

**Stellungnahme für die Sachverständigenanhörung  
des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags  
zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie  
am 7. November 2022  
BT-Drucks. 20/3822**

Meine nachfolgenden Überlegungen sind eher cursorischer Natur, dank einer herausragenden Vorarbeit aus dem zuständigen Referat im BMJ. Nachfolgende Zitate beziehen sich auf den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) vom 05.10.2022 in der Fassung von BT-Drucks. 20/3822.

1. Art. 1 Nr. 29 (neuer § 133 Abs. 3 Satz 2 UmwG-E)

a) *Haftungssystem der §§ 133, 134 UmwG*

§ 133 UmwG regelt die Haftung der an einer Spaltung beteiligten Rechtsträger für Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, die im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Spaltung (§ 131 Abs. 1 UmwG) bestanden. § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG begründet hierzu eine unbeschränkte und (abgesehen von Individualvereinbarungen mit dem jeweiligen Gläubiger) unbeschränkbare gesamtschuldnerische Haftung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger.

§ 133 Abs. 3-5 UmwG regeln eine Enthafungsfrist für die Rechtsträger, denen die entsprechende Verbindlichkeit im Spaltungsvertrag oder -plan nicht zugewiesen worden ist.

§ 133 Abs. 2 UmwG bezieht Ansprüche nach § 23 UmwG ausdrücklich in diesen Haftungskreis mit ein, da diese Ansprüche erst mit der Spaltung entstehen.

§ 134 UmwG verlängert die in § 133 Abs. 3-6 UmwG bestimmte Enthafungsfrist für bestimmte arbeitsrechtliche Ansprüche.

b) *Neuer § 133 Abs. 2 Satz 2 UmwG-E*

Art 160j Abs. 2 Satz 2 der umzusetzenden UmwRL (EU) 2019/2121 enthält für grenzüberschreitende Spaltungen eine summenmäßige Haftungsbeschränkung auf das den jeweiligen Gesellschaften am Tag der Wirksamkeit der Spaltung jeweils zugeteilte „Nettoaktivvermögen“.

Der Regierungsentwurf übernimmt diese Sonderregelung in das allgemeine Spaltungsrecht. Er sieht zu Recht die Benachteiligung von Inlandsspaltungen, würde diese Vorgabe nicht in das allgemeine Umwandlungsrecht übernommen (Begr-RegE S. 84). Rechtstechnisch ähnelt die Regelung der aus dem Erbrecht bekannten Dürftigkeits- und Erschöpfungseinrede nach §§ 1989, 1990 BGB.

Die Neuregelung ist jedoch in zweierlei Hinsicht problematisch:

aa) *„Nettoaktivvermögen“*

Der in Brüssel geprägte Begriff ist in der Buchführungs- und Bilanzierungspraxis bislang unbekannt. Er dürfte ein Neologismus sein. Klar ist nur, was das Aktivvermögen ist. Was aber bedeutet hier „Netto“? Mit der Umsatzsteuer dürfte das nichts zu tun haben. Ist „Netto“ der Überschuss der Aktiva über die Passiva in Form des bilanziellen Eigenkapitals? Mit welchen Werten ist das Aktivvermögen anzusetzen? Sind Haftungsverhältnisse nach § 251 HGB abzuziehen? Wie sind Sonderposten mit Rücklageanteil zu behandeln? Wie sind Vermögensveränderungen zwischen Spaltungsstichtag und Wirksamkeitstag zu behandeln?

Ich habe einen mir gut bekannten Steuerberater/Wirtschaftsprüfer gefragt, wie er „Nettoaktivvermögen“ definieren würde. Er sah mich zunächst an, als ob er an meiner Geschäftsfähigkeit zweifeln würde. Als ich ihm sagte, dass der Begriff aus einer EU-Richtlinie stamme, lachte er laut auf.

Nach meiner Auffassung sind die Aktiva mit ihrem wirklichen Wert (*going concern* unterstellt) anzusetzen, Haftungsverhältnisse haben unberücksichtigt zu bleiben. Sonderposten mit Rücklageanteil können zu 50 % wie Fremdkapital behandelt werden.

