

**Prof. Dr. Hartmut Wicke, LL.M. (Univ. Stellenbosch)**

Notar in München

Honorarprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München

## **Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags am 7. November 2022**

<b>Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG), BT-Drs. 20/3822</b>
--

Die dem UmRUG zugrundeliegende Umwandlungsrichtlinie schafft Rechtssicherheit in einem (bei Formwechseln und Spaltungen) bislang nur durch europäisches Primärrecht geprägten Rechtsbereich, der sehr praxisrelevant ist. Die europäische Integration und Einigung wird dadurch vertieft.<sup>1</sup>

Auch der Regierungsentwurf des Umsetzungsgesetzes selbst ist sehr zu begrüßen. Der Entwurf ist von einer bemerkenswerten Klarheit der Gesetzgebungstechnik geprägt. Insbesondere überführt der Entwurf die unionsrechtlichen Vorgaben nahtlos in die Dogmatik und Systematik des bereits derzeit sehr strukturiert aufgebauten<sup>2</sup> Umwandlungsgesetzes. Redundanzen werden – anders als bei der zugrunde liegenden Richtlinie – durch geschickte Verweisung vermieden.

Vor diesem Hintergrund beschränkt sich die Stellungnahme auf einige wenige Gesichtspunkte, die entweder aus Sicht der Wissenschaft oder aus Sicht der notariellen Praxis von besonderer Bedeutung sind:

### **I. Mitbestimmungsrechtliche Fragen des UmRUG und Missbrauchskontrolle (§§ 316 Abs. 3, 329, 343 Abs. 3 UmwG-E)**

Zu den Brennpunkten der Diskussion um die Richtlinie und deren Umsetzung zählen zum einen Fragen der unternehmerischen Mitbestimmung,<sup>3</sup> zum anderen die Problematik einer Missbrauchskontrolle.<sup>4</sup> Angesichts der unterschiedlichen Mitbestimmungsniveaus der europäischen Mitgliedstaaten kann eine grenzüberschreitende Umwandlungsmaßnahme zu deutlichen Veränderungen der

---

<sup>1</sup> Siehe für einen Vergleich zur derzeitigen Rechtslage auf Grundlage des Primärrechts etwa *Teichmann/Knaier*, in: Lipp/Münch, Aktuelle notarielle Herausforderungen in der Praxis des Gesellschaftsrechts, 2019, 55, 72 ff.

<sup>2</sup> Henssler/Strohn *GesR/Decker*, 5. Aufl. 2021, UmwG § 1 Rn. 3; Habersack/Wicke *BeckOGK/Drinhausen/Keinath*, 1.7.2022, UmwG § 1 Rn. 5 f.; Schmitt/Hörtnagl/Hörtnagl, 9. Aufl. 2020, UmwG § 1 Rn. 3 ff.; Widmann/Mayer/Mayer, August 2022, Einf. Rn. 127.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu etwa bereits *Bayer/J. Schmidt*, BB 2018, 2562, 2572; *Bungert/Wansleben* DB 2018, 2094, 2100 f.; *Mücl/Götte*, BB 2018, 2036.

<sup>4</sup> *Stelmaszczyk GmbH* 2020, 61, 71 ff.; *J. Schmidt NZG* 2022, 635, 640: „gravierendste Neuerung“.

unternehmerischen Mitbestimmung führen. Daher enthält die Umwandlungsrichtlinie einen spezifischen Sicherungsmechanismus zum Erhalt der Mitbestimmung, der – mit einigen Modifikationen – an das Recht der SE angelehnt ist. Was diesen Sicherungsmechanismus anbelangt,<sup>5</sup> ist die Umsetzung der Richtlinie in das parallel betriebene Gesetzgebungsverfahren zum MgFSG und zum MgVG ausgelagert. Die Stellungnahme beschränkt sich daher auf mitbestimmungsrechtliche Fragen, die das Gesetzgebungsverfahren zum UmRUG betreffen. Sedes materiae ist hier insbesondere § 316 Abs. 3 UmwG-E, wonach das Registergericht die Ausstellung der Verschmelzungsbescheinigung ablehnt, wenn die grenzüberschreitende Verschmelzung zu missbräuchlichen oder betrügerischen Umgehungszwecken oder zu kriminellen Zwecken vorgenommen wird. Über § 329 UmwG-E gilt dies auch für die Spaltung; § 343 Abs. 3 UmwG-E stellt entsprechende Voraussetzungen für den Formwechsel auf.

Die Umsetzung dieser Missbrauchskontrolle gleicht als Gesetzgebungsaufgabe der Quadratur des Kreises, da einerseits berechtigten Interessen von Arbeitnehmern und Gläubigern zum Durchbruch verholfen werden soll, andererseits die Prüfung durch das Gericht geeignet ist, die Effizienz des Registerverfahrens empfindlich zu beeinträchtigen und grenzüberschreitende Umwandlungen unnötig zu erschweren, die durch die Richtlinie und das Umsetzungsgesetz gerade gefördert werden sollen. Der jetzige Vorschlag ist im Grundsatz gut gelungen, da der Regierungsentwurf einen Prüfungsanlass nur bei Vorliegen von Anhaltspunkten vorsieht und damit grenzüberschreitende Umwandlungen nicht von vornherein unter einen Generalverdacht stellt, gleichzeitig ausreichende Möglichkeiten zur Ermittlung der Tatsachenbasis durch das Registergericht gegeben sind und die Entwurfsbegründung zudem wichtige Konkretisierungen benennt. In dieser Hinsicht empfiehlt es sich allerdings, noch etwas nachzuschärfen, um den praxiswichtigen Zielen der Effizienz des Umwandlungsverfahrens und der Vermeidung von Missbräuchen gleichermaßen gerecht zu werden.

