20. Wahlperiode

Deutscher Bundestag
Rechtsausschuss

Wortprotokoll
der 28. Sitzung

Rechtsausschuss
Berlin, den 7. November 2022, 14:00 Uhr
Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal E.600

Vorsitz: Elisabeth Winkelmeier-Becker, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziger Tagesordnungspunkt **Seite 7**

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie

BT-Drucksache 20/3822

Federführend:
Rechtsausschuss

Mitberatend:
Wirtschaftsausschuss
Ausschuss für Arbeit und Soziales

Gutachtlich:
Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Berichterstatter/in:
Abg. Esra Limbacher [SPD]
Abg. Stephan Mayer (Altötting) [CDU/CSU]
Abg. Dr. Till Steffen [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]
Abg. Dr. Thorsten Lieb [FDP]
Abg. Fabian Jacobi [AfD]
Abg. Susanne Hennig-Wellsow [DIE LINKE.]

Teilnehmende Abgeordnete **Seite 3**

Sprechregister Abgeordnete **Seite 5**

Sprechregister Sachverständige **Seite 6**

Anlagen:
Stellungnahmen der Sachverständigen **Seite 30**

Mitglieder des Ausschusses

	Ordentliche Mitglieder	Unter-schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter-schrift
SPD	Dilcher, Esther	☒	Dieren, Jan	☐
	Eichwede, Sonja	☒	Echeverria, Axel	☐
	Fechner, Dr. Johannes	☒	Esken, Saskia	☐
	Fiedler, Sebastian	☒	Müller, Bettina	☐
	Karaahmetoğlu, Macit	☒	Roloff, Sebastian	☐
	Licina-Bode, Luiza	☒	Scheer, Dr. Nina	☐
	Limbacher, Esra	☒	Schieder, Marianne	☐
	Mansoori, Kaweh	☒	Schisanowski, Timo	☐
	Martens, Dr. Zanda	☒	Wiese, Dirk	☐
	Plobner, Jan	☒	N.N.	☐
	Wegge, Carmen	☒	N.N.	☐
CDU/CSU	Heveling, Ansgar	☒	Amthor, Philipp	☐
	Hierl, Susanne	☒	Gutting, Olav	☐
	Jung, Ingmar	☒	Hoffmann, Alexander	☐
	Krings, Dr. Günter	☒	Hoppenstedt, Dr. Hendrik	☐
	Mayer (Altötting), Stephan	☐		
	Müller, Axel	☒	Lehrieder, Paul	☐
	Müller (Braunschweig), Carsten	☒	Lindholz, Andrea	☐
			Luczak, Dr. Jan-Marco	☒
	Oellers, Wilfried	☒	Santos Wintz, Catarina dos	☐
	Plum, Dr. Martin	☒		
	Ullrich, Dr. Volker	☒	Thies, Hans-Jürgen	☐
	Winkelmeier-Becker, Elisabeth	☒	Warken, Nina	☐
		☒	Weiss, Maria-Lena	☐
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Bayram, Canan	☐	Aeffner, Stephanie	☐
	Benner, Lukas	☒	Beck, Katharina	☐
	Bsirske, Frank	☒	Kraft, Laura	☐
	Künast, Renate	☒	Notz, Dr. Konstantin von	☐
	Limburg, Helge	☒	Schönberger, Marlene	☐
	Tesfaiesus, Awet	☒	Steinmüller, Hanna	☒
FDP	Fricke, Otto	☒	Kubicki, Wolfgang	☐
	Hartewig, Philipp	☒	Kuhle, Konstantin	☐
	Helling-Plahr, Katrin	☒	Lindemann, Lars	☐
	Lieb, Dr. Thorsten	☒	Schröder, Ria	☐
	Skudelny, Judith	☐	Thomae, Stephan	☐

	Ordentliche Mitglieder	Unter-schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter-schrift
AfD	Brandner, Stephan	☒	Beckamp, Roger	☐
	Jacobi, Fabian	☒	Haug, Jochen	☐
	Peterka, Tobias Matthias	☒	Miazga, Corinna	☐
	Seitz, Thomas	☒	Wirth, Dr. Christian	☐
DIE LINKE.	Bünger, Clara	☒	Gohlke, Nicole	☐
	Meiser, Pascal	☒	Mohamed Ali, Amira	☒

Weitere Mitglieder des Deutschen Bundestages

		Unter-schrift
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Steffen, Dr. Till	☒
DIE LINKE.	Hennig-Wellsow, Susanne	☒

Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Frank Bsirske (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	**17, 23**
Dr. Thorsten Lieb (FDP)	**17, 24**
Esra Limbacher (SPD)	**16, 23**
Stephan Mayer (Altötting) (CDU/CSU)	**23, 28**
Pascal Meiser (DIE LINKE.)	**17, 22**
Axel Müller (CDU/CSU)	**17**
Vorsitzende Elisabeth Winkelmeier-Becker (CSU/CSU)	**7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29**

Sprechregister Sachverständige

	Seite
Dr. Hilke Herchen Rechtsanwältin, Hamburg	**7, 24**
Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M. (Berkeley) Universität Hamburg Professur für Zivilrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Wirtschaftsrecht	**8, 22, 24, 29**
Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M. (Nottingham) Universität Bayreuth Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (Zivilrecht I)	**9, 20, 25**
Prof. Dr. Christoph Teichmann Julius-Maximilians-Universität Würzburg Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht	**10, 25**
Rainald Thannisch Deutscher Gewerkschaftsbund, Berlin Referatsleiter Mitbestimmung, Corporate Governance und CSR Abteilung Grundsatz und Gute Arbeit	**11, 19, 26**
Dr. Oliver Vossius Deutscher Notarverein e. V., Berlin Notar	**13, 18, 28**
Prof. Dr. Hartmut Wicke, LL.M. Honorarprofessor, Ludwig-Maximilians-Universität München Notar	**14, 18, 27**
Roland Wolf Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e. V., Berlin	**15, 27**
Dr. Jonas Zäh Rechtsanwalt, Reutlingen	**16, 27, 28**

Die Vorsitzende **Elisabeth Winkelmeier-Becker**: Es ist 14:00 Uhr und damit Zeit für den Beginn der 28. Sitzung des Rechtsausschusses am 7. November 2022. Anwesend sind die ordentlichen Mitglieder aus dem Rechtsausschuss sowie das stellvertretende Mitglied Herr Abgeordneter Dieren. Seien Sie gegrüßt. Herr Bsirske ist dem Rechtsausschuss frisch beigetreten und der Abgeordnete Meiser (ordentliches Mitglied im Wirtschaftsausschuss; DIE LINKE.) ist auch da. Seien Sie auch herzlich begrüßt.

Wir haben heute neun Sachverständige im Saal beziehungsweise in der Schalte. Von acht Sachverständigen haben wir eine schriftliche Stellungnahme eingereicht bekommen. Dafür schon einmal herzlichen Dank. Anwesend sind auch Vertreter der Bundesregierung und des Bundesjustizministeriums. Seien Sie auch herzlich gegrüßt, ebenso wie die Zuhörerinnen und Zuhörer auf der Tribüne und möglicherweise auch im Netz.

Dies ist die vierte Anhörung in dieser Wahlperiode in unserem Ausschuss. Es geht um den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der sogenannten Umwandlungsrichtlinie der Europäischen Union. Die Umwandlungsrichtlinie ergänzt die bereits ins deutsche Recht umgesetzte Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts. Beide zielen darauf ab, die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit von EU-Kapitalgesellschaften zu erleichtern und einheitliche Vorgaben für grenzüberschreitende Formwechsel einzuführen. Den betroffenen Interessen soll vor allem unter dem Aspekt des Schutzes von Minderheitsgesellschaftern, von Gläubigern und Arbeitnehmern ausreichend Rechnung getragen werden. Außerdem haben wir neue Regelungen zur Vereinfachung und Beschleunigung des Spruchverfahrens nach dem Spruchverfahrensgesetz (SpruchG).

Ich habe zunächst noch einige Hinweise zum Ablauf: Die Sachverständigen erhalten am Anfang in alphabetischer Reihenfolge die Gelegenheit zu einführenden Stellungnahmen. Wir beginnen mit Frau Dr. Herchen, dann geht es der Reihe nach weiter. Bitte überschreiten Sie jeweils vier Minuten nicht. Die Zeit wird angezeigt durch eine Uhr, die rückwärts läuft. Wenn Sie im roten Bereich sind, haben Sie die Zeit bereits überschritten. Bitte nehmen Sie für die Zeit jeweils Ihr Mikrofon in Anspruch und schalten Sie es danach aus. Danach schließt sich die erste Fragerunde an, in der die Kollegen die Gelegenheit haben, jeweils zwei Fragen zu stellen. Entweder an einen oder zwei Sachverständige. Wir sammeln diese Fragen, dann gehen die Antworten zusammengefasst auch wieder der Reihe nach an die Sachverständigen. Wir fangen dann in alphabetisch umgekehrter Reihenfolge an, bei Ihnen, Herr Dr. Zäh. Sollte es eine zweite Fragerunde geben, geht es wieder anders herum. So sind hier die Usancen im Rechtsausschuss. Pro Frage haben Sie jeweils zwei Minuten Zeit. So haben möglichst viele Kollegen die Gelegenheit, Fragen zu stellen. Die Anhörung ist öffentlich. Eine Videoaufzeichnung der heutigen Anhörung kann leider nicht erstellt werden, aber wir erstellen seitens des Sekretariats eine Tonaufzeichnung und im Anschluss ein Wortprotokoll. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne sind nicht gestattet. Auch Beifall- oder Missfallensbekundungen sind zu unterlassen. Jetzt fangen wir – in medias res – an mit Frau Dr. Herchen.

SVe **Dr. Hilke Herchen**: Herzlichen Dank für die Einladung und die Einleitung. In aller Kürze vorweg: Ich finde, dass der Gesetzentwurf im Grundsatz insgesamt sehr gelungen und zu begrüßen ist, gerade auch die konsequente Umsetzung der Richtlinie mit einigen Erweiterungen. Dies gilt maßgeblich auch für die weitgehende Ersetzung von Beschlussmängelklagen wegen Bewertungsmängeln durch das Spruchverfahren sowie die Zulassung von Aktien als Ausgleichleistung anstelle der Barzuzahlung. Allerdings sehe ich hier durchaus in einigen Punkten Nachbesserungsbedarf, gerade auch zum Schutz der von Ihnen erwähnten Minderheitsgesellschafter und Gläubiger. Der erste Punkt, den ich hervorheben möchte, betrifft die Durchführung des Ausgleichs in Aktien. Nach den neuen Regelungen, die für das Spruchverfahren geplant sind, soll die Zahl der Aktien, die anstelle der Barzuzahlung gewährt werden, durch eine Korrektur des ursprünglichen Beteiligungsverhältnisses ermittelt werden, wenn sich im Spruchverfahren eine andere Bewertung ergibt. Das heißt, den Aktionären soll diejenige Anzahl an Aktien zugeteilt werden, die sie zusätzlich erhalten hätten, wenn das Umtauschverhältnis

von vornherein, aufgrund der Lage der damaligen Werte, richtig bestimmt worden wäre. Das führt allerdings dazu, dass eine zwischenzeitlich eingetragene Wertveränderung der Gesellschaft, die eine oder andere Art der Erfüllung der Ausgleichpflicht für die Minderheitsaktionäre mehr oder weniger attraktiv werden lässt oder auch gegebenenfalls zusätzliche Ausgleichzahlungen erforderlich macht. Einfacher wäre ein Konzept, bei dem man auf eine ex-post Bewertung abstellt und im Zeitpunkt der Entscheidung des Spruchverfahrens ermittelt, wie hoch der Wert hätte sein müssen und den dann existierenden Wert der Aktie zugrunde legt. Insbesondere bei börsennotierten Gesellschaften ist es aufgrund des vorhandenen Börsenwertes auch ein sehr einfach durchzusetzendes Konzept. Verfolgt man diesen Ansatz, könnte man auch eine weitere Schwäche des Gesetzentwurfs beheben. Dieser erfordert nämlich im Moment, dass bereits bei Aufstellung des Verschmelzungsvertrags geregelt wird, ob die Abfindung in Aktien oder in bar zu erfolgen hat. Gerade weil sich die Liquiditätslage der Gesellschaft aber am Ende eines Spruchverfahrens deutlich anders darstellen kann als zum Zeitpunkt der ursprünglichen Verfassung des Verschmelzungsvertrags, schränkt dies die Flexibilität der Unternehmen doch erheblich ein. Das wird hier mit dem Schutz der Aktionäre begründet. Wenn jedoch an das Wertverhältnis der Aktien oder Anteile im Zeitpunkt nach der Durchführung der Ausgleichsleistung angeknüpft wird, dürfte sich dieses Problem nicht stellen.

Ich würde anregen, dass man für Fälle, in denen die neuen Aktien aus Kapitalschutzgründen nicht wie zugesagt gewährt werden können oder sie von der Gesellschaft innerhalb eines bestimmten Zeitraums tatsächlich nicht gewährt wurden, ein Anspruch der Aktionäre auf Ersatzleistungen in bar geregelt wird. Aktuell ist der rechtliche Schutz etwas unklar.

Ein weiterer Punkt betrifft den Kapitalschutz und damit Gläubigerinteressen und mittelbar auch Aktionärsinteressen. Gegenstand der Sacheinlage, wie im Entwurf bezeichnet, soll tatsächlich der Anspruch auf Gewährung von Aktien sein. Das halte ich sowohl rechtstechnisch als auch unter dem Gesichtspunkt des Kapitalschutzes für problematisch. Das ist einfach kein geeigneter Einlagegegenstand. Die Aktien werden ja nun gerade gewährt, dafür muss es eine Gegenleistung geben. Aus meiner Sicht ist es erforderlich, dass man den Barausgleichsanspruch – den diese Aktien ersetzen sollen – auch hinsichtlich seiner Werthaltigkeit bewertet. Ansonsten muss ein anderer Weg zum Gläubigerschutz gefunden werden. Macht man das nicht, besteht nachher vielleicht sogar mangels ausdrücklicher Regelungen das Risiko für die Aktionäre, dass sie einer Differenzhaftung ausgesetzt sind. Weiter problematisch ist aus meiner Sicht die sehr unklare Fassung des Missbrauchsbegriffs im vorgeschlagenen § 316 Umwandlungsgesetz (UmwG), der für die Vorabbescheinigung durch das Registergericht eine Rolle spielt. Hier besteht aus meiner Sicht doch ein erhebliches Risiko, dass das unterschiedlich ausgelegt wird und damit erst am Ende des Verfahrens für die Unternehmen klar ist, ob sie mit ihrem Projekt durchdringen oder nicht. Das ist teilweise durch die Richtlinie zwingend so vorgegeben, nichtsdestotrotz sollte man hier nochmal überlegen, wie man in anderer Weise Klarheit schaffen kann. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende:** Vielen Dank für Ihre Ausführungen. Ich begrüße Prof. Dr. Hirte als früheren Kollegen und erteile ihm das Wort als Sachverständigem.