Am missglückten Wortlaut des Europarechts lässt sich nichts ändern. Ein paar Sätze des Gesetzgebers zur Auslegung könnten der Praxis jedoch helfen.

bb) *Prozessuale Behandlung des § 133 Abs. 3 Satz 2 UmwG-E*

Der Haftungsschuldner hat die Haftungsbeschränkung als Einrede im Regressprozess des Gläubigers zu erheben. Für ihre Voraussetzungen hat er die volle Darlegungs- und Beweislast. Das dürfte unproblematisch sein.

Als Beweismittel wird der Haftungsschuldner ein Sachverständigengutachten anbieten. Tatsachengrundlage sind allerdings nicht das im Spaltungsvertrag bzw. -plan samt seinen Anlagen dokumentierten auf den Haftungsschuldner übergehenden Aktiva und Passiva. Denn dieses Dokument bezieht sich auf den mehrere Monate (§§ 125, 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG) zurückliegenden Spaltungsstichtag. Zwischen Spaltungsstichtag und Tag der Registereintragung beim übertragenden Rechtsträger kann erhebliche Zeit vergehen. Es ist also, oft Jahre später, ein Zwischenabschluss aufzustellen.

Das braucht Zeit, und zwar oft Jahre. Das Gericht muss einen Sachverständigen auswählen. Die guten Sachverständigen haben typischerweise keine Zeit und sind teuer. Schon diese erste Phase kostet Zeit. Noch mehr Zeit braucht der Sachverständige für die Erstellung des Gutachtens bei einer Gesellschaft, die sich am liebsten als zur Zeit der Wirksamkeit der Spaltung insolvenzreif darstellen würde. Der Gutachter ist also in einer ähnlichen Lage wie der Sonderprüfer nach §§ 142 ff. AktG.

Mit § 133 Abs. 3 Satz 2 UmwG-E gewinnt der Haftungsschuldner also Zeit, die der Gläubiger verliert. Dieser muss seinen Kapitalgebern alljährlich erklären, warum der scheinbar so sichere Haftungsprozess immer noch nicht abgeschlossen ist. Der Schuldner hat damit seine Chancen erhöht, den Gläubiger zu einem Vergleich mit einem erheblichen Forderungsabschlag zu nötigen. Sein Risiko erheblicher Gutachterkosten bleibt allein wegen des Zeitfaktors theoretisch.

Mokant gesagt, hat damit der EU-Gesetzgeber einen „*Italian torpedo*“ ins nationale Prozessrecht eingeführt. Man kann allein wegen des Zeitbedarfs für die Suche nach dem gerichtlichen Sachverständigen und die Dauer der Erstellung des Gutachtens den Effekt durchaus mit dem vergleichen, den man durch Begründung der Rechtshängigkeit vor einem italienischen Gericht erreicht. Was das Kräfteverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner im Zivilprozess betrifft, kann man von einer „tektonischen Plattenverschiebung“ sprechen.

Eine europarechtskonforme Lösung könnte in einer besseren prozessualen Berücksichtigung dieser Situation liegen. Denkbar wäre, dass man im Zivilprozess die Einrede des Schuldners nach § 133 Abs. 3 Satz 2 UmwG-E durch entsprechende Anwendung des §§ 305, 780 ZPO berücksichtigt. Die Rechtsähnlichkeit mit der erbrechtlichen Haftungsbeschränkung spricht zwar dafür. Allerdings ist hier der

Zeitgewinn für den Erben bei der Haftungsbeschränkung überschaubar, im Gegensatz zur Nachhaftung bei Spaltung.

Die erheblich höhere Zeitdauer des Beweisverfahrens legt hier eine andere Lösung nahe. Angemessener erscheint mir die Anwendung der §§ 599, 708 ZPO auf diesen Fall. Der Gläubiger erhält auf Antrag im Haftungsprozess ein sofort ohne Sicherheitsleistung vollstreckbares Urteil. Der Schuldner kann dann die Voraussetzungen seiner Einrede im Nachverfahren beweisen. Er müsste gegen die Vollstreckung durch den Gläubiger mit den im Vollstreckungsrecht vorgesehenen Rechtsmitteln vorgehen. Das stellt wieder ein angemessenes Kräftegleichgewicht her.