## **1. Missbräuchlicher Zweck**

Ein missbräuchlicher Zweck im Sinne des § 316 Abs. 3 UmwG-E kann auch und gerade in einem Entzug von Arbeitnehmerrechten liegen, wie die Begründung des Regierungsentwurfs im Einklang mit dem Erwägungsgrund 36 der Richtlinie richtigerweise darstellt.<sup>6</sup> Eine einfache Formel für die Unterscheidung zwischen missbräuchlichen und nicht missbräuchlichen Gestaltungen existiert hier sicherlich

---

<sup>5</sup> Siehe dazu etwa *Wicke*, DStR 2018, 2703, 2709.

<sup>6</sup> BT-Drs. 20/3822, S. 104.

nicht, weshalb es im Grundsatz zu begrüßen ist, dass §§ 316 Abs. 3, 343 Abs. 3 UmwGE mit unbestimmten Rechtsbegriffen arbeiten.<sup>7</sup>

Für die Praxis des Rechtsgestalters wie auch des Registergerichts ist es dennoch wichtig, dass die Vorschrift näher konturiert wird. Hierzu bieten sich weitere Ausführungen in der Entwurfsbegründung an. Auf Konkretisierungen durch die Rechtsprechung zu warten, ist für die Praxis in der näheren Zukunft wenig hilfreich, zumal einschlägige Entscheidungen des EuGH selten sind und unter Umständen eine längere Verfahrensdauer aufweisen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Missbrauchsprüfung im Rahmen des Registerverfahrens stattfindet, bei dem regelmäßig eine Prüfung nur anhand der Anmeldung und der eingereichten Unterlagen erfolgt und nur bei Vorliegen eines besonderen Anlasses die materielle Richtigkeit besonders festzustellen ist.<sup>8</sup> Anderenfalls wäre dies ein Einfalltor für subjektive, außerrechtliche Wertungen mit dem Risiko willkürlicher Blockadeentscheidungen.<sup>9</sup> Notwendig ist daher die Identifizierung und Formulierung klarer Kriterien, die in einem formalisierten Verfahren ohne generelle zeitliche Einbußen überprüfbar sind. Hier bietet sich eine fallgruppenbezogene Betrachtungsweise an.

Unzweifelhaft missbräuchlich sind diejenigen Fälle, in denen gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßen wird, welche die Mitbestimmung absichern soll. Die Begründung des Regierungsentwurfs bringt hierfür den eindeutigen Fall vor, dass das Unternehmen ein Verhandlungsverfahren nicht einleitet oder sich nicht verhandlungsbereit zeigt, obwohl die Verhandlung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach §§ 5 ff. MgFSG-E bzw. §§ 5 ff. MgVG-E (in Umsetzung des Art. 133 Abs. 2 UmwRL) erforderlich ist.<sup>10</sup> Da in diesen Fällen ein konkreter Verstoß gegen Rechtsvorschriften im Raum steht, liegt die Missbräuchlichkeit auf der Hand.

Schwieriger sind Konstellationen zu beurteilen, in denen kein Verstoß gegen Rechtsvorschriften vorliegt, aber gleichwohl die Arbeitnehmerrechte beschnitten werden. Die Begründung des Regierungsentwurfs führt hierzu aus, dass die bloße Absicht, in den Genuss günstiger Rechtsvorschriften zu gelangen, angesichts der Niederlassungsfreiheit für sich genommen noch keinen Missbrauch begründet.<sup>11</sup> Mit diesem Befund dürfte der Regierungsentwurf insbesondere auf die EuGH-Rechtsprechung in Sachen Centros, Inspire Art und Polbud anspielen, welche die Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit zum Zweck der Ausnutzung günstiger

---

<sup>7</sup> Ausdrücklich begrüßend, dass keine Aufzählung von Fallgruppen erfolgt: *J. Schmidt*, NZG 2022, 635, 640; ähnlich *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 501, 509.

<sup>8</sup> So bereits *Wicke*, DStR 2018, 2703, 2704; vgl. außerdem *Krafka/Krafka*, 11. Aufl. 2019, Rn. 159.

<sup>9</sup> So bereits *Wicke*, DStR 2018, 2703, 2704.

<sup>10</sup> BT-Drs. 20/3822, S. 104.

<sup>11</sup> BT-Drs. 20/3822, S. 104; ähnlich *Habersack*, ZHR 2018, 495, 504; *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 501, 509.

Rechtsvorschriften für im Grundsatz zulässig erklärt.<sup>12</sup> Im Centros-Urteil hatte der EuGH ausdrücklich dargelegt, dass die bewusste Umgehung gesellschaftsrechtlicher Mindestkapitalvorschriften eines Mitgliedstaats durch Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit per se nicht missbräuchlich und daher von der Niederlassungsfreiheit gedeckt sei.<sup>13</sup> In Fortführung dessen hat der EuGH im Polbud-Urteil auch die Verlegung des Satzungssitzes unter Beibehaltung des bisherigen Verwaltungssitzes als von der Niederlassungsfreiheit umfasst angesehen.<sup>14</sup>

Dies schließt jedoch nicht aus, dass der europäische Gesetzgeber im Sekundärrecht nähere Bestimmungen über die Ausgestaltung der Niederlassungsfreiheit trifft und diese auch einschränkt.<sup>15</sup> Ganz konkret definiert die Richtlinie in den maßgeblichen Vorschriften der Art. 86m Abs. 8, 126 Abs. 8, 160o Abs. 8 missbräuchliche oder betrügerische Zwecke als solche, „die dazu führen oder führen sollen, sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen oder es zu umgehen.“ Damit wird an die ständige Rechtsprechung des EuGH angeknüpft, wonach die Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen dürfen, um zu verhindern, dass die durch das Unionsrecht eröffneten Möglichkeiten missbraucht werden, um sich nationalen Rechtsvorschriften zu entziehen.<sup>16</sup>