SV **Prof. Dr. Heribert Hirte:** Danke für die freundliche Begrüßung. Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, ich kann mich bezüglich des Gesetzes als Erstes dem Gesamturteil der ersten Sachverständigen, Frau Dr. Herchen, anschließen. Es ist ein gelungener Kompromiss zwischen verschiedenen, hier zu berücksichtigenden Interessen. Vor allem geht es um den Schutz der Minderheitsgesellschafter, um den Schutz der Gläubiger und um den Schutz der Arbeitnehmer. Hier werden Vorhaben, die für die Niederlassungsfreiheit erforderlich sind, in ausgewogener Weise umgesetzt. Bezüglich eines Punktes, den Frau Herchen angesprochen hat, teile ich jetzt schon ihre Bedenken, nämlich was die Sacheinlage des Ausgleichsanspruchs angeht. Da ist die Lösung, meines Erachtens, unvollständig. Ich möchte aber, bevor ich am Ende zur der Frage der Überprüfung sehr intensiv kommen werde, noch einen weiteren Punkt ansprechen, der in der Diskussion des

Gesetzentwurfs eine gewisse Rolle gespielt hat. Nämlich die Frage, ob eine Erstreckung des Gesetzes auf Personalgesellschaften, jetzt oder zu einem späteren Zeitpunkt, wünschenswert oder sinnvoll ist. Ich möchte nur darauf hinweisen, dass wir für die spiegelbildliche Situation, nämlich die Hineinverschmelzung von Gesellschaften, im Zusammenhang mit dem Austritt des Vereinigten Königreichs Sonderregelungen im Umwandlungsgesetz für solche Zwecke geschaffen haben. Umgekehrt, für den Weg des Hinausverschmelzens von deutschen Gesellschaften, ist es deutlich komplexer, weil es gar keine europaeinheitlichen gemeinsamen Prinzipien zum Personengesellschaftsrecht gibt. Ich bin deshalb etwas skeptisch gegenüber diesen Forderungen. Ganz sicher ist es aber richtig, und das wurde auch schon angesprochen, dass der Gesetzentwurf den Anfechtungsausschluss des § 14 Absatz 2 Umwandlungsgesetz erweitert, auch auf den sogenannten übernehmenden Rechtsträger, und da sind die Vorgaben der Richtlinie, die das nur für grenzüberschreitende Umwandlungsmaßnahmen vorgesehen hat, auch auf das nationale Recht erstreckt. Das sollte man als Anlass nehmen, auch weitere Sachverhalte in dieses Verfahren zu integrieren. Das betrifft insbesondere das Delisting, das eine ähnliche Umwandlungsmaßnahme ist und wo auch Ausgleichsansprüche in gleicher Weise gewährt werden sollten. Das wäre eine gute Gelegenheit, die Dinge, die in der vorletzten Legislaturperiode hier diskutiert wurden, jetzt noch einmal aufzugreifen. Das Ausgleichsverfahren oder der Ausschluss des Anfechtungsrechts bedeutet auf der anderen Seite aber auch eine deutliche Ausweitung der Bedeutung des Spruchverfahrensrechts. Hierzu möchte ich in erster Linie noch etwas sagen. Ganz wichtig ist: Der Gesetzgeber hat völlig zu Recht nicht alleine auf den Börsenkurs als Bewertungskriterium für die Gesellschaften abgestellt, soweit sie börsennotiert sind. Denn hier gibt es so viele Zufallspotentiale, Gestaltungspotentiale und Missbrauchsmöglichkeiten, dass das nicht der angemessene Wert ist, der alleine für die Abfindung von ausscheidenden oder kompensierenden Gesellschaften zugrunde gelegt werden sollte. Es geht also ins Spruchverfahren und hier ist eine Lösung hervorzuheben, nämlich § 11a des neuen Spruchverfahrensgesetzes, der Vorschlag des sogenannten Mehrheitsvergleichs, der meines Erachtens überzeugt. Denn wir haben immer wieder Antragssteller, die die Nichtangemessenheit der Kompensation rügen. Darüber wird lang gestritten, aber man kommt sehr schnell, jedenfalls unter der größten Zahl der Beteiligten, zu einer Einigung. Hier sagt das Gesetz zu Recht, es „kann“ berücksichtigt werden. Man sollte weiter gehen und sagen, dieser Mehrheitsvergleich, der dann von 90 Prozent getragen werde, müsse Berücksichtigung finden. Für nicht ganz so überzeugend halte ich die Einführung des Anwaltszwangs im Rahmen des Spruchverfahrens. Die Praktiker, die mit diesen Dingen befasst sind, sagen, der Anwaltszwang hindere nicht am Missbrauch. Dieser müsse an anderer Stelle verhindert werden. Insbesondere Zustellungsmängel gebe es auch bei Anwälten. Das sollte man möglicherweise noch einmal überdenken. Was aber zur Beschleunigung sicher noch weiter ausgebaut werden könnte, wäre die Konzentration von Gerichten, die zuständig für solche Spruchverfahren sind. Dabei spielt letztlich die Bedeutung der Verfahren eine Rolle. Man sollte auch bei Beschwerden – wie das im Familienverfahrensgesetz (FamFG) in anderen Fällen auch vorgesehen ist – eine mündliche Verhandlung vorsehen. So viel zum Spruchverfahren. Herzlichen Dank.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank. Es wurden viele Aspekte angesprochen. Wir gehen jetzt weiter in der Runde zu Professorin Dr. Schmidt.

SVe **Prof. Dr. Jessica Schmidt**: Vielen Dank, Frau Vorsitzende, für die Einladung und die Gelegenheit zur Stellungnahme. Aufgrund der Umwandlungsrichtlinie steht mit dem Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) eine große und wichtige Reform des Umwandlungsrechts bevor. Der Regierungsentwurf des UmRUG ist insgesamt sehr gut gelungen. Alle unionsrechtlichen Vorgaben werden umgesetzt. Dabei wird insbesondere den Bedürfnissen der Praxis nach einem rechtssicheren und praktikablen Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel Rechnung getragen. Zugleich wird aber auch ein angemessener Schutz von Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern gewährleistet. Sinnvoll und wichtig ist, dass über die Vorgaben der Richtlinie hinaus auch die grenzüberschreitende Spaltung

zur Aufnahme erfasst wird. Hierfür besteht ein großes praktisches Bedürfnis. Grenzüberschreitende Spaltungen zur Aufnahme wären zwar auch ohne ausdrückliche Regelung im Umwandlungsgesetz auf der Basis der Niederlassungsfreiheit zulässig, allerdings ohne klare Regelungen zum Verfahren sowie speziell zum Schutz des Stakeholders. Ein spezieller Rechtsrahmen im Umwandlungsgesetz sorgt dagegen für Rechtssicherheit, erspart aufwändige und kostenträchtige Umwege und gewährleistet insbesondere auch einen angemessenen Schutz der Stakeholder. Genau dieselbe Problematik ergibt sich aber auch bei Personengesellschaften. Aktuell sind nur Hereinverschmelzungen auf Personenhandelsgesellschaften erfasst. Ein großes praktisches Bedürfnis besteht aber auch für andere Umwandlungsvarianten von Personengesellschaften. Aufgrund der Niederlassungsfreiheit müssen sie ohnehin zugelassen werden. Dann wäre es aber besser, sie gleich generell in den Anwendungsbereich des Umwandlungsgesetzes mit aufzunehmen, um so für Rechtssicherheit und einen angemessen Schutz von Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern zu sorgen. In Bezug auf das Umwandlungsverfahren ist hier die Umsetzung der neuen Vorgaben zu Plan-, Berichts-, Prüfungs-, Beschluss- und Rechtmäßigkeitskontrollen insgesamt gut gelungen. Insbesondere folgt zu Recht auch keine weitere Konkretisierung des Missbrauchstatbestands im Gesetzestext. Damit könnte ohnehin nur eine scheinbare Rechtssicherheit geschaffen werden. Denn letztlich kann hierüber verbindlich nur der Europäische Gerichtshof entscheiden. Insgesamt gut gelungen sind speziell auch die besonders wichtigen Reglungen zum Schutz der Minderheitsgesellschafter und Gläubiger.

Dies gilt speziell auch für den Anspruch der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft auf Sicherheitsleistung. Die Regelung zur gerichtlichen Zuständigkeit könnte allerdings nochmal überdacht werden. Sie sorgt aktuell für Unsicherheiten und birgt Verzögerungspotential. Wird sie beibehalten, so sollte zusätzlich zur gerichtlichen Geltendmachung eine Obliegenheit des Gläubigers zur Anzeige bei der Gesellschaft vorgesehen werden, um Unsicherheiten und Verzögerungen zu vermeiden. Für die Anteilsinhaber besteht bei allen grenzüberschreitenden Umwandlungen ein Austrittsrecht gegen Barabfindung, wenn es für sie dadurch zu einem Rechtswechsel käme. Die Einpassung der neuen Richtlinienvorgabe ist insoweit gut gelungen. Insbesondere ist auch die Aufspaltung in Mitteilung und Annahme, zumindest einstweilen, die zweckmäßigste Lösung. 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 dabei die Möglichkeit, statt einer baren Zuzahlung zusätzliche Aktien gewähren zu können. Denn damit wird unter Liquiditätsaspekten mehr Flexibilität gewährt. Die technische Ausgestaltung dieser Regelung basiert auf einem Bestreben nach einem fairen Ausgleich der verschiedenen Interessen und ist insgesamt gut durchdacht. Nachdrücklich zu begrüßen ist zudem, dass diese neuen Regelungen auch auf nationale Verschmelzungen und Spaltungen ausgedehnt werden. Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.

Die **Vorsitzende:** Herzlichen Dank auch Ihnen für die konzentrierten Ausführungen. Es geht weiter mit Prof. Dr. Christoph Teichmann. Sie haben das Wort.

SV **Prof. Dr. Christoph Teichmann:** Auch von meiner Seite herzlichen Dank, Frau Vorsitzende, für die Einladung und die Gelegenheit zur Stellungnahme. In vielen Dingen kann ich meinen Kolleginnen und Kollegen nur zustimmen. Deswegen fasse ich mich da kurz. Den Gläubigerschutz halte ich wegen der Zersplitterung der Zuständigkeiten für suboptimal geregelt, Personengesellschaften würde ich zum jetzigen Stand nicht einbeziehen. Darüber muss man in der Tat noch einmal richtig lange nachdenken. Fokussieren möchte ich mich kurz auf die Missbrauchsproblematik. Das war, glaube ich, der Grund, warum ich gefragt wurde, herzukommen. Insbesondere wegen der Frage, ob ein Missbrauch vorliege, wenn durch die Umwandlung auf die Mitbestimmung Einfluss genommen werde. Da müssen wir sehen, dass die europäische Regelung einfach suboptimal ist, so wie sie dort steht. Da wird Herr Thannisch wahrscheinlich nicht widersprechen. Die Verhandlungslösung führt dazu, dass am Ende eine Vereinbarung

rauskommen kann. Das ist dann schön, obwohl die Praktiker auf Arbeitnehmerseite sagen werden, dass auch diese Vereinbarung nicht immer günstig für Arbeitnehmer sei. Da sehe ich aber keinen Ausweg. Das ist dann eine Vereinbarung, die in einem geordneten Verfahren ergangen ist. Wenn es nicht zu einer Vereinbarung kommt, dann kommt es erst recht zu einem Schwur. Dann gilt das Vorher-Nachher-Prinzip. Das fokussiert im Grunde diejenigen Fälle, in denen es schon Mitbestimmung gibt. Die soll geschützt werden. Wenn sie vorher Drittelparität haben, bleibt es dabei. Gleichfalls bei voller Parität. Problematisch sind die Fälle, in denen es vorher keine Mitbestimmung gibt und dennoch verhandelt wird. Das ist dadurch erreicht worden, dass die Richtlinie den Einstieg in die Verhandlung runterzieht auf den Vier-Fünftel-Wert. Also es wird schon mit 400 Arbeitnehmern verhandelt, obwohl bei einem Scheitern der Verhandlungen keine Auffanglösung existiert. Die Vorher-Nachher-Lösung heißt eben vorher keine Mitbestimmung und nachher keine Mitbestimmung. Das ist im europäischen Gesetzgebungsverfahren gesehen worden. Jeder hat gesagt, wir brauchen eine Auffanglösung. Man konnte sich aber nicht einigen und vor dieser Krux stehen wir jetzt. Was noch übrig bleibt, ist die Missbrauchsklausel. Man muss überlegen, ob ein Missbrauch vorliegt, wenn ein grenzüberschreitender Formwechsel, eine Verschmelzung oder eine Spaltung, vorgenommen wird und man letztlich – unter Umständen auch zufällig – ohne Mitbestimmung dasteht. Missbrauch ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, die sich quer durch alle Rechtsgebiete zieht, zum Beispiel im Steuerrecht, im Individualarbeitsrecht und in anderen Bereichen immer eine Einzelfallbetrachtung. Deswegen habe ich persönlich große Sympathie dafür, dass der Gesetzesvorschlag die Formulierung der Richtlinie übernimmt. Damit kann man nichts falsch machen. Alles, was darüber hinaus geregelt wird, kann falsch sein. Am Ende haben wir möglicherweise einen Missbrauch definiert, der nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes gar kein Missbrauch ist. Wir stehen hier in dem Spannungsfeld, welches bei der Wahl einer anderen Rechtsordnung aufkommt. Ein Beispiel: Jemand entscheidet sich, eine Société à responsabilité limitée zu sein; das stellt keinen Missbrauch dar. Genau für diese Konstellation gibt es die Richtlinie. Wenn man dabei aber feststellt, dass es in Frankreich gar keine Mitbestimmung oder eine schwächere Mitbestimmung gibt, wird es dadurch automatisch zum Missbrauch? Diesen Fall meine ich nicht. So weit wird man gar nicht gehen können, weil dann der Hauptanwendungsfall der Richtlinie ein Missbrauch wäre. Man muss sich den Einzelfall ansehen. Ich persönlich, Herr Thannisch hat mich sogar diesbezüglich zitiert, bin schon der Meinung, dass man einen Missbrauch bereits darin erachten kann, dass man kurz vor dem Erreichen der Schwelle einen Formwechsel durchführt, dann Verhandlungen betreibt und letztlich sagt, diese seien nicht zum Erfolg gekommen – ohne überhaupt einen vernünftigen Vorschlag für eine Vereinbarung gemacht zu haben. Es ist aber eine Einzelfallentscheidung. Es kann auch sein, dass man in Spanien auch ein paar Mitarbeiter hat. Es kann auch sein, dass man in anderen Ländern Mitarbeiter hat. Deswegen sehe ich auch das Antragsrecht der Gewerkschaften etwas kritisch. Das besondere Verhandlungsgremium ist vom europäischen Gesetzgeber geschaffen, um die Interessen der Arbeitnehmer zu wahren. Diese werden auf der Basis des Verfahrens auch gefragt. Das Register kann dort Informationen einholen. Da sind alle repräsentiert. Es kann auch vorkommen, dass ausländische Arbeitnehmer beteiligt sind. Genau deswegen muss das besondere Verhandlungsgremium das Sprachrohr der Arbeitnehmerinteressen sein.

Die **Vorsitzende:** Vielen Dank, Herr Dr. Teichmann. Es geht einen Platz weiter zu Herrn Rainald Thannisch. Sie haben das Wort.