## 2. Art. 1 Nr. 57 (§§ 306, 321, 334 UmwG-E)

Wie schon in der UmwRL (EU) 2019/2121 wird die grenzüberschreitende Umwandlung nur für Kapitalgesellschaften kodifiziert. Bereits der europäische Gesetzgeber hat damit die Chance vertan, das für alle unter Art. 49, 54 AEUV geschaffene Richterrecht der grenzüberschreitenden Umwandlung (vgl. nur EuGH v. 12.07.2012, C-378/10 [Vale]) ebenfalls zu kodifizieren und damit der Rechtspraxis Sicherheit zu geben.

Grenzüberschreitende Umwandlungen sind auch für Personengesellschaften von Bedeutung. Dies gilt nicht nur für die weit verbreitete GmbH & Co. KG, sondern etwa auch für die Vereinfachung von Strukturen im Bereich der Familiengesellschaften, etwa durch Beseitigung der vor Inkrafttreten der EuErbVO errichteten (und jetzt obsoleten) Société civile immobilière französischen Rechts durch Verschmelzung auf eine deutsche Familienholding. Der aus den Anforderungen des Versicherungsaufsichtsrechts (Solvabilitätsanforderungen) herrührende Druck zur Konzentration könnte auch deutsche VVaG oder französische „Mutuelles“ zu grenzüberschreitenden Strukturmaßnahmen zwingen.

Einige Rechtsordnungen (z.B. Spanien) halten bereits Schnittstellen für grenzüberschreitende Umwandlungen vor, die über die UmwRL (EU) 2019/2121 hinausgehen. Deutschland sollte hier offener sein.

Ich schlage vor, national und über § 306 Abs. 2 Nr. 2 UmwG-E hinausgehend die Schnittstellen für die grenzüberschreitende Umwandlung von Personenhandelsgesellschaften, der GbR (ab 01.01.2024), des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit und des wirtschaftlichen Vereins zu schaffen.

3. Art. 1 Nr. 57 (§§ 315 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2, 329 Satz 1, 342 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 UmwG-E)

Nach diesen Vorschriften hat das Vertretungsorgan der übertragenden Gesellschaft im Rahmen der Anmeldung der Verschmelzung zu versichern, dass allen Gläubigern die gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 14 UmwG-E angebotene Sicherheit geleistet wurde und innerhalb der Frist des § 314 Abs. 3 UmwG-E keine Sicherheitsleistung gerichtlich geltend gemacht wurde.

§§ 329 Satz 1 und 342 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 UmwG-E enthalten entsprechende Vorschriften für grenzüberschreitende Spaltungen und Formwechsel.

Soweit sich die in §§ 315 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, 342 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 UmwG-E abzugebende Versicherung auf „alle Gläubiger“ bezieht, geht sie ihrem Wortlaut nach zu weit. Einen Anspruch auf Sicherheitsleistung haben nur Gläubiger im Sinne der §§ 314 Abs. 1, 328, 341 Abs. 1 UmwG-E.

Ich rege daher an, vor dem Wort „*Gläubiger*“ die Worte „*hierzu berechtigten*“ einzufügen.

Die Anmeldung der Verschmelzung wird, schon um die Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG einzuhalten, meist vor Ablauf der in §§ 314 Abs. 3, 328, 341 Abs. 1 UmwG-E bestimmten Dreimonatsfrist erfolgen. Hier kann das Vertretungsorgan keine objektive Tatsache versichern, sondern nur erklären, dass ihm zum Zeitpunkt der Anmeldung keine gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung bekannt ist.

Die Situation ist vergleichbar der Anmeldung einer eintragungspflichtigen Tatsache, wenn ein Gesellschafter gegen den entsprechenden Beschluss gestimmt und Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat, z.B. bei der Kapitalmaßnahme einer Aktiengesellschaft. Hier behilft sich die Praxis mit einer nach Fristablauf einzureichenden zusätzlichen Erklärung des Vorstands (Schriftform genügt, Beglaubigung nicht erforderlich). Das wäre auch ein Weg, einerseits die 8-Monatsfrist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG zu wahren und andererseits eine entsprechende Versicherung des Vertretungsorgans zu erlangen.