Mit anderen Worten kann also auch die Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit durch die Umwandlungsrichtlinie als Sekundärrecht in gewissen Fällen untersagt bzw. eingeschränkt werden, wenn dies die Auslegung der Umwandlungsrichtlinie ergibt. Die Erwägungsgründe 35 und 36 können insoweit als Auslegungshilfe herangezogen werden.<sup>17</sup> Erwägungsgrund 36 bezieht sich hierbei ausdrücklich auf Aspekte der Mitbestimmung und führt hierzu aus, dass die Prüfung immer Ergebnis einer Gesamtbetrachtung sein muss und nicht monokausal erfolgen kann. Besonders interessant ist der letzte Satz in Erwägungsgrund 36, der recht konkrete Hinweise zur Auslegung enthält. Demnach kann eine grenzüberschreitende Umwandlung, die zu einer Übereinstimmung von Satzungs- und Verwaltungssitz führt, ein Indiz gegen die

---

<sup>12</sup> EuGH, Urteil vom 9. 3. 1999 - C-212-97 (Centros), Rn. 18; EuGH, Urteil vom 30.9.2003 – C-167/01 (Inspire Art), Rn. 96; EuGH, Urteil vom 25.10.2017 – C-106/17 (Polbud), Rn. 40, DStR 2017, 2684 m. Anm. *Wicke*.

<sup>13</sup> EuGH, Urteil vom 9. 3. 1999 - C-212-97 (Centros), Rn. 39.

<sup>14</sup> EuGH, Urteil vom 25.10.2017 – C-106/17 (Polbud), DStR 2017, 2684 m. Anm. *Wicke*.

<sup>15</sup> Vgl. zur Möglichkeit der Ausgestaltung bzw. Einschränkung des Primärrechts durch Sekundärrecht etwa Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/T. Streinz, 76. EL Mai 2022, AEUV Art. 36 Rn. 47; Rosenfeldt/Würdemann, EuR 2016, 453, 465 ff.; von der Groeben /Schwarze/Hatje/Tiedje, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 49 Rn. 107; ähnlich Stelmaszczyk, in: Wachter, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 2021, § 14 Rn. 465. S. dazu bereits Bayer/J. Schmidt, BB 2018, 2562, 2570; Streinz, JuS 2018, 824; Wicke, DStR 2017, 2691; Wicke, DStR 2018, 2703, 2705.

<sup>16</sup> EuGH, Urteil vom 9. 3. 1999 - C-212-97 (Centros), Rn. 25; EuGH, Urteil vom 30.9.2003 – C-167/01 (Inspire Art), Rn. 136; EuGH, Urteil vom 25.10.2017 – C-106/17 (Polbud), Rn. 39, DStR 2017, 2684 m. Anm. *Wicke*.

<sup>17</sup> Ähnlich Stelmaszczyk, in: Wachter, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 2021, § 14 Rn. 465, der darauf verweist, dass die Missbrauchsfälle unkonturiert sind und letztlich der Auslegung durch den EuGH bedürfen, wobei nicht ausgeschlossen ist, dass der EuGH unter dem Eindruck der in der Umwandlungsrichtlinie zum Ausdruck kommenden Intention des Unionsgesetzgebers einem restriktiveren Ansatz folgt. Ebenfalls offenlassend Wollin, ZIP 2022, 989, 993.

Missbräuchlichkeit sein. Es wäre zwar verfehlt, im Gegenschluss anzunehmen, dass jedes Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz, das zu einem für das Unternehmen günstigeren Mitbestimmungsregime führt, per se bereits einen Missbrauch begründete.<sup>18</sup> Eine Indizwirkung in Zusammenschau mit anderen Faktoren kann einer derartigen Gestaltung ohne „genuine link“ zum Satzungsstaat aber durchaus beigemessen werden.<sup>19</sup> Wenn es an einem realwirtschaftlichen Bezug zu dem Zielstaat gänzlich fehlt und ein solcher auch nicht herbeigeführt werden soll, stellt sich die Frage, welche nachvollziehbaren Gründe sich für die Umwandlungsmaßnahme neben der Vermeidung von Mitbestimmung feststellen lassen.

Weiterer Anhaltspunkt kann eine Gestaltung sein, durch die – etwa infolge einer vorab vorgenommenen Spaltung – vor der Umwandlungsmaßnahme die Anzahl der Arbeitnehmer – unter Berücksichtigung des § 325 UmwG bzw. des § 132a UmwG-E – derart abgesenkt wird, dass keine Mitbestimmung mehr besteht, und dieser Zustand durch die Umwandlungsmaßnahme perpetuiert werden soll.

Über die Frage der Mitbestimmung hinaus sollte die Entwurfsbegründung als weiteren Missbrauchsfall die Firmenbestattung, die allein zu dem Zweck verfolgt wird, die Ansprüche von Gläubigern zu vereiteln, ausdrücklich hervorheben.

Insgesamt sollte bei § 316 Abs. 3 UmwG-E zumindest in der Begründung noch eine genauere Konturierung stattfinden, die auch einige klare Fälle des Missbrauchs benennt.

## **2. Prüfungsanlass**

Der Regierungsentwurf verlangt für die Missbrauchsprüfung nach §§ 316 Abs. 3, 329, 343 Abs. 3 UmwG-E das Vorliegen von Anhaltspunkten. Damit ist gemeint, dass das Registergericht nicht bei Erteilung jeder Vorabbescheinigung eine umfängliche Missbrauchsprüfung durchführen muss, sondern nur bei Vorliegen von Anhaltspunkten. Gewissermaßen wird ein zweistufiges Prüfverfahren eingeführt, bei dem das Vorliegen eines Anhaltspunkts Einfalltor für den Einstieg in die vertiefte Missbrauchsprüfung ist. Der Referentenentwurf hatte auf dieses Erfordernis noch verzichtet.