SV **Rainald Thannisch:** Ganz herzlichen Dank, Frau Vorsitzende. Sehr geehrte Damen und Herren, vielen Dank für die Einladung. Zum vierzigsten Jahrestag des Mitbestimmungsgesetzes würdigte der damalige Bundespräsident, Joachim Gauck, die Unternehmensmitbestimmung als eines der Kernelemente unserer Kooperations- und Konsenskultur. Außerdem bezeichnete er die Mitbestimmung als die Einladung an jeden einzelnen Beschäftigten zur Gestaltung und Teilhabe als ein, ich zitiere jeweils, „Angebot zur Überwindung lamentierender Passivität“ und als eine „Möglichkeit zu selbstbewusstem und

verantwortungsvollem Handeln“. Genau dieses selbstbewusste und gleichzeitig verantwortungsbewusste Handeln, sehr geehrte Damen und Herren, benötigen wir heute dringender denn je. Denn nur gemeinsam mit den Beschäftigten, mit ihrem Wissen und mit ihrem Engagement, werden wir die sozialökologische Transformation erfolgreich bewältigen. Ähnlich äußerte sich heute früh auch der Bundeskanzler beim Festakt „70 Jahre Betriebsverfassungsgesetz“. Studien zeigen bereits heute, dass die mitbestimmten Unternehmen ökonomisch erfolgreicher und auch nachhaltiger wirtschaften. Wir werden das immense Potential der Unternehmensmitbestimmung aber nur dann ausschöpfen können, wenn wir ihre schleichende Erosion beenden. Mit Stand des Jahres 2020 hatten sich nach Angaben der Hans-Böckler-Stiftung insgesamt mindestens 194 Unternehmen mit zusammen 1,4 Millionen Beschäftigten der paritätischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat entzogen. Die Ursachen dieser Erosion gilt es präzise zu erfassen. So ist die Vermeidung der Mitbestimmung ganz überwiegend keine Flucht aus einer bestehenden Mitbestimmung. Unser Problem ist vielmehr die Flucht vor der Mitbestimmung, auch als präventive Vermeidung der Unternehmensbestimmung gekennzeichnet. Zu den Vermeidungskonstruktionen gehören unter anderem die Europäische Aktiengesellschaft und auch das Regelwerk zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften. Die Methode ist so einfach wie knallhart. Sie basiert darauf, dass der europäische Verhandlungsmechanismus nur eine schon vorhandene Unternehmensmitbestimmung schützt. Daher pirschen sich junge, wachsende Unternehmen gewissermaßen an den Schwellenwert der deutschen Mitbestimmungsgesetze heran und verändern ihre Rechtsform kurz bevor die deutschen Schwellenwerte erreicht werden. Davon kennen die Gewerkschaften wirklich dutzende Fälle. Die Unternehmen können auf diesem Weg einen Zustand ohne Mitbestimmung dauerhaft einfrieren und ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter werden demnach – um noch einmal die Formulierung des damaligen Bundespräsidenten aufzugreifen – „für alle Ewigkeiten zu lamentierender Passivität“ verdonnert. Und genau hier kommt das UmRUG ins Spiel und verschärft die Probleme. Denn durch die neuen Möglichkeiten zu grenzüberschreitenden Formwechseln und zu grenzüberschreitender Spaltung gibt es zwei neue Werkzeuge im Instrumentenkoffer der Mitbestimmungsvermeidung. Sehr geehrte Damen und Herren, bitte missverstehen Sie mich nicht. Eine weitere Erosion der Unternehmensmitbestimmung ist keineswegs unausweichlich. So zeigen die Erwägungsgründe der europäischen Umwandlungsrichtlinie den politischen Willen der europäischen Institutionen, der Mitbestimmungsverweigerung entgegenzuwirken klar und deutlich. Genau diesen Handlungsspielraum hat die Bundesregierung jedoch unseres Erachtens nicht ausgenutzt. Der Regierungsentwurf des UmRUG ignoriert das virulente Problem der präventiven Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung. Es kann aber nicht angehen, diese Problematik sehenden Auges der Rechtsprechung zu überlassen. Das widerspräche im Übrigen, meines Erachtens, auch dem Koalitionsvertrag, der im Kapitel „Soziales Europa“ fordert, ich zitiere: „Auch bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen von Gesellschaften müssen nationale Beteiligungsrechte respektiert und gesichert werden.“ Wir haben daher als Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB) zusammen mit unseren Mitgliedsgewerkschaften eine Reihe von Vorschlägen entwickelt, um den Schutz der Unternehmensmitbestimmung in Europa in rechtskonformer Weise zu verbessern. Die Praxis bei der Europäischen Aktiengesellschaft (lat. Societas Europaea, sog. SE) hat gezeigt, dass Registergerichte – meist Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger – so aufgestellt sind, dass sie Mitbestimmungsfragen oftmals nur unzureichend in den Blick nehmen können. Kern unserer Vorschläge sind daher Kriterien für die Registergerichte, mit denen diese eine missbräuchliche Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung bewerten, erkennen und vermeiden können. Auch in Bezug auf die Ausführungen von Herrn Teichmann möchte ich sagen, dass der Koalitionsvertrag der Ampel ausdrücklich vorsieht, die missbräuchliche Umgehung geltender Mitbestimmungsrechte zu verhindern. Ein solches Gesetz steht noch aus. Es wäre aber sinnvoll bereits darauf zu achten, keine weiteren Umgehungsmöglichkeiten zu schaffen. Ich

ersuche daher herzlich, sehr geehrte Damen und Herren, das UmRUG entsprechend zu ergänzen. Danke schön.

Die **Vorsitzende:** Vielen Dank, Herr Thannisch. Jetzt geht es weiter mit einem Sachverständigen aus der Schalte: Herrn Dr. Vossius vom Notarverein. Sie haben das Wort.

SV **Dr. Oliver Vossius:** Herzlichen Dank für das Wort, Frau Vorsitzende. Sehr geehrte Ausschussmitglieder, liebe Mitstreiterinnen und Mitstreiter, Herr Dr. Schollmeyer kann nicht wissen, wo er steht, wenn ich ihn nun auch noch lobe. „Chapeau“ an sein Team für diesen Entwurf. Drei Punkte möchte ich ansprechen. Zunächst den Gläubigerschutz. Eine etwas unscheinbare Vorschrift ist der im Gesetzentwurf enthaltene neue § 133 Absatz 3 Satz 2 Umwandlungsgesetz. Dieser ermöglicht eine summenmäßige Haftungsbeschränkung auf das sogenannte Nettoaktivvermögen bei der Spaltung beteiligter Rechtsträger, sofern sie die Verbindlichkeit nicht im Wege der Spaltung bekommen haben. Keiner weiß, was das ist. Wenn ich mich beispielsweise als Pensionssicherungsverein (PSV) wegen der Insolvenz meines eigentlichen Betriebsrentenschuldners an eine übernehmende Gesellschaft wende, wird diese einwenden, dass ihr Nettoaktivvermögen viel geringer gewesen sei. Zum Beweis bietet sie Sachverständigengutachten an. Damit entgeht sie einem Prozess für die nächsten drei Jahre. Das ist eine wunderbare Möglichkeit, die Gegenseite vergleichsbereit zu prügeln. Dies versteht man eigentlich nicht unter Gläubigerschutz. Mein Vorschlag wäre in diesen Konstellationen die Regeln des Urkundenprozesses und Nachverfahrens anzuwenden. Das heißt, der Gläubiger bekommt einen sofort vollstreckbaren Titel ohne Sicherheitsleistung. Im Nachverfahren kann dann der wunderschöne Begriff des Nettoaktivvermögens geklärt und unter Beweis gestellt werden. Zum Gläubigerschutz hat Frau Professor Schmidt einen Vorschlag gemacht, den ich so gut finde, dass ich mich ärgere, nicht selbst darauf gekommen zu sein: Die Obliegenheit der Gläubiger, eine entsprechende Klage auf Sicherheitsleistung der Gesellschaft anzuzeigen – vor welchem Gericht auch immer. Da müsste man nur noch die Versicherung des Vertretungsorgans des Rechtsträgers anpassen, dass dieser keine Anzeige vorliegt. Die Ängste der Gewerkschaften vor missbräuchlichen, die Unternehmensmitbestimmung aushebelnden Formwechseln teile ich aus Kenntnis des registergerichtlichen Verfahrens nicht. Dieses ist möglicherweise nicht allgemein bekannt. Im schönen Fall des Formwechsels in die Malta-Limited, wie in der Stellungnahme des DGB als Beispiel genannt, könnte die Gewerkschaft beispielsweise beim deutschen Registergericht eine Schutzschrift einreichen. Das führt automatisch dazu, dass sie gehört wird und am Verfahren nach dem FamFG beteiligt ist. Sofern das Gericht unter Umständen einen Missbrauch erachtet, wird es den Antrag auf Verschmelzungsbescheinigung zurückweisen. Wenn beispielsweise Verhandlungen mit einem besonderen Verhandlungspartner zum Schein geführt werden, kann das Verfahren ausgesetzt werden und in dieser Zeit das Vorlegen von Ergebnissen eingefordert werden. Es könnte aber auch ein Vorbescheid erlassen werden, nämlich in Form einer Ankündigung des Erlasses einer Verschmelzungsbescheinigung, wenn nicht binnen einer bestimmten Frist beispielsweise eine einstweilige Verfügung beigebracht wird, mit dieser der Gesellschaft das verboten wird. Rechtsschutz ist da. Registergerichte sind keine bloßen Registrierungsbehörden. Es sind Gerichte, wie Zivil- und Strafgerichte und auch. Die Leute, die das machen, sind auch so sozialisiert. Wenn man diese Ängste dämpfen kann, reduziert sich auch die Angst vor der Erweiterung des Kreises umwandlungsfähiger Gesellschaften. Ich bitte Sie, sich nicht nur auf Personengesellschaften zu fokussieren, sondern auf alle Rechtsträger, die von der Niederlassungsfreiheit erfasst sind. Nämlich alle Rechtsträger, die eine gezielte Gewinnerzielungsabsicht verfolgen. Ich denke insbesondere an den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, eine Rechtsform, die sich seit Jahrzehnten im Niedergang befindet und der man möglicherweise die Chance geben sollte, europäische, neue Strukturierungen zu finden. Das sollte tatsächlich kein Tabu sein. Herzlichen Dank

Die **Vorsitzende:** Vielen Dank, Herr Dr. Vossius. Dann geht es weiter mit Herrn Prof. Dr. Wicke. Sie haben das Wort.

SV **Prof. Dr. Hartmut Wicke**: Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren, ich bedanke mich für die Benennung als Sachverständiger. Der Regierungsentwurf des UmRUG ist gesetzgebungstechnisch und dogmatisch sehr gelungen. Er schafft bei grenzüberschreitenden Umwandlungen Rechtssicherheit für die Praxis und vertieft damit die europäische Integration. Ich beschränke mich auf die wesentlichsten Punkte. Das ist zunächst die Mitbestimmung, einer der Brennpunkte der Diskussion. Da spezifisch mitbestimmungsrechtliche Fragen Gegenstand eines separaten Gesetzgebungsverfahrens sind, möchte ich mich nur auf die Missbrauchskontrolle im Rahmen des Registerverfahrens – unter anderem nach § 316 Absatz 3 UmwG-E – beschränken. Das wurde auch schon von Herrn Professor Teichmann angesprochen. Die Umsetzung dieser Missbrauchskontrolle gleicht als Gesetzgebungsaufgabe der Quadratur des Kreises. Einerseits soll berechtigten Interessen von Arbeitnehmern und Gläubigern zum Durchbruch verholfen werden. Grenzüberschreitende Umwandlungen sollen schließlich gefördert und nicht gehemmt werden. Prekär ist insbesondere, dass aus der Richtlinie nicht eindeutig hervorgeht, was genau unter einem missbräuchlichen Zweck zu verstehen ist. Besonders schwierig ist die Bewertung von Konstellationen, in denen kein Verstoß gegen Rechtsvorschriften vorliegt, aber gleichwohl die Arbeitnehmerrechte beschnitten werden. Die Regierungsbegründung verweist auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH). Die bloße Absicht, in den Genuss günstiger Rechtsvorschriften zu gelangen, begründet angesichts der Niederlassungsfreiheit noch keinen Missbrauch. Dies ist im Grundsatz richtig. Zur Wahrheit gehört aber auch, dass nach der gleichen Rechtsprechung die Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen dürfen, um eine Umgehung nationaler Rechtsvorschriften zu verhindern. Außerdem ist die Umwandlungsrichtlinie ohnehin in der Lage, die Niederlassungsfreiheit einzuschränken. Sie definiert unter anderem in Artikel 86m Absatz 8 missbräuchliche oder betrügerische Zwecke als solche, die dazu führen oder führen sollen, sich dem Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen oder es zu umgehen. Zumindest in Einzelfällen ist es daher nicht ausgeschlossen, dass eine vordergründig rechtlich zulässige Gestaltung missbräuchlich sein kann. Nach den Erwägungsgründen der Richtlinie muss dieses Ergebnis eine Gesamtabwägung sein. Erwägungsgrund 36 nennt das Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz als maßgebliches Indiz, wenngleich dies allein sicherlich nicht ausreicht. Es wäre insgesamt wünschenswert, die Vorschriften zur Missbrauchskontrolle im Registerverfahren näher zu konturieren. Hierzu bieten sich aus meiner Sicht weitere Ausführungen in der Gesetzesbegründung an, etwa durch Bildung von Fallgruppen. Die Praxis sollte hier nicht alleine auf die Konkretisierung durch die Rechtsprechung des EuGH in ferner Zukunft angewiesen sein.

Nun möchte ich auf den Schutz der Gläubiger zu sprechen kommen. Hier besteht in einem Punkt erheblicher Nachbesserungsbedarf. Dies wurde auch schon von Frau Professor Schmidt und Herrn Dr. Vossius angesprochen. Im Referentenentwurf war noch vorgesehen, dass das Registergericht selbst für das Verfahren zur Sicherheitsleistung zuständig ist. Nunmehr nimmt der Regierungsentwurf das allgemein zuständige Prozessgericht in Bezug. Die Abkehr vom Registergericht ist sehr zu begrüßen, da das formelle Eintragungsverfahren hierfür gänzlich ungeeignet ist. Missliche Folge der neuen Lösung ist aber, dass nun zahlreiche Gerichte im In- und Ausland zuständig sein können. Dies verträgt sich insbesondere nicht damit, dass im Rahmen der Registeranmeldung zu versichern ist, dass keine Sicherheitsleistungen gerichtlich geltend gemacht wurden. Bei einer theoretischen Zuständigkeit unzähliger Gerichte im In- und Ausland kann diese strafbewehrte Versicherung schlechterdings nicht abgegeben werden. Zur Lösung der Problematik möchte ich vorschlagen, dass Prozessgerichte am Sitz des Registergerichts für ausschließlich zuständig erklärt werden und damit eine Zuständigkeitskonzentration bei einem auf das streitige Verfahren ausgerichteten Gericht erzeugt wird.

Als letzten Punkt möchte ich schließlich dafür plädieren, gesetzliche Regelungen auch für grenzüberschreitende Umwandlungen von Personengesellschaften zu schaffen. Wie wir gesehen haben, erreichen wir hier – zumindest unter den Sachverständigen – keinen Konsens. Wenngleich die Richtlinie dies nicht verlangt, ist zu erwarten, dass auch andere europäische

Staaten freiwillig entsprechende Vorschriften einführen. Zumindest insoweit wäre ein geordnetes und rechtssicheres Verfahren gewährleitstet. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank auch an Sie. Jetzt kommen wir wieder zum hybriden Teil der Sitzung und ich begrüße Herrn Roland Wolf. Herr Wolf ist von der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände in Berlin. Sie haben das Wort.

SV **Roland Wolf**: Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich danke den Damen und Herren Abgeordneten für die Einladung. Entwürfe zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie haben wir zweifach zu beraten. Wir werden einen Entwurf im Rechtsausschuss und einen im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Arbeit und Soziales beraten. Wir halten den vorliegenden Entwurf zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie in weiten Teilen für gelungen. Unsere Anmerkungen betreffen im Wesentlichen den Bereich der arbeitsrechtlichen Beziehungen, insbesondere das Recht der betrieblichen Altersvorsorge. Darauf will ich im zweiten Teil zu sprechen kommen. Für mich ist keine Umsetzung der Richtlinie erkennbar, die im deutschen Recht zu einer Umgehung oder Beschränkung von Mitbestimmungsregelungen führt. Ich habe große Zweifel daran, dass man die Aussage unterstützen kann, jede Veränderung des Mitbestimmungssystems durch die Nutzung einer Umwandlung oder eine Umwandlung selbst, stelle einen Missbrauch bestehender Rechte dar. Das gilt auch für eine aus Deutschland heraus vorgenommene Verschmelzung oder Abspaltung einer Gesellschaft. Diese wird im Wesentlichen sogar noch durch geltendes deutsches Recht beschränkt, da die Richtlinie und nunmehr auch unser Umwandlungsgesetz eine Vier-Fünftel-Regelung vorsieht. Diese Vier-Fünftel-Regelung ist eine Möglichkeit und begründet eine Pflicht des jeweiligen Mitgliedstaates, bezogen auf die Bundesrepublik Deutschland, von einem niedrigeren Schwellenwert der Vereinbarungslösung auszugehen, als das nach dem bisherigen deutschen Recht der Fall war. Also: Dieser Gesetzentwurf führt zum einen zu keinem Nachteil für die bestehenden Mitbestimmungsregelungen der Arbeitnehmer. Er bietet diesbezüglich auch keine Möglichkeit. Es gibt allerdings einen Punkt im Gesetzentwurf, bei dem nach unserer Auffassung eine Nachbesserung – auch in Anlehnung an das nationale Recht – vollzogen werden kann und sollte. Das ist der Fall des Schutzes von betrieblicher Altersvorsorge in der Bundesrepublik Deutschland. Bei grenzüberschreitender Umwandlung oder Verschmelzung kann künftig eine haftende Vermögensmasse im Inland entfallen. Dadurch besteht die Gefahr, dass sich die Durchsetzungsmöglichkeiten von Ansprüchen aus betrieblicher Altersvorsorge verschlechtern und ein Missbrauchspotential hinsichtlich der Insolvenzsicherung zu Lasten des Pensionssicherungsvereins entsteht. Um die Ansprüche angemessen zu schützen, schlagen wir vor, die Regelung des § 133 UmwG-E zur Spaltung im Inland auf grenzüberschreitende Umwandlungen und Verschmelzungen zu übertragen. Das setzt natürlich voraus, dass diese Ansprüche dann auch im europäischen Partnerstaat geltend gemacht werden können und es hier die Möglichkeit gibt, diese klageweise geltend zu machen. Da bei grenzüberschreitenden Umwandlungen und Verschmelzungen kein Rechtsträger in Deutschland verbleibt, muss auch dafür eine Lösung gefunden werden. Hier gibt es zwei Möglichkeiten, die im Rahmen eines solchen Verfahrens eröffnet werden können. Entweder kommt es zu einer Verpflichtung, einen Rechtsträger mit angemessener Ausstattung in der Bundesrepublik Deutschland zu belassen, oder man schafft ausschließlich ein entsprechendes Vermögen in Anlehnung an § 4 Recht der Stärkung der betrieblichen Altersvorsorge. Dieser Punkt sollte im Gesetzgebungsverfahren unbedingt nachgebessert werden. Ich glaube, dabei handelt es sich um ein wichtiges Anliegen, nicht nur zum Schutz der Unternehmen, sondern insbesondere auch zum Schutz des Pensionssicherungsvereins und ganz besonders auch zum Schutz der davon betroffenen Arbeitnehmer. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende:** Vielen Dank. Wir kommen weiter zu Dr. Jonas Zäh.