4. Art. 1 Nr. 57 (§§ 318 Abs. 4, 331 Abs. 5, 343 Abs. 5 UmwG-E)

Die genannten Vorschriften betreffen den Informationsfluss zwischen den an einer grenzüberschreitenden Umwandlung beteiligten Registern. Sie setzen allerdings das Bestehen dieses Informationsflusses voraus.

Die offenbare Annahme des europäischen Gesetzgebers, dass es diesen Informationsaustausch gebe und dass dieser reibungslos und natürlich digital funktioniere, ist jedoch nicht unbedingt begründet.

Zum einen scheitert ein digitaler Informationsaustausch schon an der Diversität der verschiedenen IT-Systeme und dem Fehlen zuverlässiger Schnittstellen. Zum anderen löst auch Digitalisierung das Sprachproblem nicht. Da hilft nur Vokabeln lernen.

In der Vergangenheit habe ich mir vielfach mit Notarbestätigungen über die Eintragung geholfen (§ 21 Bundesnotarordnung). Mit diesen habe ich – wenn möglich in der Zielsprache – die Vornahme der ersten Eintragung bescheinigt, also z.B. bei einer Verschmelzung einer italienischen auf eine deutsche Gesellschaft die Eintragung beim übertragenden Rechtsträger in Italien dem deutschen Registergericht des übernehmenden Rechtsträgers bestätigt.

Teils wurden solche Bescheinigungen akzeptiert, teils aber auch mit Hinweis auf den Wortlaut des derzeit geltenden § 1221 Abs. 3 UmwG abgelehnt. Auch die Argumentation, der Notar sei ja nur der Bote des anderen Registers, verfiel nicht. Dann musste eine amtlich ausgefertigte Bestätigung des ausländischen Handelsregisters (ein bloßer Computerausdruck reicht natürlich nicht) beantragt, ausgestellt, übersetzt und unter Umständen auch noch mit Apostille versehen werden (für die Bestätigung und die Übersetzung). Das kostet Zeit, Geld und schadet der Publizitätswirkung des Handelsregisters.

Wünschenswert erschiene eine Klarstellung dahingehend, dass die genannten Vorschriften etwa um folgenden Satz 2 ergänzt würden:

*„Anstelle der Mitteilung nach Satz 2 genügt auch eine Bescheinigung nach § 21 der Bundesnotarordnung.“*

Deren Kosten halten sich übrigens in Grenzen. Für das Notarbüro liegt der Vorteil darin, dass grenzüberschreitende Umwandlungen kürzer auf Wiedervorlage liegen müssen.

5. Art. 1 Nr. 57 (§§ 313 Abs. 3 Satz 4, 327 Satz 1, 340 Abs. 3 Satz 4 UmwG-E)

Der Gesetzentwurf stellt klar, dass die Annahme des Barabfindungsangebots bei der Herausumwandlung aus einer deutschen GmbH der Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG unterfällt. Dass ich als Notar gegen diese Vorschriften nichts einzuwenden habe, ist zu erwarten.

An dieser Stelle nur drei Argumente für diese Entscheidung des Regierungsentwurfs.

Zum einen klärt die Anwendung des § 15 Abs. 4 GmbHG in diesem Fall zugleich, dass bei Annahme des Angebots der Notar eine notarbescheinigte Liste nach §§ 16, 40 GmbHG erstellen muss. Dies trägt zur Rechtssicherheit bei. Die dadurch verursachten Zusatzkosten sind nach dem GNotKG nach oben begrenzt – im Gegensatz zu den Kosten anderer Listenersteller. Zum zweiten hat der Notar bei Beurkundung der Annahme zu prüfen, ob diese wirksam ist (§§ 10-12 BeurkG). Das schließt insbesondere die Prüfung der Existenz juristischer Personen und ihrer wirksamen Vertretung ein. Zum dritten hat der Notar eine Prüfung nach dem Geldwäschegesetz durchzuführen, wenn er die Annahme des Angebots beurkundet. Auch über ein Barabfindungsangebot ließe sich in Beteiligungen gebundenes unrechtmäßiges Geld ansonsten problemlos „waschen“.

Von diesen Aufgaben und den damit verbundenen a priori ohne gesetzliche Gebührenordnung nicht kalkulierbaren Kosten werden die Gesellschaft und der Annehmende damit entlastet.