Die Einfügung dieses zusätzlichen Kriteriums ist unionsrechtlich zulässig. Immerhin geht auch Erwägungsgrund 36 der Umwandlungsrichtlinie von einem zweistufigen Verfahren aus, indem ernste Bedenken Voraussetzung für eine Prüfung der Missbräuchlichkeit sind.<sup>20</sup> Zuzugeben ist zwar, dass der Erstentwurf der Umwandlungsrichtlinie in Art. 86m Abs. 7 und Art. 86n GesRRL-E noch ausdrücklich ein zweistufiges Verfahren für die Überprüfung einer künstlichen Gestaltung vorgesehen hatte, was die endgültig verabschiedete Richtlinie in dieser Ausführlichkeit

---

<sup>18</sup> Ähnlich *Kraft*, BB 2019, 1864, 1867; *J. Schmidt*, BB 2019, 1922, 1930.

<sup>19</sup> So bereits *Wicke*, DSStR 2018, 2703, 2704 f.; vgl. auch *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 355, 361 f.

<sup>20</sup> Im Ergebnis ebenso wohl *J. Schmidt*, BB 2019, 1922, 1930.

nicht mehr besitzt.<sup>21</sup> Jedoch entspricht die Regelung der Systematik von Art. 86m Abs. 8, 126 Abs. 8, 160o Abs. 8 der Umwandlungsrichtlinie. Bei dieser Regelung, welche die Missbrauchsprüfung kodifiziert, handelt es sich um eine Ausnahmeregelung zum in den vorstehenden Absätzen geregelten Grundfall der Erteilung der Vorabbescheinigung.<sup>22</sup> Mit anderen Worten setzt die Erteilung der Vorabbescheinigung nicht voraus, dass das Registergericht sich die Überzeugung bildet, dass kein Missbrauch vorliegt. Es darf lediglich nicht zur Überzeugung gelangen, dass Missbrauch vorliegt.

Die im Regierungsentwurf nun vorgenommene Einschränkung ist zu begrüßen. Sie entspricht dem Geist der Richtlinie, grenzüberschreitende Umwandlungen zur Verwirklichung der Niederlassung zu ermöglichen und stellt die legitimen unternehmerischen Interessen in den Vordergrund. Eine andere Sichtweise würde im Regelfall und insbesondere auch in klaren, einfachen Fällen zu einer unnötigen Verzögerung des Vollzugs führen, wenn sich das Registergericht nämlich auch in ersichtlich unproblematischen Konstellationen Gedanken über eine Missbräuchlichkeit machen und quasi „ins Blaue hinein“ ermitteln müsste.<sup>23</sup> Auch entspricht dies dem allgemeinen Prüfungsstandard im deutschen Registerwesen, wonach eine vertiefte Prüfung jenseits formeller Kriterien nur bei entsprechendem Anlass erfolgt.<sup>24</sup>

### **3. Tatsachenbasis des Registergerichts**

§ 317 UmwG-E (ggf. i.V.m. § 329 UmwG-E) und § 344 UmwG-E eröffnen dem zuständigen Registergericht die Kompetenz, eintragungsrelevante Informationen nicht nur von der betroffenen Gesellschaft, sondern auch von öffentlichen Stellen und vom besonderen Verhandlungsgremium sowie von einem unabhängigen Sachverständigen zu erlangen. Dies betrifft auch und gerade Tatsachen, die für die Missbrauchsprüfung erforderlich sind. Oftmals werden sich die erforderlichen Informationen bereits aus den Unterlagen ergeben, die der Anmeldung beizufügen sind. Im Einzelfall benötigt das Gericht aber zusätzliche Informationen, beispielsweise zum Vermögen der Gesellschaft und dessen Belegenheit, das Erwägungsgrund 36 als Kriterium für die Gesamtbetrachtung im Rahmen der Missbrauchsprüfung benennt. Dann kann das Gericht auf seine Eingriffskompetenzen nach § 317 (ggf. i.V.m. § 329 UmwG-E) und § 344 UmwG-E zurückgreifen.

Neben § 317 UmwG-E, der Art. 127 Abs. 12 GesRRL umsetzt, tritt die allgemeine Vorschrift des § 26 FamFG. Dort ist geregelt, dass das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen

---

<sup>21</sup> S. hierzu bereits *Bayer/J. Schmidt*, BB 2018, 2562, 2570 f.

<sup>22</sup> Ähnlich argumentierend *Bungert/Becker*, DB 2019, 1609, 1613.

<sup>23</sup> *Bungert/Strohotte*, DB 2022, 1818, 1821; *Heckschen/Knaier*, ZIP 2022, 2205, 2211.

<sup>24</sup> *Krafka/Krafka*, 11. Aufl. 2019, Rn. 151.

durchzuführen hat. Es gilt also der Amtsermittlungsgrundsatz. Dieser eröffnet zwar noch keine Eingriffsbefugnis, verpflichtet das Gericht aber, von Amts wegen die Ermittlung der Tatsachengrundlage durchzuführen und allen Hinweisen auf einen Missbrauch nachzugehen. Hinzu kommt, dass das Registergericht nach § 30 FamFG auch eine förmliche Beweisaufnahme einleiten kann, die ihm die entsprechenden Befugnisse vermittelt.