SV **Dr. Jonas Zäh:** Guten Tag. Vielen Dank, Frau Vorsitzende, für die Einladung. Sehr geehrte Damen und Herren, ich möchte Sie zu Beginn auf meinen beruflichen Hintergrund hinweisen. So

kann man meine Ausführungen besser einordnen. Ich bin Partner einer Kanzlei, die sich ausschließlich mit der Vertretung von Arbeitnehmervertretungen beschäftigt. Arbeitnehmervertretung heißt in diesem Zusammenhang auch die Mitwirkung an besonderen Verhandlungsgremien im Zusammenhang mit SE-Gründungen. Solche habe ich schon inzwischen mehr als zwanzigmal begleitet und vor diesem Hintergrund bin ich gebeten worden, als Sachverständiger aus der Praxis für die Praxis zur Verfügung zu stehen. Aus meiner Erfahrung heraus ist es so – darauf hat bereits Herr Thannisch hingewiesen –, dass die SEs tatsächlich vielfach zur Mitbestimmungsvermeidung verwendet werden. Dieses Problem ist auch schon vielfach an die Politik herangetragen worden, insbesondere durch die Gewerkschaften. Die aktuelle Bundesregierung hat sich auf die Fahne geschrieben, dieses Thema anzugehen und entsprechend nachzusteuern. Aus meiner Sicht sollten die geschilderten Erfahrungen aus den SE-Verhandlungen berücksichtigt werden, wenn im Gesetz zur Umsetzung der Europäischen Umwandlungsrichtlinie die Möglichkeiten geschafft werden, das Mitbestimmungsstatut zu verhandeln. Die hier angedachte Missbrauchsprüfung durch das Registergericht ist aus meiner Sicht ein guter Ansatz. Die Wirksamkeit des Ganzen hängt aber wesentlich davon ab, was genau und wie konkret geprüft wird. Ich bin der Auffassung, dass man die Prüfung nicht möglichst offen, sondern eher sehr konkret halten soll – möglicherweise mit Aufzählungen von Missbrauchskonstellationen, die von den Registergerichten geprüft werden. Im Gesetzesvorschlag ist eine solche Auflistung noch nicht enthalten. Aus der Begründung ergibt sich, dass von einem Missbrauch ausgegangen werden soll, wenn die beteiligten Gesellschaften das Verhandlungsverfahren nicht in Gang setzen oder es in Gang setzen, aber nicht ernsthaft betreiben. Aus meiner Sicht ist das – im Hinblick auf die SE-Verhandlungen – kein ausreichender Schutzmechanismus. Nach dem SE-Recht kann eine SE erst gemäß Artikel 12 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO) eingetragen werden, wenn das Arbeitnehmerverfahren ordnungsgemäß abgeschlossen wurde. Das führt dazu, dass die Registergerichte die Formalien, wie beispielsweise die Ingangsetzung des Besonderen Verwaltungsgremiums (BVG) oder die weiteren Voraussetzungen für einen Abschluss, sehr genau prüfen. Das wiederum führt dazu, dass auch in der Praxis das Verfahren von den Gesellschaften sehr genau eingehalten wird. Wie man meinem Erfahrungsbericht aus der Praxis entnehmen kann, wird trotz dieser Anforderungen die SE zum Missbrauch von Mitbestimmungsvermeidung verwendet. Daher bin ich der Auffassung, dass die Überprüfung der Einhaltung der Formalien seitens der Registergerichte alleine nicht ausreichend ist. Es sind weitergehende Anforderungen notwendig, um ein entsprechendes Verhinderungsniveau für Missbräuche zu schaffen. Eine Reihe von konkreten Vorstellungen und Vorschlägen können Sie der Stellungnahme des DGB entnehmen. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende:** Vielen Dank für die Statements. Ich habe bisher drei Meldungen vorliegen. Alle anderen können sich gerne anschließen. Kollege Limbacher, bitte.

Abg. **Esra Limbacher** (SPD): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine erste Frage der ersten Fragerunde geht an Herrn Thannisch vom DGB. Herr Thannisch, Sie vertreten die Auffassung, dass die Umwandlungsrichtlinie den nationalen Regierungen einen Spielraum für einen robusten Schutz der Unternehmensmitbestimmung einräumt. Woraus ergibt sich aus Ihrer Sicht dieser Gestaltungsspielraum für die nationale Umsetzung und warum hat die Bundesregierung aus Ihrer Sicht diesen Gestaltungsspielraum nicht angemessen genutzt? Darauf baut meine zweite Frage auf: Welche konkreten Möglichkeiten schlagen Sie vor, um den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu verbessern? Vielen Dank.

Die **Vorsitzende:** Vielen Dank. Herr Meiser hat jetzt das Fragerecht.

Abg. **Pascal Meiser** (DIE LINKE): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine beiden Fragen richten sich auch an Herrn Thannisch. In den Eingangsstatements einiger Sachverständigen wurde verschiedentlich die These vertreten, dass es im Zuge der Herausumwandlung keine missbräuchlichen Fälle betreffend die deutsche Mitbestimmung gebe. Können Sie unter

Berücksichtigung Ihrer Erfahrungen aus den Gewerkschaften sagen, ob diese Aussagen zutreffend sind oder Beispiele nennen, in welchen Fällen die Herausumwandlung missbräuchlich genutzt wurde? Meine zweite Frage bezieht sich auf die Ausgestaltung der Missbrauchskontrolle durch die Registergerichte. Hierbei wurde die These vertreten, dass eine Einzelfallprüfung ohne eng gesetzte Flankierung das beste Mittel wäre. Teilen Sie diese Einschätzung? Wenn nein, wie müsste eine gesetzliche Klarstellung zur Schaffung von Rechtssicherheit aussehen, damit die Registergerichte feststellen können, ob eine missbräuchliche Umgehung der Unternehmensmitbestimmung im Rahmen einer Herausumwandlung vorliegt?

Die **Vorsitzende:** Herr Thannisch ist heute ein gefragter Mann. Es geht weiter mit Kollege Müller.

Abg. **Axel Müller** (CDU/CSU): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine Damen und Herren, ich habe eine erste Frage, die ich an Herrn Prof. Dr. Hirte richten möchte. Da Herr Wolf dankenswerterweise das Thema der betrieblichen Altersvorsorge angesprochen hat, bitte ich nun Herrn Prof. Dr. Hirte um eine Darlegung, wie sich eine Verschlechterung der Durchsetzbarkeit von Ansprüchen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer effektiv verhindern lässt. Meine zweite Frage richtet sich an Herrn Dr. Vossius: Wie kann der drohenden Kollision der Verschwiegenheitsverpflichtung von Notaren und Rechtsanwälten bei erkennbaren Anhaltspunkten eines Missbrauchs begegnet werden?

Die **Vorsitzende**: Danke schön. Dann hat Kollege Bsirske das Wort.

Abg. **Frank Bsirske** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank. Meine erste Frage richtet sich an Professor Wicke. Es wurde verschiedentlich darauf hingewiesen, dass die die Regierung tragenden Fraktionen einer Erosion der Mitbestimmung entgegenwirken wollen. Es besteht kein Interesse an der Ausweitung der Mitbestimmungsvermeidung. Welche Spielräume lässt die Richtlinie zu, um die Umgehung von Mitbestimmungsrechten effektiv zu verhindern und wie kann eine legitime Umwandlung von einer Umwandlung mit dem Ziel, die Mitbestimmung zu konterkarieren, unterschieden werden?

Meine zweite Frage richtet sich an Prof. Dr. Zäh: Wie kann sichergestellt werden, dass Tatsachen, die der Erteilung einer Wegzugsbescheinigung entgegenstehen können, auch tatsächlich zur Kenntnis des Gerichts gelangen? § 317 UmwG-E sieht für das Gericht bisher nur die Möglichkeit vor, Informationen vom BVG zu verlangen. Ist dies aus Ihrer Sicht ausreichend, um sicherzustellen, dass das Gericht eine Umgehung von Mitbestimmungsrechten erkennt, oder sollten die Gewerkschaften stärker im Verfahren beteiligt werden, um einen Gegenpol zu schaffen?

Die **Vorsitzende**: Danke schön. Dann hat Thorsten Lieb das Wort.

Abg. **Dr. Thorsten Lieb** (FDP): Herzlichen Dank, Frau Vorsitzende. Herzlichen Dank auch an die Sachverständigen für die wunderbare Einführung. In der ersten Fragerunde richte ich meine Fragen an Frau Prof. Dr. Jessica Schmidt und beziehe mich ebenfalls auf das Thema der Missbrauchskontrolle. Und zwar möchte ich gerne etwaige europäische Risiken beleuchten, um mögliche Veränderungen im Gesetz vorzunehmen. Gibt es noch nicht berücksichtigte europäische Grenzen bei der Umsetzung der Richtlinie? Gibt es rechtsübergreifende Problematiken, die man bei der Umsetzung möglichst vermeiden sollte? Haben Sie Hinweise, wie in anderen europäischen Mitgliedstaaten mit dem Thema umgegangen wird und können Sie Beispiele dazu benennen? Danke schön.

Die **Vorsitzende**: Wir kommen zur ersten Antwortrunde. Diese startet bei Dr. Zäh mit der Frage vom Kollegen Bsirske.

SV **Dr. Jonas Zäh**: Vielen Dank. Es wurde gefragt, inwieweit die Informationen an die Gerichte kommen und, ob die Gewerkschaften stärker eingebunden werden sollten. Bisher ist es so geregelt, dass das BVG die Möglichkeit hat, Informationen an die Gerichte zu geben. Aus meiner Sicht ist das nicht ausreichend. Tatsächlich sollten die Gewerkschaften stärker an dem Verfahren beteiligt werden. Die Praxis zeigt, dass Arbeitnehmervertretungen keine homogenen Gruppen sind. Sie sind Gruppierungen mit unterschiedlichen Zielsetzungen und Blickwinkeln. Ich denke, es ist wichtig, dass jeder Blickwinkel in diesem Verfahren ausreichend

berücksichtigt wird. Gewerkschaften haben meistens einen weitgehenden, globalen Blick auf die Dinge, möglicherweise etwas losgelöst von Unternehmensinteressen. Der Blickwinkel der Arbeitnehmer ist ein wichtiger Punkt, der gerade beim Thema Missbrauchskontrolle Berücksichtigung finden soll. Jetzt könnte man sagen, gut, die Gewerkschaften sind ja auch mit Sitzen im BVG vorgesehen und dementsprechend könnte man der Auffassung sein, dass der Blickwinkel der Gewerkschaften ausreichend über das BVG transportiert werden kann. Da möchte ich aber drei Dinge aus der Praxis heraus bitten zu berücksichtigen, die dem gegebenenfalls entgegenstehen könnten. Folgende Probleme: Einmal handelt es sich ja um ein Wahlgremium, das dann dieses besondere Verhandlungsgremium wählt. Das ist ein innerbetriebliches Verfahren, auf das die Gewerkschaften keinen direkten Einfluss haben. Manchmal, so meine Erfahrung jedenfalls, man kennt auch die Fälle aus der Öffentlichkeit, ist es so, dass diese sitzgarantierten Gewerkschaften im Verfahren nicht ausreichend berücksichtigt werden und dadurch die Blickwinkel der Gewerkschaften nicht ausreichend berücksichtigt werden können. Das zweite Problem besteht darin, dass gegebenenfalls relativ wenige Sitze auf Deutschland entfallen und dass es dann diese Sitzgarantie gar nicht gibt für die Gewerkschaften in dem besonderen Verhandlungsgremium. Und das dritte Problem liegt darin, dass dieses besondere Verhandlungsgremium ein Kollegialorgan ist, das nach dem Mehrheitsprinzip organisiert ist, also Informationen und offizielle Stellungnahmen in diesem Gremium abgestimmt werden müssen. Wenn dann entsprechende Mehrheitsverhältnisse anders sind, dann führt das dazu, dass die Auffassung der Gewerkschaften, sofern man davon ausgeht, dass die in diesem Zusammenhang wichtig ist, gegebenenfalls keine Berücksichtigung findet. Deshalb würde ich es für wichtig erachten, dass Gewerkschaften eigene Beteiligungsrechte in diesem Verfahren haben.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank. Ab jetzt haben wir eine Uhr laufen für die Antworten. Es hielt sich bisher im Rahmen, also von daher keine Sorge. Es geht weiter mit Professor Dr. Wicke mit einer Antwort ebenfalls auf eine Frage des Kollegen Bsirske.

SV **Prof. Dr. Hartmut Wicke**: Vielen Dank für die Frage, welche Spielräume die Richtlinie lässt, um die Umgehung von Mitbestimmungsrechten effektiv zu verhindern. Ich muss sagen – das hat auch Professor Teichmann angesprochen –, die Ausgangslage der Richtlinie ist unter dem Gesichtspunkt der Mitbestimmung nicht ideal, weil das Vorher-/Nachher-Prinzip gilt. Damit kommt die Mitbestimmungsfreiheit häufig als Auffanglösung zum Tragen, wenn es keine Regelung gibt. Andererseits stellt die Richtlinie an mehreren Stellen Regelungen zur Verfügung, um die Umgehung von Mitbestimmungsrechten zu verhindern. Das betrifft zunächst den Umwandlungsplan, in dem Angaben zum Verfahren über die Festlegung der Mitbestimmungsrechte enthalten sein müssen. Auch Angaben der Gesellschaft zur Einleitung des Verhandlungsverfahrens müssen nach der Richtlinie im gerichtlichen Verfahren überprüft werden. Beides setzt – aus meiner Sicht – der Entwurf korrekt um. Der größte Spielraum besteht aus meiner Sicht, wie ich auch schon angesprochen habe, bei der Missbrauchsprüfung durch das Registergericht im Rahmen der Vorabbescheinigung. Es ist zwar grundsätzlich nicht missbräuchlich, die Niederlassungsfreiheit auszunutzen, auch wenn sich dadurch ein Mitbestimmungsregime ergibt, das für den Unternehmer günstig ist. Gleichwohl kann die Richtlinie die Niederlassungsfreiheit auch einschränken und das tut sie aus meiner Sicht auch. Wenn man die Erwägungsgründe 35 und 36 liest, wird im Rahmen der Gesamtabwägung ganz maßgeblich auf den Schutz der Mitbestimmung abgestellt. Dies führt aus meiner Sicht dazu, dass in Einzelfällen auch dann ein Missbrauch angenommen werden kann, wenn das Umwandlungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Es würde sich aus meiner Sicht anbieten, hier im Rahmen der Gesetzesbegründung noch Fallgruppen zu bilden. Ich würde den Wortlaut des Gesetzes tatsächlich auch unangetastet lassen. Dieser ist gar nicht so schlecht. Er ist kurz und knapp gehalten, stellt aber diesen Missbrauchsgedanken und die Problematik des Sich-dem-nationalen-Recht-Entziehens auch durchaus in den Vordergrund. Entsprechende Fallgruppen könnten eben im

Rahmen der Gesetzesbegründung aufgeführt werden. Eine Fallgruppe könnte zum Beispiel sein, dass es an einem realwirtschaftlichen Bezug zu dem Zielstaat gänzlich fehlt, ein solcher nicht herbeigeführt werden soll und zudem noch im Vorfeld aktive Maßnahmen ergriffen wurden, um das Mitbestimmungsniveau zu beeinflussen. Als weiteres Beispiel ist etwa auch daran zu denken, dass im Vorfeld aus innerstaatlichen Spaltungsmaßnahmen eine Gesellschaft hervorgeht, die mitbestimmungsfrei ist. Deren Mitbestimmungsniveau soll sodann durch die grenzüberschreitende Umwandlung eingefroren werden. Über die Frage der Mitbestimmung hinaus sollte aus meiner Sicht die Gesetzesbegründung als weiteren Missbrauchsfall die Firmenbestattung nennen, die allein zu dem Zweck verfolgt wird, die Ansprüche von Gläubigern zu vereiteln. Das stellt in der Praxis im Rahmen von grenzüberschreitender Umwandlung auch aus meiner Sicht durchaus einen Problemfall dar. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Dann schalten wir zu Herrn Dr. Vossius. Er hat eine Frage von Kollege Müller zu beantworten.

