem eine andere übertragende Gesellschaft ihren Satzungssitz, Verwaltungssitz oder eine Zweigniederlassung hat. Aus dem gleichen Grund ist auch § 317 S. 2 UmwG zu eng gefasst. Die Problematik könnte zwar wohl auch im Wege der richtlinienkonformen Auslegung gelöst werden. Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sollten **§ 317 S. 1 Nr. 2, S. 2 UmwG aber an den Wortlaut des Art. 127 Abs. 12 GesRRL angepasst werden.**

Formulierungsvorschlag:

§ 317 Informationen des Registergerichts

¹Soweit dies für die Prüfung gemäß § 316 erforderlich ist, kann das Gericht

[...]

2. von öffentlichen inländischen Stellen Informationen und Unterlagen verlangen und von öffentlichen Stellen eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, ~~in dem die übernehmende oder neue Gesellschaft ihren Sitz hat oder haben soll~~, mit Zuständigkeiten in den verschiedenen von der grenzüberschreitenden Verschmelzung betroffenen Bereichen die notwendigen Informationen und Unterlagen erbitten,

[...]

²Ist eine ~~inländisches Gericht für die Eintragung gemäß § 318 zuständig~~, können dieses Gericht und andere inländische öffentliche Stellen in einem von einer grenzüberschreitenden Verschmelzung betroffenen Bereich zuständig, kann sie der für die Ausstellung einer Verschmelzungsbescheinigung zuständigen Stelle eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum auf deren Ersuchen die notwendigen Informationen und Unterlagen übermitteln.

VI. Gesamtwürdigung

64 Der UmRUG-RegE ist **insgesamt sehr gut gelungen**. Alle **unionsrechtlichen Vorgaben**, die durch die UmwRL neu in die GesRRL eingefügt wurden, werden **umgesetzt**. Dabei trägt er den **Bedürfnissen der Praxis** nach einem zugleich rechtssicheren sowie praktikablen Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Umwandlungen Rechnung und realisiert insbesondere auch einen **angemessenen Schutz der Stakeholder** (Minderheitsgesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer). Anzuregen sind lediglich einige geringfügige Modifikationen.

⁹⁵ Englisch: „relevant authorities with competence in the different fields concerned by the cross-border merger, including those of the Member State of the company resulting from the merger“; französisch: „autres autorités pertinentes qui sont qualifiées dans les différents domaines concernés par la fusion transfrontalière, y compris les autorités de l’État membre de la société issue de la fusion“.