Vor diesem Hintergrund erscheinen weitergehende Eingriffsbefugnisse nicht notwendig. Dies gilt gerade auch für die Einbindung von Gewerkschaften. Wie die Regierungsbegründung richtigerweise ausführt, können Gewerkschaften als Dritte dem Registergericht entsprechende Informationen zukommen lassen.<sup>25</sup> Da die Gewerkschaften in den relevanten Fällen selbst ein Interesse daran haben, dem Registergericht Indizien für einen eventuellen Missbrauch mitzuteilen, bedarf es hierzu keiner weitergehenden Regelung. Insbesondere können derlei Hinweise Anhaltspunkte für den Einstieg in eine vertiefte Missbrauchsprüfung begründen.

#### **4. Funktionelle Zuständigkeit des Richters**

Ganz eindeutig handelt es sich bei der Missbrauchsprüfung im Rahmen der grenzüberschreitenden Umwandlung um eine Materie, die in die Hände der Richter zu legen ist. Die zugrundeliegenden Prüfungen sind sehr komplex und mit der Eintragung der Umwandlung selbst zu vergleichen, die nach § 17 Nr. 1 lit. c RPflG bereits in der Zuständigkeit des Richters ist. Insbesondere ist die Missbrauchsprüfung gerade nicht auf eine formelle Prüfung beschränkt, sondern bezieht in der Regel materielle Kriterien mit ein.<sup>26</sup> Die Erteilung der Vorabbescheinigung sollte also in § 17 RPflG aufgenommen werden.

## **II. Annahme des Barabfindungsangebots**

Ausdrücklich zu begrüßen ist der – klarstellende<sup>27</sup> – Verweis in § 313 Abs. 3 Satz 4, § 327 Satz 1 und § 340 Abs. 3 Satz 4 UmwG-E auf die Anwendbarkeit von § 15 Abs. 4 GmbHG auf die Annahme des Barabfindungsangebots. Mit Blick auf das konkrete Verfahren unterscheidet das UmRUG zwischen der formfrei möglichen Absichtserklärung, das Angebot auf Barabfindung anzunehmen (§ 313 Abs. 2, ggf. i.V.m. § 327 Satz 1, § 340 Abs. 2 UmwG-E), und der eigentlichen Annahme des Barabfindungsangebots, die bei der Rechtsform der GmbH dem Formerfordernis des § 15 Abs. 4 GmbHG unterliegt.

---

<sup>25</sup> BT-Drs. 20/3822, S. 104.

<sup>26</sup> Vgl. dazu etwa *Brandi*, BB 2018, 2626, 2633 („Fremdkörper“).

<sup>27</sup> *Luy*, NJW 2019, 1905, 1908.

Diese zweistufige Ausgestaltung ist richtlinienkonform.<sup>28</sup> Zwar sehen Art. 86i Abs. 2, Art. 126a Abs. 2, Art. 160i Abs. 2 GesRRL vor, dass die Entscheidung, das Recht auf Anteilsveräußerung auszuüben, auf elektronischem Wege erklärt werden kann. Jedoch spricht bereits der Wortlaut dieser Regelungen für das vom Regierungsentwurf verfolgte zweistufige Konzept: Auf der ersten Stufe steht die Entscheidung, das Recht auf Anteilsveräußerung auszuüben, auf der zweiten Stufe sodann die Ausübung dieses Rechts. Hinzu kommt, dass Erwägungsgrund 19 der Umwandlungsrichtlinie ebenfalls diese Zweiteilung nachvollzieht und sogar ausdrücklich davon spricht, dass die Absichtserklärung etwaige nach nationalem Recht festgelegte Formerfordernisse unberührt lassen soll. Auch Erwägungsgrund 18 spricht davon, dass die Richtlinie weder nationale Vorschriften über die Gültigkeit von Verträgen für den Verkauf und die Übertragung von Anteilen an Gesellschaften noch spezielle Anforderungen an die Form des Rechtsgeschäfts berühren soll.

Der Verweis auf § 15 Abs. 4 GmbHG passt sich aber auch dogmatisch in das Gesamtgefüge des GmbH-Rechts ein. Nach überwiegender Auffassung ist für die Form der Annahmeerklärung eines Anteilserwerbs im Rahmen der Barabfindung – mangels umwandlungsrechtlicher Spezialregelung – das Recht der jeweiligen Gesellschaftsform maßgeblich, sodass im Falle der Beteiligung einer GmbH § 15 Abs. 4 GmbHG Anwendung findet.<sup>29</sup> Die Klarstellung des Gesetzgebers beugt etwaigen Missverständnissen vor, insbesondere mit Blick auf den dinglichen Rechtsübergang, der sich bei der grenzüberschreitenden Umwandlung gemäß § 313 Abs. 4, § 327 Satz 1, § 340 Abs. 4 UmwG-E *ipso iure* vollzieht und nicht – wie bei innerstaatlichen Umwandlungen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, § 31 Satz 1 UmwG – aufgrund eigenständigen dinglichen Rechtsgeschäfts. Ein wesentlicher Unterschied zu rein innerstaatlichen Umwandlungen besteht freilich darin, dass die ausscheidenden Gesellschafter nicht zunächst noch Gesellschafter der Zielgesellschaft werden, sondern mit der Umwandlung ausscheiden.<sup>30</sup> Somit bezieht sich das Formerfordernis des § 15 Abs. 4 GmbHG auf die Anteile der Ausgangsgesellschaft und nicht der Zielgesellschaft. Dies ändert jedoch nichts daran, dass § 15 Abs. 4 GmbHG Anwendung findet.<sup>31</sup> Soweit hierbei die Einwendung erhoben wird, mit Blick auf die Ausgestaltung als Anteilsübergang *ipso iure* handle es sich bei der Annahme des Barabfindungsangebots nicht mehr um eine Verpflichtung zur Abtretung eines Gesellschaftsanteils i.S.d. § 15 Abs. 4 GmbHG, sondern nur noch um die Zustimmung zu einer Abfindung als

---

<sup>28</sup> Ebenso Noack, ZGR 2020, 90, 107; Stelmaszczyk, Der Konzern 2021, 48, 52.