SV **Dr. Oliver Vossius**: Die Frage bezog sich auf das Verhältnis zwischen Missbrauchsprüfung und Verschwiegenheitspflicht von Anwälten und Notaren. Haben Sie Verständnis dafür, dass ich nur für die Notare antworte und ich mich nicht in das Berufsrecht der Anwälte einmischen möchte. Wenn wir so weit sind, dass sich die Frage stellt, dann sind wir auf einer sehr, sehr hohen Eskalationsstufe. Dann liegt nämlich der Missbrauch bei mir schon offenkundig auf dem Schreibtisch. Das wird sehr selten der Fall sein, aber dann stellen sich bereits Fragen des § 4 Beurkundungsgesetzes (BeurkG), also die Ablehnung der Beurkundung wegen ersichtlich missbräuchlicher Zwecke. Bei einer Beglaubigung und einer anderen Registeranmeldung stellen sich Fragen der Prüfung nach § 378 FamFG, also ob man das Registergericht hier darauf hinweisen kann. Im Übrigen würde unter Umständen auch der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen strafrechtlich eingreifen. Ich denke nicht, dass es im Regelfall dazu kommen würde. Ich darf nochmals meinen Hinweis – die Möglichkeit einer Schutzschrift an das Registergericht – in Erinnerung rufen. Das wird in der Praxis dazu führen, dass der Registerrichter im Zweifel zum Telefonhörer greift und – gerade wenn es das eigene Hausgericht ist – den beurkundenden Notar anruft und sagt: „Was halten Sie von der ganzen Sache?“ Dann sind wir auf der Ebene eines Non-Gesprächs, das durch die Verschwiegenheitspflicht letztlich vertraulich bleibt und damit nichts zu tun hat. Danke schön.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank für diese Einschätzung der praktischen Abläufe. Das, was Sie gerade geschildert haben, ist sozusagen auch am Rande der Befangenheit. Es geht weiter mit Herrn Thannisch. Sie haben jeweils zwei Fragen der Kollegen Limbacher und Meiser.

SV **Rainald Thannisch:** Herzlichen Dank für die Fragen. Wenn es darum geht, den Handlungsspielraum zu ermessen, kommt die zentrale Rolle den deutschen Registergerichten zu, die – darüber haben wir jetzt mehrfach gesprochen – prüfen müssen, ob die Umwandlung zu missbräuchlichen Zwecken stattfindet. Das geht zurück auf die Artikel 86m, 128 und 160m der Umwandlungsrichtlinie. Nach unserer Auffassung ergibt sich aus einer Gesamtschau der Erwägungsgründe 11, 30, 31, 32, 35, 36, 50 und 61 der Umwandlungsrichtlinie, dass die missbräuchliche Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung auch darunter fällt. Lassen Sie mich kurz dazu sagen, dass ich auch enger Beobachter der Brüsseler Debatte war. Diese Erwägungsgründe sind ganz klar Teil des politischen Kompromisses, der damals geschlossen wurde. Wir haben nun mal die Aufgabe, zu begründen – das ist auch Ziel des europäischen Gesetzgebers. In der Tat lässt sich einiges daraus schließen. Beispielhaft erwähne ich den Erwägungsgrund 35, der explizit klar macht, dass man gegen Scheingesellschaften oder Strohfirmen vorgehen will. Erwägungsgrund 32 betont ausdrücklich den Schutz und die Förderung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Erwägungsgrund 11 hebt hervor, dass die Befugnisse der Mitgliedstaaten, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer stärker zu schützen, unberührt gelassen werden sollen. Wir denken daher, dass dieser robuste Schutz für die Mitbestimmung möglich ist. Und ich möchte noch einmal kurz betonen, was auch schon von Herrn Dr. Zäh angesprochen wurde: Das Problem ist die

präventive Vermeidung der Mitbestimmung. Da drückt der Schuh. Wir haben 1,4 Millionen Beschäftigte, die über diesen Weg letztlich auf eine Mitbestimmung verzichten mussten. Dieser Aspekt wurde nicht berücksichtigt, sodass wir eine Änderung vorschlagen. Es gibt – darauf wurde hingewiesen – eine Formulierung in der Begründung des Regierungsentwurfs, die man sogar so interpretieren könnte, dass zu einem Mitbestimmungsdumping ermutigt oder dieses zumindest gebilligt wird. Das ist aus unserer Sicht problematisch. Es gibt in der Gesetzesbegründung zum UmRUG eine weitere Formulierung – auch über diese wurde schon gesprochen – in der es heißt, wenn gar kein besonderes Wandlungsthema begründet wird, dann ist es offenbar missbräuchlich. Aber so läuft das halt nicht. Das hat Herr Dr. Zäh eindrucksvoll gesagt. Die Unternehmen, die Mitbestimmung präventiv vermeiden wollen, halten sich sehr genau an die Vorschriften und dann gibt es irgendwann keine Auffangregelung. Wir haben die Erfahrung gemacht, dass es ohne Auffangregelung auch keine Mitbestimmung gibt. Mir ist kein einziger Fall bekannt, bei dem es anders gewesen wäre. Dementsprechend greift das „Nichtbefolgen von Regeln“ nicht tief genug. Daher denken wir, dass wir etwas tun sollten beziehungsweise, dass der Gesetzgeber etwas tun sollte.

Ich möchte auch auf die zweite Frage von Herrn Limbacher eingehen, nämlich welche konkreten Möglichkeiten vorgeschlagen werden. Wir haben in unserer Stellungnahme einen neuen § 314a UmwG-E zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vorgeschlagen. Absatz 1 sollte sicherstellen, dass eine Verschmelzungsbescheinigung nur dann ausgestellt werden darf, wenn die Verhandlungen zur Mitbestimmung durchgeführt und abgeschlossen sind. Absatz 2 sollte unmissverständlich klarstellen, dass die Ausstellung der Verschmelzungsbescheinigung zu verweigern ist, wenn Hinweise auf die missbräuchliche Vermeidung der Mitbestimmung gegeben sind, und in einem solchen Fall auch die Gewerkschaft anzuhören ist. Absatz 3 möchte diese Gesamtbetrachtung in den Fokus nehmen. Dafür formuliert man Kriterien, die sich dann auch aus den Erwägungsgründen ergeben. Zum Beispiel könnte man sich den Korridor von vier Fünftel bis fünf Fünftel der Schwellenwerte genauer angucken und dann prüfen: Gibt es eine Wertschöpfung im Zielland? Und im Umkehrschluss des Erwägungsgrundes 36 stellt sich auch nochmal die Frage: Wo ist der Verwaltungssitz? Und diese Punkte – da könnten sicherlich noch weitere Punkte hinzukommen – könnten in einer Gesamtschau dann letztlich praktische Hinweise geben, ob eine missbräuchliche Mitbestimmungsvermeidung vorliegt. Zudem würden wir vorschlagen, in Absatz 4 zusätzlich ein Antragsrecht der Gewerkschaft zu regeln.

Dann bedanke ich mich auch für die weitere Frage – Schutzmöglichkeiten für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – ganz herzlich. Im Kern sehen wir praktisch drei Probleme. Problem eins habe ich eben geschildert: Die präventive Vermeidung der Mitbestimmung. Da drückt der Schuh. Da kennen wir wirklich unzählige Fälle, wo es für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und für die Gewerkschaften offensichtlich ist, dass praktisch Veränderungen stattfinden. Zum Beispiel, wenn das Unternehmen in die Europäische Aktiengesellschaft (SE) geht, um Mitbestimmung präventiv zu vermeiden. Ich glaube, darauf habe ich eben ausführlich auf die Frage von Herrn Limbacher geantwortet.

Es gibt aber noch zwei weitere Sorgen, die wir haben. Die sind jetzt nicht ganz so virulent. Ich hatte in meinem Eingangsstatement gesagt: Letztlich ist diese Vermeidung der Mitbestimmung das Problem und nicht die Flucht aus der Mitbestimmung. Gleichwohl bietet die Umwandlungsrichtlinie auch die Möglichkeit, aus der Mitbestimmung zu flüchten. Es wäre eine Konstruktion denkbar, in der ein mitbestimmtes deutsches Unternehmen einen grenzüberschreitenden Formwechsel in einen Mitgliedstaat macht und damit seinen Satzungssitz an einen Ort verlagert, an dem keine Unternehmensmitbestimmung bekannt ist. Das könnten die baltischen Staaten oder Malta sein. Und dann gibt es ein Verhandlungsverfahren, das tendenziell eine bestehende Mitbestimmung schützt. Das Vorher-/Nachher-Prinzip greift dann zum Schutz der Mitbestimmung. Aber in diesem Fall gibt es die Möglichkeit einer Schutzfrist von vier Jahren. Diese wurde auf Druck des Europäischen Parlaments im politischen Kompromiss von ursprünglich drei Jahren auf vier Jahre erweitert. Nach diesen vier Jahren sind nationale Folgerestrukturierungen denkbar, also

beispielsweise eine Verschmelzung nach nationalem Gesellschaftsrecht mit einer Gesellschaft aus einem baltischen Mitgliedstaat. Spätestens dann wäre der Schutz der Mitbestimmung nicht mehr vorgesehen. Und wenn ein Unternehmen es darauf anlegen würde, könnte es damit tatsächlich die Mitbestimmung nach vier Jahren abstreifen.

Eine weitere Möglichkeit – da wird man sehen, ob die überhaupt greift – wäre die Beschränkung der Mitbestimmung auf ein Drittel. Sie wissen vielleicht, dass in Deutschland die paritätische Mitbestimmung aus gewerkschaftlicher Sicht ein Erfolgskriterium ist. Das ist das Modell, mit dem wir werben und von dem wir auch sehr überzeugt sind. Aus meiner Sicht funktioniert das auch in der Praxis sehr gut. Ich möchte nochmal auf die vielen Studien hinweisen, die die Effektivität der Mitbestimmung nahelegen. Es gibt aber auch andere Modelle der Corporate Governance, zum Beispiel das sogenannte monistische System. Wir haben ja ein System aus Vorstand und Aufsichtsrat. Es gibt aber auch den sogenannten Verwaltungsrat oder das Board. Die EU-Richtlinie gibt Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den maximalen Anteil von Arbeitnehmervertreter/-innen in ihrem Verwaltungsrat auf ein Drittel zu beschränken. Wir wissen nicht, ob diese Regelung in anderen europäischen Staaten angewendet wird. Wenn sie angewendet werden würde, wäre das die Möglichkeit, eine paritätische Mitbestimmung auf eine bloße Drittelbeteiligung zu reduzieren. Somit gibt es schon eine ganze Reihe von Gründen, aus denen wir Sie dazu auffordern und dafür plädieren möchten, im Rahmen dieser Missbrauchskontrolle soweit wie möglich auf den Schutz der Mitbestimmung abzuzielen.

Die **Vorsitzende**: Dankeschön, Herr Thannisch. Wir haben nun eine Frage von Herrn Dr. Lieb an Frau Professor Dr. Schmidt.

SVe **Prof. Dr. Jessica Schmidt:** Vielen Dank für die Frage. Sie geben mir die Gelegenheit, noch einmal zum Missbrauchstatbestand auszuführen. Zunächst muss man vorausschicken – das hatte auch Christoph Thannisch in seiner Stellungnahme ausgeführt: der Missbrauchstatbestand kodifiziert letztlich nur die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Der Europäische Gerichtshof ist tendenziell sehr streng. Dieser Missbrauchstatbestand ist grundsätzlich eng auszulegen. Insofern ist jeder Versuch inländischer gesetzlicher Konkretisierung mit dem Risiko behaftet, etwas als missbräuchlich zu definieren, das der Europäische Gerichtshof nicht als missbräuchlich bewertet. Dadurch könnten Umwandlungen verhindert werden, die eigentlich völlig legitim sind und langwierige Verfahren zur Folge haben.

Ein paar Punkte vielleicht, die sich auch aus den Erwägungsgründen ergeben: Schon ein paar Mal wurde der Erwägungsgrund 36 angesprochen. Da steht drin, dass die Kontrollstelle es als ein Indiz für das Nichtvorliegen von Missbrauch ansehen kann, wenn der Satzungs- und Verwaltungssitz nach der grenzüberschreitenden Umwandlung im selben Mitgliedstaat liegen. Daraus darf man aber nicht den Umkehrschluss ziehen, dass das Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz in verschiedenen Mitgliedstaaten einen automatischen Missbrauch darstellen würde. Ganz im Gegenteil: Der Europäische Gerichtshof hat in einer ganzen Reihe von Entscheidungen, bei Centros, Überseering und Inspire Art, immer wieder gesagt, dass es aus europäischer Sicht völlig legitim sei, wenn Verwaltungs- und Satzungssitz in unterschiedlichen Mitgliedstaaten liegen. Das ist noch kein Missbrauch. Genauso hat der Europäische Gerichtshof in einer ganzen Reihe von Entscheidungen immer wieder betont, dass es eine Ausübung der Niederlassungsfreiheit ist, wenn man eine Gesellschaft in dem Mitgliedstaat errichtet, der aus der Sicht des jeweiligen Unternehmens die günstigste Rechtsordnung hat. Das ist Ausübung der Niederlassungsfreiheit und noch kein Missbrauch. Schließlich haben wir in der Gesellschaftsrechtsrichtlinie schon ein sehr ausgefeiltes Schutzinstrumentarium sowohl für die Minderheitsgesellschafter als auch für die Gläubiger und insbesondere auch für die Arbeitnehmer. Wenn sich die Unternehmen an diese Regelungen halten, ist es eine große Hürde, einen Missbrauch anzunehmen. Wir haben gerade auch für die Arbeitnehmer einen neuen Vier-Fünftel-Verhandlungstatbestand geschaffen, der schon relativ früh eingreift. Insofern muss man da sehr zurückhaltend sein, noch einen Missbrauch annehmen zu wollen, wenn die Regelungen der Richtlinie eingehalten wurden. Ein Beispiel dazu: Wenn wir eine Gesellschaft haben, die die Vier-

Fünftel-Schwelle erreicht hat, eine grenzüberschreitende Umwandlung durchführt, das Verhandlungsverfahren ordnungsgemäß durchführt, es aber zu keiner Einigung kommt, ist die Folge – wie von Herrn Professor Teichmann bereits gesagt – das Eingreifen der Auffanglösung. Die Auffanglösung besteht in dem Fall darin, dass keine Mitbestimmung gilt. Das ist aber eine Entscheidung, die so im europäischen Gesetzgebungsverfahren getroffen wurde. Die kann man für gut oder für schlecht halten, aber sie ist so getroffen worden und muss so akzeptiert werden. Allein daraus kann man meines Erachtens nach noch keinen Missbrauch herleiten. Vielmehr hat die Gesellschaft die Regelungen eingehalten und von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht. In anderen Mitgliedstaaten laufen überall noch die Umsetzungsverfahren. Ich kenne zum Beispiel den Luxemburger Entwurf, dort ist man mit dem Missbrauchstatbestand auch sehr zurückhaltend. Im Wesentlichen soll dort auch nur das kodifiziert werden, was in der Richtlinie steht und das nicht weiter konturiert werden.