<sup>29</sup> Zur nationalen Regelung des § 31 UmwG Kalls in: Semler/Stengel/Leonard, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 31 Rn. 5; Luy, GmbHR 2019, 1105, 1107 f.; C. Müller in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 31 UmwG Rn. 2; zur Anwendbarkeit mit Blick auf die Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie Noack, AG 2018, 780, 783.

<sup>30</sup> So richtig Verse, Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung, 2022, S. 7 f. ebenso J. Schmidt, NZG 2022, 579, 582; Stelmaszczyk, Der Konzern 2021, 48, 49.

<sup>31</sup> Heckschen/Knaier, GmbHR 2022, 501, 508; Heckschen/Knaier, ZIP 2022, 2205, 2212 f.; Stelmaszczyk/Potyka, in: Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 15 Rn. 217; Stelmaszczyk, notar 2021, 147, 151. Im Ergebnis ebenso J. Schmidt, NZG 2022, 579, 583; J. Schmidt, NZG 2022, 635, 636;



Kompensation für die fehlende Zuteilung von Anteilen an der neuen Gesellschaft,<sup>32</sup> geht dies fehl. Vielmehr führt auch hier die Annahmeerklärung zu einem Verlust der Anteile an der (noch) bestehenden GmbH. Dass sich dieser Verlust aus europarechtlichen Gründen *ipso iure* mit der Umwandlung vollzieht und nicht durch gesondertes dingliches Rechtsgeschäft, kann insoweit keinen Unterschied machen. Dies wird nicht zuletzt auch durch die oben erwähnten Erwägungsgründe 18 und 19 deutlich, die klarstellen, dass die vom Unionsrecht gewählte Konstruktion keinen Einfluss auf nationale Formvorschriften hat.

Auch unter Normzweckgesichtspunkten ist die vom Regierungsentwurf gewählte Lösung stimmig. Wie die Begründung des Regierungsentwurfs ausdrücklich hervorhebt, sind auch insoweit die Normzwecke der Beweiserleichterung und Richtigkeitsgewähr hinsichtlich der Beteiligungsverhältnisse sowie der Schutz der Anleger vor übereilten und unberatener Entscheidungen betroffen.<sup>33</sup> Der Gesetzgeber trifft an dieser Stelle also ein ganz klares Bekenntnis zum Verbraucher- und Anlegerschutz. So erfolgt bei der Beurkundung insbesondere eine Belehrung über den Sicherungsmechanismus zum Erhalt der Barabfindung. Gerade bei einer GmbH mit einem großen Gesellschafterkreis, die ihre Gesellschaftsbeteiligungen aus Gründen der Kapitalanlage halten, ist es erforderlich, dass die Gesellschafter vor übereilten Entscheidungen bewahrt werden und notariell über die Risiken eines derartigen Angebots belehrt werden. Die durch den Notar vorgenommene persönliche Beratung des Anlegers ist effektiv und bürgernah. Ferner ist die notarielle Beurkundung auch deshalb sinnvoll, weil Notare als geldwäscherechtlich Verpflichtete nach § 2 Nr. 10 GwG zu einer effektiven Geldwäscheprävention beitragen. Umgehungsgestaltungen werden so vermieden. Schließlich sind Notare verpflichtet, die zugrundeliegenden Urkunden nach § 54 EStDV an das Finanzamt zu übermitteln, das auf diese Weise Kenntnis von dem steuerrelevanten Sachverhalt erhält.

### III. Gläubigerschutz

Art. 86j Abs. 1, Art. 126b Abs. 1 und Art. 160j Abs. 1 GesRRL geben vor, dass Gläubiger der übertragenden Gesellschaft einen der Umwandlung vorgelagerten Anspruch auf Sicherheitsleistung haben, wenn die ihnen angebotenen Sicherheiten nicht ausreichen. Damit unterscheidet sich die von der Richtlinie geforderte Ausgestaltung von § 22 UmwG, der für rein innerstaatliche Umwandlungen einen nachgelagerten Gläubigerschutz vorsieht.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> So etwa *Drinhausen/Keinath*, BB 2022, 1346, 1351; *Verse*, Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung, 2022, S. 17; verhalten kritisch auch *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 582 f.

<sup>33</sup> BT-Drs. 20/3822, S. 96.

<sup>34</sup> Kritisch *Baschnagel/Hilser*, NZG 2022, 1333, 1336.

Der Regierungsentwurf setzt dies in §§ 314, 328, 341 UmwG-E dahingehend um, dass die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft Sicherheitsleistung verlangen können für eine Forderung, die vor der Bekanntmachung des Umwandlungsplans schon entstanden, aber noch nicht fällig geworden ist, und deren Erfüllung durch die Umwandlung gefährdet ist. Konsequenz ist hier die Beschränkung dieses besonders effektiven Systems auf die übertragende Gesellschaft, sind nur deren Gläubiger doch überhaupt besonderen Gefährdungen durch die grenzüberschreitende Umwandlung ausgesetzt.<sup>35</sup> Auch Erwägungsgrund 22 der Umwandlungsrichtlinie bezieht sich speziell auf die Konstellation, dass die Gesellschaft nach der Umwandlung dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegt. Die Erfüllung des Anspruchs ist nach den Erwägungsgründen 22 bis 24 insbesondere dann gefährdet, wenn die internationale Zuständigkeit der für die Geltendmachung oder Beitreibung heranzuziehenden Gerichte wechselt.

Der Referentenentwurf hatte vorgesehen, dass der Anspruch auf die Sicherheit beim Registergericht geltend zu machen ist. Dies hätte zu Friktionen geführt, ist das Registerverfahren doch durch eine formelle Prüfung spezifisch gesellschaftsrechtlicher Fragen geprägt und nicht auf ein Streitiges Verfahren zur Erlangung von Sicherheiten ausgerichtet.<sup>36</sup> Grundsätzlich positiv zu bewerten ist daher, dass der Regierungsentwurf die Verfahrenskonzentration beim Registergericht insoweit aufgibt und auf das „zuständige Gericht“ abstellt.

Die derzeitige Lösung ist dennoch mit erheblichen Nachteilen verbunden. Zum einen führt sie zu einer deutlichen Zersplitterung der Zuständigkeiten. Neben unterschiedlichen Zuständigkeitsvorschriften des nationalen Rechts könnte es insbesondere auch zu einer internationalen Zuständigkeit ausländischer Gerichte kommen. Es wäre hinreichend ineffizient, wenn sich zahlreiche Gerichte mit im Grundsatz gleichen Fragestellungen beschäftigen müssten. Insbesondere in Zusammenschau mit der nach §§ 315 Abs. 3 Nr. 2, 329, 342 Abs. 3 Nr. 2 UmwG-E bei der Anmeldung abzugebenden Versicherung des Vertretungsorgans, dass keine Sicherheitsleistungen gerichtlich geltend gemacht wurden, ist die Zuständigkeit unterschiedlicher Gerichte misslich. Gerade bei der Zuständigkeit ausländischer Gerichte ist die gerichtliche Geltendmachung von Sicherheitsleistungen nicht sicher einzuschätzen und eine Abgabe dieser Versicherung nur schwerlich möglich.<sup>37</sup> Hinzu kommt, dass bei einer Zuständigkeit ausländischer Gerichte, die teilweise durch sehr lange Verfahrensdauer geprägt sind, das Erpressungsrisiko durch „räuberische Gläubiger“ stark ansteigt.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> *Heckschen/Knaier*, ZIP 2022, 2205, 2208; *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 585; *Schollmeyer*, ZGR 2020, 62, 79.

<sup>36</sup> Vgl. dazu etwa die Stellungnahme der Bundesnotarkammer vom 17. Mai 2022 zum Referentenentwurf, S. 8.

<sup>37</sup> *Baschnagel/Hilser*, NZG 2022, 1333, 1338; *Bungert/Strothotte*, Der Betrieb 2022, 1818, 1820 f.; *Heckschen/Knaier*, ZIP 2022, 2205, 2208 f.

<sup>38</sup> So bereits zum Referentenentwurf *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 501, 507; ähnlich *Widmann/Mayer/Vossius*, Umwandlungsrecht, Umwandlungsrecht aktuell vom 1.4.2022, Abschnitt A.I.1.d.bb).

Ein sinnvoller Mittelweg zwischen der Zuständigkeit des Registergerichts und der allgemeinen Zuständigkeit wäre es, das Prozessgericht am Sitz des Registergerichts für ausschließlich zuständig zu erklären.<sup>39</sup> Dies führte zu einer Zuständigkeitskonzentration bei einem auf streitige Verfahren ausgerichteten Prozessgericht. Gleichzeitig wäre eine Versicherung des Vertretungsorgans, dass bei diesem Gericht keine Sicherheitsleistung geltend gemacht wurde, ohne Schwierigkeiten abzugeben.

Ferner sei darauf hingewiesen, dass auch Betriebsrentner zum Kreis der Gläubiger gehören können, deren Ansprüche durch eine grenzüberschreitende Umwandlung gefährdet werden, wie Erwägungsgrund 24 der Umwandlungsrichtlinie klar herausstellt. Für die Absicherung von Betriebsrentenansprüchen reichen aber die allgemeinen Regelungen des UmwG-E zum Gläubigerschutz aus. Ohnehin kann sich eine Gefährdung der Betriebsrenten regelmäßig nicht schon aus einer Änderung der Zuständigkeit des Erkenntnisgerichts ergeben, da nach § 48 Abs. 1a ArbGG, Art. 21 Abs. 1 lit. b) i) Brüssel-Ia-Verordnung die örtliche und internationale Zuständigkeit am Arbeitsort bestehen bleibt;<sup>40</sup> außerdem sorgt für in Deutschland tätige Arbeitnehmer im Insolvenzfall der Pensions-Sicherungs-Verein VVaG auch nach einer Verlegung des Verwaltungs- oder Sitzungssitzes für die Weiterzahlung der Betriebsrente, vgl. §§ 1, 14 BetrAVG. Eine Verlagerung des Verwaltungssitzes im Rahmen der Umwandlungsmaßnahme kann jedoch dazu führen, dass der Titel im Ausland vollstreckt werden muss, sodass insoweit eine Gefährdung vorliegen kann.<sup>41</sup>

#### **IV. Ausweitung auf Personengesellschaften**

Nach §§ 306, 321, 334 UmwG-E beschränkt sich der Anwendungsbereich für die Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, zur Spaltung sowie zum grenzüberschreitenden Formwechsel – insoweit parallel zur Umwandlungsrichtlinie – auf Kapitalgesellschaften.<sup>42</sup> Andere Gesellschaftsformen wie insbesondere Personengesellschaften sind nicht erfasst, wodurch es künftig zu einem gespaltenen Regelungsregime kommen wird (mit Ausnahme der von § 306 Abs. 1 Nr. 2 UmwG-E erfassten grenzüberschreitenden Hineinverschmelzung auf eine Personengesellschaft).