Die **Vorsitzende:** Jetzt bekommt Prof. Dr. Hirte Gelegenheit, auf die Frage von Kollege Carsten Müller zu antworten.

SV **Prof. Dr. Heribert Hirte:** Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Der PSV ist in der Tat ein ganz wichtiger Gläubiger und dessen Schutz sollte uns allen am Herzen liegen. Ich möchte auch gerade mit Blick auf die Diskussion, die über die Mitbestimmung im Raum stand, sagen: Es ist doch viel wichtiger, die ehemaligen Arbeitnehmer zu schützen. Diese Arbeitnehmer haben keine anderen Optionen, sich einen anderen Arbeitgeber zu verschaffen. Die Sicherheitsleistung nach §§ 314 und 316 Umwandlungsgesetz ist das erste Instrument; dennoch stehen Kritikpunkte im Raum. Einmal die Frage, wie der PSV zu beteiligen ist. Der Ansatz, den Herr Vossius in den Raum gestellt hat, der PSV könne eine Schutzschrift einreichen, ist nicht ausreichend. Man könnte eine zwingende Beteiligung vorsehen. Man muss über die Frage der Zuständigkeit – das wurde auch allgemein in Bezug auf die Sicherheitsleistung angesprochen – verstärkt nachdenken, also bei welchen Gerichten das geltend gemacht werden muss. Der dritte Punkt bezieht sich – ganz ähnlich wie die Diskussion über die Mitbestimmung, aber noch viel weitergehender – auf die ehemaligen Gläubiger, die sich nicht mehr retten können. Die Frage ist: Liegt hierbei auch ein Missbrauch vor und wer prüft den Missbrauch? Hier wäre die gleiche Diskussion über die Konkretisierung wie beim PSV vorzunehmen.

Der letzte Punkt ist eine spontane Idee: In der Umsetzung der Richtlinie ist keine sogenannte Solvenzerklärung vorgesehen, also eine Erklärung über die künftige Zahlungsfähigkeit einer Gesellschaft. Dafür gibt es Gründe, die man so oder so sehen kann. Moderner ist der Ansatz der Solvenzerklärung. Was man aber machen könnte, wäre die Abgabe einer Solvenzerklärung gerade mit Blick auf die früheren Arbeitnehmer, also zu Gunsten des PSV. Das wäre ein engerer Fokus. Insofern wären hier durchaus noch Möglichkeiten, Dinge zu verbessern. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank. Dann haben wir diese Fragerunde absolviert und ich schaue, wer sich für die nächste Runde meldet. Kollege Bsirske, Kollege Meiser, Kollege Mayer und Dr. Lieb. Es beginnt der Kollege Meiser.

Abg. **Pascal Meiser** (DIE LINKE.): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Vorweg möchte ich mitteilen, dass ich gleich in einen anderen Ausschuss zu einer Anhörung wechsele, und mich dafür entschuldigen, dass ich möglicherweise nicht mehr ganz bis zum Ende folgen kann. Meine erste Frage geht an Herrn Dr. Zäh.

Herr Thannisch hat eine Reihe von Kriterien aufgeführt, die als Anhaltspunkte für die Registergerichte genommen werden könnten, um in einer Gesamtschau von einer missbräuchlichen Umgehung der deutschen Unternehmensmitbestimmung ausgehen zu können. Halten Sie es aus Ihrer praktischen Erfahrung und als Begleiter verschiedener Prozesse für geeignet, diese Anhaltspunkte näher zu definieren, oder halten Sie es für sinnvoll, den Registergerichten die Bewertung einer missbräuchlichen Umgehung im Einzelfall zu überlassen.

Meine zweite Frage richtet sich nochmal an Herr Thannisch und ist etwas weiter gefasst. Es stellt sich die Frage, inwieweit es aus Ihrer Sicht notwendig ist, dass auch ausländische Rechtsformen – mit Blick auf die

Unternehmensmitbestimmung – strengeren Regelungen unterzogen werden sollten. Wie sehen Sie das?

Die **Vorsitzende:** Vielen Dank. Kollege Stephan Mayer.

Abg. **Stephan Mayer** (CDU/CSU): Herzlichen Dank, Frau Vorsitzende. Meine sehr verehrten Damen und Herren, sehr verehrte Sachverständige, auch von meiner Seite ein herzliches Dankeschön für Ihre Anwesenheit, für Ihre sehr sachdienlichen Hinweise und auch für die Stellungnahmen, die Sie uns im Vorfeld schon zur Kenntnis gegeben haben. Hier eine erste Frage an Herrn Professor Dr. Hirte und zwar unter Bezugnahme auf die Ausführungen von Herrn Dr. Vossius, was die Terminologie in § 133 UmwG-E anbelangt. Dort taucht der Begriff des Nettoaktivvermögens auf, dessen Bedeutung aus der Sicht einiger anderer Sachverständigen, beispielsweise dem Institut der Wirtschaftsprüfer, etwas verunglückt ist. Sehen Sie die Möglichkeit, hinsichtlich der Definition des sogenannten Nettoaktivvermögens durch die Ersetzung dieses Begriffs beispielsweise durch den Begriff des Reinvermögens für Rechtsklarheit – auch im Hinblick auf den Wert in § 133 UmwG-E – zu sorgen? Dort wird Bezug genommen auf den Wert, gemeint ist der Zeitwert, also der Verkehrswert des Unternehmens. Dieser unterscheidet sich meistens sehr stark vom Buchwert. Sehen Sie hier nicht die Notwendigkeit, den Begriff des Wertes durch eine zielführende Fassung – was beispielsweise den Verkehrs- oder Zeitwert anbelangt – zu ersetzen?

Die zweite Frage möchte ich an Herrn Wolf und an Herrn Dr. Vossius richten.

Die **Vorsitzende:** Sie dürfen noch eine Frage an einen weiteren Sachverständigen richten.

Abg. **Stephan Mayer** (CDU/CSU): Ok, dann darf ich die Frage an Herrn Wolf adressieren und zwar: Es ist im neuen Entwurf des Umwandlungsgesetzes vorgesehen, dass bei einem unangemessenen Umtauschverhältnis statt der Barabfindung auch eine Abfindung mit zusätzlichen Aktien erfolgen kann. Das soll aber nur bei Umwandlungen von Aktiengesellschaften, SEs beziehungsweise KGs auf Aktien, nicht aber bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung gelten. Sehen Sie die Notwendigkeit, diese Möglichkeit auch auf GmbHs zu erstrecken?

Die **Vorsitzende:** Vielen Dank. Dann Esra Limbacher.

Abg. **Esra Limbacher** (SPD): Ich würde auch die Möglichkeit nutzen, zwei Fragen zu stellen. An Herrn Professor Teichmann: Hinsichtlich der missbräuchlichen Umgehung der Mitbestimmungsregelung sieht die Richtlinie gerade in den Erwägungsgründen vor, dass die nationalen Gesetzgeber noch tätig werden sollten. Können Sie uns erläutern, welche Möglichkeiten Sie für den deutschen Gesetzgeber sehen, nachzuschärfen? Können Sie dabei auf die Verhandlungslösung und das Vorher-/Nachher-Prinzip eingehen?

Die zweite Frage geht an Frau Dr. Hilke Herchen: Eine nicht unerhebliche Rolle im System übernehmen die Registergerichte, die die Verschmelzungsbescheinigung ausstellen. Nach der derzeitigen Entwurfsfassung des § 316 Absatz 3 UmwG-E prüft das Gericht beim Vorliegen von Anhaltspunkten, ob die grenzüberschreitende Verschmelzung zu missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken stattfindet, um sich dem Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen. Sehen Sie die Registergerichte hierfür personell oder in der Ausstattung gerüstet beziehungsweise ist die Regelung in dieser Form überhaupt für die Gerichte handhabbar? Oder besteht vielmehr die Gefahr, dass in der Praxis mangels Informationen und Zeitkapazitäten bereits die Prüfung von Anhaltspunkten oder die eigentliche Missbrauchsprüfung ausgelassen wird? Vielen Dank.

Die **Vorsitzende:** Das Wort hat der Kollege Bsirske.

Abg. **Frank Bsirske** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine erste Frage richtet sich an Professor Wicke: Handelt es sich bei der Erteilung der Wegzugsbescheinigung und der damit einhergehenden Missbrauchsprüfung grundsätzlich um eine Materie, die an den Registergerichten sinnvoll durch Rechtspfleger durchgeführt werden sollte oder ist es sinnvoll, diese Tätigkeit in die Zuständigkeit von Richtern aufzunehmen?

Die zweite Frage geht an Herrn Thannisch: Die Bundesregierung will die grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme ermöglichen und geht damit über die EU-Richtlinie hinaus. Wie bewerten Sie diesen Vorschlag aus mitbestimmungspolitischer Sicht?

Die **Vorsitzende:** Danke schön. Nun Thorsten Lieb.

Abg. **Dr. Thorsten Lieb** (FDP): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich habe zwei Fragen zu zwei Themen, die ich beide an Frau Professor Schmidt richten möchte. Das eine betrifft die schon angesprochene Frage der Zuständigkeiten beziehungsweise der Zuständigkeits-konzentration. In der Diskussion sind mehrere Dinge aufgetaucht, einmal die Frage Register-gerichte oder eben die bestehende Verteilung.

Die andere Frage ist bereits angesprochen, nämlich die Frage der etwaigen Konzentration bei Prozessgerichten, also über die Registergerichte hinaus. Da interessiert mich Ihre Stellungnahme ergänzend zu dem bisher Gesagten. Der zweite Punkt, den ich noch ansprechen möchte, ist die Frage einer etwaigen Ausdehnung der Regelung auf Personen und Personengesellschaften. Da bitte ich nochmal um vertiefte Hinweise für uns, was die Frage des praktischen Bedürfnisses anbelangt und der bestehenden Erfahrung. Auch da interessiert mich in dem Kontext der Blick über den nationalen Tellerrand, ob es Vorbilder in anderen europäischen Staaten gibt beziehungs-weise ob das da überhaupt vergleichbare Praxisrelevanz hat. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende:** Wunderbar, dann kommen wir jetzt zur zweiten Antwortrunde. Wir starten bei Frau Dr. Herchen mit der Frage von Kollegen Limbacher.

SVe **Dr. Hilke Herchen**: Vielen Dank für die Frage. Ich glaube, erstmal muss man konstatieren, dass man die Registergerichte wahrscheinlich nicht über einen Kamm scheren kann. Aus der Praxis merken wir, dass es Registergerichte gibt, die sehr viel Erfahrung mit diesen Verfahren haben, auch sehr viel Sachkunde deswegen erworben haben und deswegen auch kritische Punkte sehr viel schneller und souveräner ermitteln und berücksichtigen können. Für kleinere Register-gerichte, die weniger Berührungspunkte mit komplexen Verfahren haben, ist das sicher noch eine viel, viel größere Herausforderung. Nichtdestotrotz bleibt es sicherlich zum einen ein Thema der personellen Ausstattung und zum anderen auch die Frage, welche effizienten Informationsmöglichkeiten die Registergerichte haben. Zu begrüßen ist sicherlich, dass der Regierungsentwurf erstmal daran anknüpft, dass es Anhaltspunkte für das Gericht aus der Dokumentation gibt. Das kann aus den vorgelegten Begründungs- und Verschmelzungs-plänen der Fall sein, aber es gibt eben auch die Möglichkeit, dass sich Betroffene, wie das BVG, das schon erwähnt wurde, oder auch einzelne Gläubiger oder Mitarbeiter an das Gericht wenden können – gegebenenfalls auch schon Schriften hinterlegen. Das sind wichtige Anhaltspunkte und das Registergericht hat dann die Möglichkeit zur Amtsermittlung, kann sich also auch an Staats-anwaltschaften, Steuerbehörden und ähnliche Informationsträger wenden. Daher glaube ich schon, dass gerade an Gerichten, mit Vorhanden-sein dieser hohen Kompetenzen, die Möglichkeit besteht, die Regelung effizient umzusetzen. Das spricht vielleicht umso mehr dafür, auch weiterhin auf eine Zuständigkeitskonzentration auf einzelne Registergerichte für solche Verfahren hinzuwirken, wie es ja auch vielfach schon gehandhabt wird. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank. Dann geht es weiter mit Professor Hirte mit einer Frage vom Kollegen Mayer.

SV **Prof. Dr. Heribert Hirte:** Vielen Dank, Herr Mayer und vielen Dank, Frau Vorsitzende. Die Frage war, ob die Begriffsbildung des Nettoaktiv-vermögens beibehalten werden sollte. Ich selbst habe über das Wort auch lange gegrübelt und würde für den Vorschlag plädieren, es durch das zu ersetzen, was nach unserer deutschen Terminologie damit gemeint ist. Einige Vorschläge haben Sie ja auch schon in den Raum gestellt. Europarechtliche Bedenken, die dagegen geäußert werden, teile ich nicht. Die kann man dadurch kompensieren, dass man sehr deutlich sagt, was man meint und man kann es auch mit einer Art gleitenden Verweisung vornehmen, indem man auf die parallele Umsetzung in den anderen Mitgliedstaaten verweist. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Dann geht es weiter mit Professor Dr. Schmidt und zwei Fragen vom Kollegen Lieb. Sie haben vier Minuten.

SVe **Prof. Dr. Jessica Schmidt:** Vielen Dank für die beiden Fragen. Zunächst zur Zuständigkeitskonzentration. Wie Herr Wicke auch schon angesprochen hat, haben wir im Referentenentwurf die Konzentration beim Registergericht vorgesehen. Diese hätte eben den Vorteil gehabt, dass es alles bei einem Gericht bliebe. Daran gab es Kritik: Einmal, dass die Registergerichte das nicht schaffen würden, zum anderen gab es wohl auch europarechtliche Bedenken. Die europarechtlichen Bedenken teile ich nicht, dies auszuführen wäre jetzt aber zu lang. Nach dem jetzigen Regierungsentwurf, fände ich es gut, man könnte zu dieser Lösung zurückkehren. Denn nach dem jetzigen Regierungsentwurf hat man das Problem, dass die Zuständigkeit ganz vieler Gerichte begründet wird. 100 Gläubiger könnten an 100 verschiedenen Gerichten klagen. Vor diesem Hintergrund würde ich vorschlagen, das Prozessgericht für zuständig zu erklären. Das ist sicherlich hilfreich, aber löst das Problem nicht vollständig. Wir hätten immer noch zwei Gerichte und die Informationen nicht beisammen und wir hätten immer noch das Problem mit der Versicherung. Deswegen wäre mein Vorschlag, dem Gläubiger die Obliegenheit aufzugeben, dass er auch die Gesellschaft informieren muss. Die Gesellschaft könnte die Versicherung abgeben, sie wisse von keiner Klage, sie habe auch keine Anzeige eines Gläubigers erhalten und diese Erklärung dann zum Registergericht geben. In dieser Form könnte die Versicherung abgegeben werden. Der Vorstand müsste nicht irgendwas versichern, was er gar nicht versichern kann, weil er es nicht weiß. Das Registergericht könnte auf der Basis dieser Information dann entscheiden.

Bei der zweiten Frage ging es nochmal um Personengesellschaften. Gerade in Deutschland haben wir beispielsweise sehr viele GmbH & Co. KGs, die auch ein großes Interesse daran haben, sich an grenzüberschreitenden Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechseln beteiligen zu können. Es gibt auch Fälle in der Praxis, in denen das gemacht wird, allerdings ist dies momentan sehr rechtsunsicher und wird auf der Basis der Niederlassungsfreiheit durchgeführt. Wenn die Personengesellschaften nicht mitgeregelt werden, könnten grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel weiterhin auf der Basis der Niederlassungsfreiheit funktionieren. Dann würden wahrscheinlich rechtspraktisch die §§ 305 ff. des Umwandlungsgesetzes analog angewendet und Personengesellschaften könnten dann doch über die Grenze verschmelzen, spalten oder formwechseln – ohne klare Rechtsgrundlage. Es ist aber dann auch nicht ganz klar, wie die Minderheitsgesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer geschützt sind. Wenn wir das klar regeln, dann ist es für alle klar und dann können wir auch gewährleisten, dass unsere Stakeholder entsprechend geschützt sind und wir ein geordnetes Umwandlungsverfahren haben, so wie es die Niederlassungsfreiheit auch vorsieht, und grenzüberschreitende Umwandlungen ermöglichen. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Dr. Teichmann hat eine Frage vom Kollegen Limbacher.

SV **Prof. Dr. Christoph Teichmann**: Vielen Dank. Das war die Frage zur Umgehung und inwieweit die Erwägungsgründe eine Rolle spielen. Die Erwägungsgründe, da stimme ich Herrn Thannisch zu, signalisieren schon, dass der europäische Gesetzgeber Missbräuche verhindern will. Erwägungsgründe sind aber eben keine Rechtsnormen, die stehen nicht umsonst in den Erwägungsgründen, sondern weil man sich auf konkrete Normen nicht einigen konnte. Deshalb würde ich sie weiterhin nur für die Auslegung heranziehen. Ich würde aber zum Beispiel mit Herrn Zäh gehen und sagen, es ist sinnvoll, das Registerverfahren erst abzuschließen, wenn die Verhandlungen abgeschlossen sind. Das ist möglich nach der Regelung. Es gibt eine Dreimonatsfrist und wenn Hinweise für einen Missbrauch existieren, kann man auch noch um drei Monate verlängern. Und das, was der DGB vorschlägt, ist auch nicht so wahnsinnig robust, Herr Thannisch.

Im Grunde hat der § 314a UmwG-E fast nur deklaratorische Bedeutung, wenn keine Verhandlungen aufgenommen werden. Nach § 315 UmwG-E müssen sie die Zahl der Arbeitnehmer mitteilen und sagen, ob mit Verhandlungen begonnen wurde. Wenn sie das nicht machen, wird das Registergericht keine Bescheinigung ausstellen. Dazu brauchen wir gar keine Gewerkschaften. Die Aufzählung des Missbrauchs, also beispielsweise die Mitteilung über den Verwaltungssitz in Deutschland, hat keinen Nutzen, wenn der Verwaltungssitz ins Ausland geht. Wie groß ist der Verwaltungssitz

bei einer GmbH von 400 Mitarbeitern? GmbHs in dieser Größe haben einen Geschäftsführer und zwei Assistenten. Da wird gesagt: Na gut, wenn Sie unbedingt wollen, führe ich das Unternehmen jetzt aus Straßburg. Also eigentlich wird eine Gebrauchsanweisung gegeben, wie man den Missbrauch widerlegen kann. Deshalb bin ich vorsichtig mit einer Aufzählung. Ich will jetzt aber nicht Wasser in den Wein gießen. Ich würde eigentlich mehr auf das andere Gesetz schauen, auf das Gesetz, das heute nicht auf der Tagesordnung steht und die Mitbestimmung speziell regelt. Da gibt es ja auch die Missbrauchsklausel in § 36 und die führt zu Nachverhandlungen, wenn sich nach der Eintragung herausstellt, dass eben doch ein Missbrauch vorliegt. Und ich glaube, dass darin das Problem liegt. Den Missbrauch erkennt man meistens erst hinterher. Die erzählen Ihnen was ganz Tolles im Eintragungsverfahren und führen auch Verhandlungen durch, und hinterher sehen Sie: Ach, darauf lief die ganze Sache hinaus. Mit dem Blick ins Ausland – danach wurde ja gefragt – haben einige Staaten für die SE-Umsetzung eine Missbrauchsklausel in der Form geregelt, dass im Falle der Überschreitung von Mitarbeiterzahlen innerhalb eines Jahres über eine gewisse Schwelle Verhandlungen nachgeholt werden müssen.
Das könnte meines Erachtens nach ein Vorbild sein. Der § 36 ist nicht so glücklich geregelt, denn strukturelle Änderungen kann man als umgehungswilliges Unternehmen auch vermeiden. Warum nicht auf das Wachstum der Belegschaft abstellen? Damit hätte ich keine Bauchschmerzen, wobei ich vier Jahre zu lang finde. Aber es ist auch ein anderes Gesetz. Jedenfalls glaube ich, dass man das eher anpacken muss.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank. Dann hat nochmal Herr Thannisch das Wort auf die Fragen von Kollegen Meiser und Bsirske.

SV **Rainald Thannisch**: Danke, Frau Vorsitzende. Bei der Beantwortung der Frage von Herrn Meiser, die sich auf ausländische Rechtsformen bezieht, möchte ich damit starten, dass die Gesetze zur Unternehmensmitbestimmung – die sicherlich auch vorbildlich sind – alle schon in die Jahre gekommen sind. Das fängt 1951 mit dem Montan-Mitbestimmungsgesetz an. Die dritte Beteiligung fußt auf dem Betriebsverfassungsgesetz von 1952, das dieser Tage sein Jubiläum feiert. Das 1976er Mitbestimmungsgesetz – ich nehme es jetzt vorweg – stammt aus 1976. Man muss bedenken, das sind Zeiten, da telefonierte man in lustigen gelben Telefonzellen und war ansonsten unterwegs nicht zu erreichen. Das ist also schon eine Zeit lang her und man hat damals einfach auch nicht antizipieren können, inwieweit die Niederlassungsfreiheit mittlerweile durch europäisches Recht gestärkt wurde. Von daher ist die Erstreckung des Mitbestimmungsgesetzes auf ausländische Rechtsformen eine Forderung des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Wie man das machen könnte, hat Herr Professor Seifert unlängst im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung vorgeschlagen. Er hat einen Gesetzentwurf eines Mitbestimmungserstreckungsgesetzes erarbeitet, der vorliegt und den wir in der Tat auch der Bundesregierung sehr empfehlen würden. Es gibt die Aussage im Koalitionsvertrag: Wir wollen die missbräuchliche Umgehung geltenden Mitbestimmungsrechts verhindern. Das wäre in der Tat eine der Forderungen, die wir als DGB stellen. Eine weitere wäre die entsprechende Modernisierung des SE-Beteiligungsgesetzes sowie die gesamte Schließung der Lücke in der Drittelbeteiligung im Drittelbeteiligungsgesetz. Ebenfalls sprechen wir uns für effektive Sanktionen aus, wenn Mitbestimmung illegalerweise ignoriert wird. Das kommt auch vor. Das Ignorieren und Vermeiden steht in einem sachlichen Zusammenhang. Denn: Wenn die Mitbestimmung ignoriert wird, können die Beschäftigten vor Gericht in einem Status-verfahren beantragen, dass die Mitbestimmung eingesetzt wird. Doch wir kennen es aus der Praxis: Bis das erledigt ist, ist das Unternehmen schon in irgendeine der Mitbestimmungs-vermeidungsformen abgebogen und damit dann weg.

Ganz kurz möchte ich an dieser Stelle sagen, dass uns als Deutscher Gewerkschaftsbund das Thema der Betriebsrenten wichtig ist und wir es wichtig finden, dass Herr Wolf von der BDA die Fragen aufgeworfen hat. In der Tat würden wir Sie als Abgeordnete bitten, diese Punkte wirklich aufmerksam zu prüfen.

Dann würde ich zu der Frage von Herrn Bsirske übergehen, in der es um die Spaltung zur Aufnahme geht. § 323 UmwG-E sieht diese

Möglichkeit vor, aber diese Möglichkeit ist nicht in der EU-Richtlinie vorgesehen. Das heißt, hier wird überschießend reguliert. Das geht eins zu eins darüber hinaus, anders als beim Mitbestimmungs- und Arbeitnehmerschutz. Das bedeutet aber auch, dass es bei einer grenzüberschreitenden Spaltung zur Aufnahme in den anderen EU-Ländern keine Regularien zur Sicherung der Mitbestimmung gibt, wenn diese das nicht ebenfalls überschießend umsetzen. Das europäische Verhandlungsverfahren und der Vier-Fünftel-Ansatz finden schlichtweg nicht statt. Im Übrigen ist auch beim Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, das gerade parallel im Ausschuss für Arbeit und Soziales beraten wird, diese Möglichkeit bei einer Hereinumwandlung aus dem Ausland nach Deutschland nicht vorgesehen. Die Bundesregierung löst diese Problematik bei dem Spaltungsvorhaben eines deutschen Unternehmens damit, dass eine Begrenzung auf Unternehmen mit weniger als 400 Beschäftigten vorgenommen wird. Bei der Hereinspaltung wird dann ebenfalls ähnlich vorgegangen. Dieses Vorhaben schützt effektiv eine bestehende deutsche Mitbestimmung, das ist ganz klar anzuerkennen. Ich möchte aber trotzdem – entschuldigen Sie bitte, wenn ich es nochmal wiederhole – die präventive Vermeidung der Mitbestimmung ansprechen. Ein Unternehmen wandelt sich, bevor die Schwellenwerte erreicht werden um. Das kann man genauso gut mit dem Schwellenwert 400 machen. Ich glaube, man kommt nicht umhin und man darf sich da nichts vormachen, dass hier eine neue Option zur Flucht vor der Mitbestimmung geschaffen wird. Es ist eine weitere Option, um praktisch das Drittelbeteiligungsgesetz zu umgehen.

Ich sprach gerade davon, dass wir die Lücke in der Drittelbeteiligung schließen müssen. Das Drittelbeteiligungsgesetz lässt sich in der Praxis relativ leicht austricksen. Das Mitbestimmungsgesetz ist da wesentlich weiter entwickelt.
Nur ist es halt so, dass die Ampelparteien im Koalitionsvertrag ausdrücklich gesagt haben, dass sie die Konzernzurechnung in der Drittelbeteiligung an das Mitbestimmungsgesetz anpassen wollen. Und jetzt ist es so, dass das UmRUG die Vermeidung der Drittelbeteiligung begünstigt, noch bevor man die Lücke in der Drittelbeteiligung schließt. Das empfinden wir nicht als sonderlich konsistent und möchten dazu raten, diesen Aspekt aus dem UmRUG herauszunehmen. Danke schön.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank. Dann hat jetzt Herr Professor Dr. Wicke das Wort mit seiner Antwort auf die Frage des Kollegen Bsirske.

SV **Prof. Dr. Hartmut Wicke**: Vielen Dank. Die Frage von Herrn Bsirske war, ob die Erteilung der Wegzugsbescheinigung beziehungsweise der Missbrauchsprüfung Aufgabe des Rechtspflegers oder des Richters sein sollte. Die Antwort fällt hier ganz eindeutig aus: Es muss eine Aufgabe des Richters sein. Es handelt sich um eine sehr komplexe Thematik. Die Prüfungen sind aufwändig und sie sind nicht minder komplex als die Eintragung der Umwandlung als solche. Diese sieht derzeit schon gemäß § 17 Nr. 1 Buchstabe c Rechtspflegergesetz die Zuständigkeit des Richters vor. Es handelt sich auch nicht um eine lediglich formelle Prüfung. Diese Missbrauchsprüfung ist – das haben wir ja schon gehört – tatsächlich aufwändig. Hinzu kommt noch der grenzüberschreitende Bezug. Also klare Antwort: Die Erteilung der Vorabbescheinigung ist Aufgabe der Richterinnen und Richter und § 17 Rechtspflegergesetz ist entsprechend anzupassen. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Dann geht es weiter mit Herrn Wolf. Die Frage kam von Kollege Mayer.

SV **Roland Wolf**: Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich kann es ganz kurz machen: Tatsächlich haben wir zu der Frage, inwieweit durch Umwandlung Anteile neu zugemessen werden können beziehungsweise die Möglichkeit bestehen soll, die Barabfindung durch Anteile oder Aktien zu ersetzen, keine Rückmeldung aus unserer Mitgliedschaft. Daher gehe ich davon aus, dass das, was wir im Augenblick an Vorschlägen aus dem Gesetzentwurf vorliegen haben, den Interessen unserer Mitglieder in vollem Umfang entspricht. Daher sehe ich an dieser Stelle keine Gründe für eine Nachbesserung oder Nachschärfung des Gesetzentwurfes.

Die **Vorsitzende**: Nun Herr Zäh auf die Frage von Herrn Meiser.

SV **Dr. Jonas Zäh**: Vielen Dank. Die Frage ging ja in die Richtung, ob die vom DGB vorgeschlagenen Anhaltspunkte auch in der Praxis ausreichen können, um Missbrauchsfälle zu verhindern. In dem Zusammenhang würde ich kurz auf das, was auch Professor Teichmann gesagt hat, eingehen, nämlich, dass man sich auf das MGFSFG versteifen sollte und dort die Regelungen aufnehmen sollte. Ich bin der Auffassung, dass man – um tatsächlich eine ausreichende Missbrauchsverhinderung zu schaffen – beide Gesetze angehen muss. Deswegen ist es auch so wichtig, dass man im UmRUG entsprechende Regelungen vorsieht. Ob das in der Praxis zu einem Erfolg führt, ist natürlich schwierig zu beantworten. Es gibt keine ähnlichen oder entsprechenden Regelungen im SE-Recht. Deswegen wird es sich in der Praxis zeigen, ob es zum Erfolg führt oder nicht. Ich glaube aber, dass man den Registergerichten eine gewisse Orientierung geben muss. Es ist von Missbrauch die Rede, aber als Registergericht muss man überlegen, was man als Missbrauch ansieht. Das kann in ganz verschiedene Richtungen gehen. Deshalb sollte es zumindest eine Art von Aufzählungen geben, die eine Richtung vorgeben und sagen, unter welchen Umständen man daran denken könnte, einen Missbrauchsfall zu erachten. Das würde ich schon für wichtig halten, damit man nicht an verschiedenen Gerichten in völlig andere Richtungen geht und dann erst mühsam durch die Rechtsprechung ein einheitlicher Weg gefunden werden muss. Dass es sich dabei immer um eine Gesamtabwägung handelt, ist klar. Das muss es immer sein. Nur weil bestimmte Punkte nicht erreicht worden sind, muss nicht automatisch ein Missbrauch vorliegen. Es muss eine Gesamtabwägung sein. Aber um diese Orientierung zu geben, ist es sicherlich wichtig. Man kann natürlich nochmal weiter gehen, noch mehr Beispiele bilden, dann wird es noch klarer. Letztlich ist das ein Thema der politischen Durchsetzbarkeit. Aber aus Sicht der Praxis wäre es sicherlich zu begrüßen, dass diese Dinge konkretisiert werden. Es geht beispielsweise darum, dass man im Ausland bestehende Briefkastenfirmen verhindert, während alles andere in Deutschland stattfindet. Deswegen dürften diese Vorschläge gut sein. Ich gebe Herrn Professor Teichmann aber auch Recht. Um es dann rund zu machen, muss man natürlich an einer ganz anderen Stelle reingehen, insbesondere in die Umsetzungsgesetze zu den Mitbestimmungen und zu den Verhandlungsverfahren.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank. Wir haben jetzt sogar noch Zeit für eine dritte Runde und mir liegt eine Frage beziehungsweise Meldung von Stephan Mayer vor. Es würde auch noch für andere Kollegen die Gelegenheit bestehen, Fragen zu stellen.

Abg. **Stephan Mayer** (CDU/CSU): Herzlichen Dank, Frau Vorsitzende. Ich möchte noch einen Fragenkomplex aufwerfen. Wir haben uns jetzt sehr ausführlich und intensiv mit dem Artikel 1 dieses Artikelgesetzes und mit den Veränderungen oder den geplanten Veränderungen im Umwandlungsgesetz beschäftigt. Ich glaube, man sollte aber nicht vernachlässigen, dass insbesondere unter Artikel 3 auch Veränderungen im Spruchverfahrensgesetz geplant sind. Das sieht Regelungen vor, die vor allem eine Effektivierung, also auch eine Beschleunigung des Gerichtsverfahrens beinhalten. Ich darf deshalb Herrn Professor Hirte und Herrn Dr. Vossius fragen, ob sie uns zu den geplanten Veränderungen im Spruchverfahrens-gesetz und Artikel 3 dieses Artikelgesetzes noch weitere Vorschläge oder Hinweise geben können, was die Effektivierung und Beschleunigung des Verfahrens anbelangt.