Dass der Gesetzgeber von einer Einbeziehung der Personengesellschaften Abstand genommen hat, ist einerseits verständlich, bestehen doch insoweit keine durch die

---

<sup>39</sup> Ähnlich *Heckschen/Knaier*, ZIP 2022, 2205, 2209, die allerdings eine Zuständigkeitskonzentration auf ein Gericht pro Land vorschlagen.

<sup>40</sup> *Schollmeyer*, ZGR 2020, 62, 80.

<sup>41</sup> *Schollmeyer*, ZGR 2020, 62, 80.

<sup>42</sup> Bezug genommen wird in § 321 und § 334 im Wesentlichen auf im Anhang II der GesRRL aufgeführte Gesellschaften, in § 306 auf alle Gesellschaften nach Art. 119 der GesRRL. Umwandlungsfähig unter den deutschen Gesellschaftsformen sind also AG, KGaA und GmbH. Für die SE ist dies umstritten, vgl. zu § 122b UmwG bisheriger Fassung *Habersack/Wicke BeckOGK/Klett*, 1.7.2022, UmwG § 122b Rn. 12 ff.– Dieser und der folgende Abschnitt orientieren sich an der Stellungnahme der Bundesnotarkammer zum Referentenentwurf des UmRUG vom 17.5.2022.

Richtlinie harmonisierten europäischen Vorgaben, sodass es sich insoweit um einen nationalen Alleingang handelte. Auf der anderen Seite sind grenzüberschreitende Umwandlungen auf Grundlage des europäischen Primärrechts zulässig. Mit Blick darauf wäre die Aufnahme der Personengesellschaften in die ohnehin unionsrechtlich determinierten Verfahrensregelungen ein großer Mehrwert und entspräche auch den Bedürfnissen der Praxis nach einem gesicherten Rechtsrahmen auch für diese Fälle.<sup>43</sup> Immerhin ist nicht ausgeschlossen, dass auch andere Mitgliedstaaten ihrerseits entsprechende Regelungen überschießend implementieren und damit zumindest im Verhältnis zu diesen ein geordnetes und rechtssicheres Verfahren bestünde.<sup>44</sup> Zudem ist bei fehlendem einfachrechtlichem Regime zu besorgen, dass eine unregulierte grenzüberschreitende Umwandlung unter Beteiligung von Personengesellschaften sogar zum Missbrauch verleitet: Außerhalb der Bestimmungen der Richtlinie könnten grenzüberschreitende Umstrukturierungen möglicherweise unkomplizierter und unter Umgehung von Schutzmechanismen – etwa für Arbeitnehmer – durchgeführt werden.<sup>45</sup>

Zumindest wäre hier an eine Regelung ähnlich § 332 UmwG-E für die Spaltung zur Aufnahme zu denken, die Unternehmen unterhalb der Mitbestimmungsgrenzen erfasst. Dort stellen sich im Wesentlichen dieselben Schwierigkeiten. Es ist nicht einsichtig, weshalb sich der Regierungsentwurf bei der Spaltung zur Aufnahme für eine überschießende Umsetzung entscheidet und bei Personengesellschaften dagegen.

## **V. Ausweitung des Spruchverfahrens auf Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers**

Die Öffnung des Spruchverfahrens gemäß §§ 14 und 15 UmwG-E auch für die Anteilseignerinnen und Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers sowie die zugehörigen Anpassungen des Gesetzes über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren (SpruchG) sind praxisgerecht<sup>46</sup> und daher zu begrüßen. Angesichts der in diesen Fällen rein wirtschaftlichen Interessen der Anteilseignerinnen und Anteilseigner wäre es nicht zielführend, wenn der Umwandlungsvorgang insoweit suspendiert werden könnte. Ein nachgelagerter Rechtsschutz ist in diesen Fällen sachgerecht und auch ausreichend.

---

<sup>43</sup> Ebenso *Bayer/J. Schmidt*, BB 2018, 2562, 2572; *Bayer/J. Schmidt*, BB 2019, 1922, 1926; *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 300, 302; *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 353, 354; *Bungert/Wansleben*, DB 2018, 2094, 2095, 2104; *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 613, 621 f.; *Heckschen/Knaier*, ZIP 2022, 2205, 2213; *Kraft*, BB 2019, 1864, 1865; *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 580; *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, 61, 64; *Wicke*, DStR 2018, 2642, 2643.

<sup>44</sup> So bereits *Wicke*, DStR 2018, 2642, 2643; vgl. auch *Bungert/Wansleben*, DB 2019, 49, 52; a.A. *Luy*, NJW 2019, 1905, 1909.

<sup>45</sup> *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 613, 622, mit Verweis auf OLG Oldenburg, DNotZ 2021, 148 m. Anm. Knaier.

<sup>46</sup> *Habersack*, ZHR (186) 2022, 1, 5; *Schmidt*, NZG 2022, 579, 584; *Wollin*, ZIP 2022, 989, 991.

Die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen lässt sich – anders als bei rein nationalen Umwandlungen durch § 2 Abs. 2 Satz 1, § 17 Abs. 1 SpruchG, § 20 Abs. 1 FamFG – vor dem Hintergrund des Art. 126a Abs. 6 UAbs. 1 Satz 2 GesRRL hier nur schwerlich vermeiden, da bei Zuständigkeit unterschiedlicher nationaler Gerichte keine grenzüberschreitende Verfahrensbindung mit Erga-omnes-Wirkung besteht.<sup>47</sup> Das Zusammenarbeitsgebot des § 6c Abs. 2 SpruchG-E verringert dieses Risiko jedoch.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Noack/Habrich*, AG 2019, 908, 910 ff.; *Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 2437, 2442.

<sup>48</sup> *Schmidt*, NZG 2022, 579, 585.