Die **Vorsitzende**: Dann hat Dr. Vossius die Gelegenheit zur Antwort.

SV **Dr. Oliver Vossius**: Herzlichen Dank. Ich bin kein Prozessanwalt und Spruchverfahren laufen an mir vorbei. Ich habe das deswegen nur am Rande wahrgenommen, habe aber gegen diese gesetzlichen Vorschläge keine Bedenken. Herzlichen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke schön. Die gleiche Frage ging an Dr. Hirte.

SV **Prof. Dr. Heribert Hirte**: Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich habe keine Bedenken gegen die Regelung. Man könnte sie – und das war ja die Frage von Herrn Mayer – noch etwas erweitern. Einige Vorschläge habe ich auch in meiner schriftlichen Stellungnahme unterbreitet. Ich will das vielleicht nochmal zusammenfassen: Der erste Punkt ist die mögliche Ausdehnung des

Anwendungsbereichs. Das geht letztlich zurück auf Überlegungen der vorletzten Legislaturperiode, in der man über die Erstreckung des Einspruchsverfahrens auch auf das Delisting nachgedacht hat, nachdem wir hier bereits zu Recht im Gesetzgebungsverfahren die Kontrolle der Kompensation auch auf den übernehmenden und nicht nur den übertragenden Rechtsträger erstrecken. Insofern wäre das ein weiterer Schritt in dieselbe Richtung. Der zweite Punkt ist der sogenannte Mehrheitsvergleich: Das meint, dass 90 Prozent des Kapitals, das bei der Abfindungskontrolle Bedenken angemeldet hat, mit der Vergleichslösung einverstanden ist, dass die dann noch übrig bleibenden – anderswo heißt es obstruierenden – Antragsteller besser mitgenommen werden können, sodass man den Mehrheitsvergleich nicht nur als Kann- sondern als Muss-Regelung ansieht. Man könnte weiter über eine stärkere Konzentration der Spruchverfahren auch über die Landesgrenzen hinweg nachdenken. Das haben wir auch im Insolvenzrecht und bei anderen Sachen gesehen und hilft, die Sachkompetenz der Gerichte für diese doch sehr komplexen Bewertungsfragen zu erhöhen.

Die Komplexität ist dann auch wieder ein Grund, dass meines Erachtens nach bei der Beschwerde, das ist ja ein Verfahren nach dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), eine zwingende mündliche Verhandlung vorgesehen werden sollte. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank auch von meiner Seite. Weitere Fragen liegen nicht mehr vor. Dann können wir also die Befragung der Sachverständigen – hier im Saal und in der Videokonferenz - mit herzlichem Dank an Sie abschließen. Sie haben uns nochmal viele Aspekte aus ganz unterschiedlichen Sichtweisen und Themenbereichen mitgegeben, sodass es sicherlich noch weitere Beratungen geben wird. Auch das Ministerium hat fleißig mitgeschrieben, aber auch das Lob gehört, das hier und da zwischen den Ausführungen aufblitzte. Ihnen allen ganz herzlichen Dank und wir hoffen, dass wir etwas Gutes daraus machen. Ich schließe die Sitzung.

Schluss der Sitzung: 15:47 Uhr

Elisabeth Winkelmeier-Becker, MdB
Vorsitzende

Anlagen:

Stellungnahmen der Sachverständigen

Dr. Hilke Herchen	**Seite 31**
Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M. (Berkeley)	**Seite 41**
Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M. (Nottingham)	**Seite 55**
Prof. Dr. Christoph Teichmann	**Seite 75**
Rainald Thannisch	**Seite 85**
Dr. Oliver Vossius	**Seite 104**
Prof. Dr. Hartmut Wicke, LL.M.	**Seite 110**
Roland Wolf	**Seite 124**

Stellungnahme

von Dr. Hilke Herchen
(Rechtsanwältin, Mitglied des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwalt Vereins)

zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie

Kurzfassung von Dr. Hilke Herchen für die Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages am 7. November 2022 auf Basis der Stellungnahme vom 23. Mai 2022 zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 20. April 2022.

Der Handelsrechtsausschuss hat zum Referentenentwurf am 23. Mai 2022 Stellung genommen. Dieser Stellungnahme schließe ich mich vollumfänglich an. Auf dieser Basis nehme ich zum wesentlichen Inhalt des Regierungsentwurfs (RegE) wie folgt Stellung:

Ziel des Gesetzes ist die Ermöglichung und Erleichterung von insbesondere grenzüberschreitenden Umwandlungsmaßnahmen auf Basis und in Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie bei Herstellung bzw. Wahrung eines angemessenen Schutzniveaus für die Stakeholder, insbesondere die Anteilsinhaber, die Gläubiger und die Arbeitnehmer.

Das Umwandlungsgesetz arbeitet zum Schutz der Anteilsinhaber bei Umwandlungen mit verschiedenen Mechanismen, insbesondere: (i) Informations- und Berichtspflichten, (ii) externer Prüfung, (iii) Beschlussanfechtung, (iv) Abfindungsangeboten und Ausgleichszahlungen, die im Spruchverfahren überprüft werden können. Die Möglichkeit der Beschlussanfechtung wird durch den RegE konsequent weiter eingeschränkt und durch die Erweiterung der Abfindungsregelungen sinnvoll ersetzt. Darüber hinaus ist es zu begrüßen, dass der RegE die Möglichkeit zu Abfindung in Aktien statt in Bar ermöglicht. Dies dient auch dem Interesse der Anteilsinhaber (zu den Gläubigerschutzgesichtspunkten siehe unten). Im Einzelnen gibt es bei der Umsetzung noch gewisse Defizite, von denen einige hier hervorgehoben werden sollen.

Im Bereich des Gläubigerschutzes wirken insbesondere das Konzept der Sicherheitsleistung und der Kapitalschutz. Bei grenzüberschreitenden Umwandlungen stellt das Gericht nach § 316 Abs. 2 Nr. 2 UmwG-E die Verschmelzungsbescheinigung erst aus, wenn die etwa festgesetzten erforderlichen Sicherheitsleistungen nachweislich geleistet wurden. Allerdings ist der Gläubigerschutz bei Spaltungen dadurch eingeschränkt, dass die Haftung der jeweiligen Rechtsträger für ihnen nicht zugewiesene Verbindlichkeiten der Höhe nach beschränkt wird (§ 133 Abs. 3 S. 1 UmwG-E). Für grenzüberschreitende Sachverhalte ist dies durch die Richtlinie vorgegeben; es ist konsequent, dass der Gesetzgeber dies auf nationale Sachverhalte ausdehnt. Auch hier gibt es jedoch im Detail der Regelungen einige Kritikpunkte.

Die Rechte der Arbeitnehmer werden in erster Linie durch Konsultations- und Transparenzregelungen gewahrt. Hins. der unternehmerischen Mitbestimmung wird für alle drei

C:\DATEN\HANDELSRECHTSAUSSCHUSS\2022-11-06_STELLUNGNAHME_UMRUG_HERCHEN_V2.DOCX

Umwandlungsvarianten an dem – bei SE und grenzüberschreitender Verschmelzung bewährten Grundkonzept aus Verhandlungsmodell und Auffanglösung festgehalten; es gab jedoch einige signifikante Neuerungen durch Änderungen im MgVG sowie durch den Entwurf für das das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und bei grenzüberschreitender Spaltung (MgFSG-E). Anders als bisher ist dabei für die Pflicht zur Durchführung eines Verfahrens zur Regelung der Mitbestimmung nicht mehr relevant, ob die Gesellschaft nach anwendbarem Recht bisher schon tatsächlich der Mitbestimmung unterliegt, sondern es reicht aus, dass 4/5 der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl erreicht sind.

Im Folgenden seien einige einzelne Regelungen und Punkte besonders beleuchtet:

I. Verschmelzung

1. Erschwerung der Verfahrens durch überschießende Anforderungen an oder fehlende Verzichtsmöglichkeiten

a) Verzicht auf Verschmelzungsbericht und Verschmelzungsprüfung (Ziff. 14, § 60 S. 2 UmwG-E)

Nach dem RegE für § 60 S. 2 UmwG-E soll § 9 Abs. 2 und § 12 Abs. 3 in Verbindung mit § 8 Abs. 3 S. 1 und 2 mit der Maßgabe gelten, dass für den Verzicht auf Verschmelzungsbericht und Verschmelzungsprüfung der Verzicht aller Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger erforderlich ist. Erfasst sind damit auch an der Verschmelzung beteiligte GmbHs. Laut der Begründung des Gesetzesentwurfs geschieht dies auf Grundlage von Art. 96 Abs. 4 GesRRL, wonach Verschmelzungsprüfung und Prüfungsbericht nur entbehrlich seien, wenn alle Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger auf die Verschmelzungsprüfung verzichteten. Zum einen ist die in dem betreffenden Kapitel betroffene Gesellschaftsform aber allein die Aktiengesellschaft (Art. 87 Abs. 1 i.V.m. Anhang I GesRRL). Zum anderen ist in Art. 96 Abs. 4 GesRRL nicht von "Rechtsträgern", sondern von "Gesellschaften" die Rede, weshalb die Umsetzung in § 60 S. 2 UmwG-E überschießend sein dürfte und geeignet ist, das Verfahren ohne Notwendigkeit zu behindern.

§ 60 S. 2 UmwG-E verweist nicht auf den neuen § 8 Abs. 3 UmwG-E. Hier ist dringend zu einer Klarstellung zu raten, dass auch die dort geregelten Ausnahmen von der Berichtspflicht uneingeschränkt gelten sollen: Es besteht kein Schutzbedürfnis der Aktionäre der Mutter, wenn eine 100-%ige Tochtergesellschaft auf sie verschmolzen wird.

b) Verzicht auf die vorherige Einreichung des Verschmelzungsvertrages zum Handelsregister? (Ziff. 15 und 16, §§ 61 S. 1, 62 Abs. 4 UmwG-E)

In § 61 S. 1 UmwG-E sollte ergänzt werden, dass die Aktionäre darauf verzichten können, dass der Verschmelzungsvertrag vor der Einberufung der Hauptversammlung, die über die Zustimmung beschließen soll, zum Handelsregister eingereicht werden muss.

Nach überwiegender und zutreffender Ansicht ist die Regelung zur Einreichung nicht gläubigerschützend und ein Verstoß gegen Art. 92 Abs. 1 GesRRL nicht zu erkennen. Der Gläubigerschutz ist bereits durch die Veröffentlichung der Verschmelzung und das Recht der Gläubiger auf Sicherheitsleistung ausreichend gewährleistet.

c) Verzicht auf die Auslegung der Unterlagen? (Ziff. 17, § 63 Abs. 1 UmwG-E)

Entsprechend den Anmerkungen zu §§ 61 S. 1, 62 Abs. 4 UmwG-E sollte zur Verfahrenserleichterung gerade für kleinere Unternehmen klargestellt werden, dass die Aktionäre auf die Auslegung der Unterlagen verzichten können.

2. Bare Zuzahlung, Gewähren von Ausgleich in Aktien (Ziff. 20, § 72a UmwG-E)

Nach § 72a Abs. 1 UmwG-E sollen die beteiligten Rechtsträger im Verschmelzungsvertrag erklären können, dass anstelle einer baren Zuzahlung zusätzliche Aktien der übernehmenden Gesellschaft gewährt werden. Diese Ergänzung ist grundsätzlich zu begrüßen. Das Konzept des RegE zur Umsetzung dieser alternativen Ausgleichsleistung führt allerdings zu schwerwiegenden Folgeproblemen und einer erheblichen Einschränkung des Potenzials der neuen Regelung.

a) Zeitpunkt der Festlegung der Art des Ausgleichs

Die Festlegung, ob anstelle einer Barzahlung zusätzliche Aktien gewährt werden, soll nach dem RegE bereits im Verschmelzungsvertrag stattfinden. Weil zu diesem Zeitpunkt die finale Höhe der Ausgleichspflichten allerdings noch nicht absehbar ist, kann es jedoch sachgerecht sein, erst nach Entscheidung über die Höhe der angemessenen Zuzahlung im Sinne des § 15 Abs. 1 S. 4 UmwG-E i.V.m. § 11 SpruchG die Entscheidung darüber zu treffen, ob ein Liquiditätsabfluss oder alternativ die Aufbringung neuer Aktien zur Erfüllung des Ausgleichsanspruchs umsetzbar ist. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird dies mit Überlegungen zur Risikoallokation zwischen Gesellschaft und Aktionären begründet: Für die Gesellschaft sei die Gewährung zusätzlicher Aktien wirtschaftlich vorteilhaft, wenn der Unternehmenswert im Moment der Übertragung der Aktien niedriger sei, als er dies unter Zugrundelegung eines von Beginn an angemessenen Umtauschverhältnisses gewesen wäre. Ein Ausgleich durch bare Zuzahlung sei hingegen für die Gesellschaft wirtschaftlich vorteilhafter als beispielsweise die Übertragung eigener Aktien, wenn der Wert des Unternehmens zwischen dem Bewertungsstichtag, der dem im Verschmelzungsvertrag festgelegten Umtauschverhältnis zugrunde liegt, und dem Zeitpunkt der Entscheidung im Spruchverfahren, gestiegen sein sollte.

Dem kann bereits im Ansatz nicht gefolgt werden: Die Gesellschaft hat keinen wirtschaftlichen Anreiz, die Frage der Ausgabe von Aktien anstelle einer baren Zuzahlung davon abhängig zu machen, wie die Unternehmensbewertung im relevanten Zeitraum ist. Auch für die Aktionäre die Frage wirtschaftlich im Ergebnis nicht relevant, wenn

der Wert der zur Verfügung gestellten Aktien dem Wert der baren Zuzahlung entspricht. Dies führt zu einem anderen Kritikpunkt an den vorgeschlagenen Regelungen:

b) Berechnungsmechanismus und -zeitpunkt für die Anzahl der Aktien

Nach § 10a Abs. 1 SpruchG in der Fassung des RegE soll die Zahl der Aktien, die anstelle der Barzuzahlung gewährt werden, durch eine Korrektur des ursprünglichen Umtauschverhältnisses ermittelt werden. Den Aktionären soll somit die Zahl von Aktien zugeteilt werden, die sie zusätzlich erhalten hätten, wenn von vornherein das Umtauschverhältnis auf Grundlage der damaligen Werte richtig bestimmt worden wäre. Erst durch dieses Korrekturmodell kann eine zwischenzeitlich eingetretene Wertveränderung der Gesellschaft die eine oder andere Art der Erfüllung der Ausgleichspflicht attraktiver werden lassen.

Ein deutlich einfacheres Konzept, das zudem die in a) dargestellten Einschränkungen der Flexibilität unnötig macht, liegt für börsennotierte Aktiengesellschaften darin, erst nachträglich den im Spruchverfahren ermittelten Barausgleichsbetrag einschließlich aufgelaufener Zinsen aufgrund des aktuellen Börsenkurses in Aktien umzurechnen. Eine Benachteiligung von Aktionären ist dabei ausgeschlossen, denn sie erhalten genau den gleichen Vermögenswert, den sie bei einer baren Zuzahlung erhalten würden, und sie können diesen Vermögenswert durch Veräußerung an der Börse jederzeit realisieren. Der Deutsche Anwalt Verein (DAV) hat sich in seinen Gesetzgebungsvorschlägen für dieses Konzept ausgesprochen (DAV-Stellungnahme Nr. 27/07, NZG 2007, 497, Ziff. II.2 e und f, Ziff. III.8; sowie DAV-Stellungnahme Nr. 35/2013, NZG 2013, 694 Rdn. 27 ff.). Das Konzept ist einfach, praktikabel und insgesamt auch für die Aktionäre vorzugswürdig.

c) Leistungsstörungen

In § 72a Abs. 3 UmwG-E sollte konkretisiert werden, wann anstelle der zugesagten Aktien wegen Unmöglichkeit der Aktiengewährung doch ein Ausgleich in bar zu gewähren ist. Der Verweis auf eine Orientierung an § 275 BGB in der Begründung des Gesetzesentwurfs genügt nicht. Für Fälle, in denen neuen Aktien zum Beispiel aus Kapitalschutzgründen nicht gewährt werden dürfen oder die Gesellschaft die Aktien schlicht nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums gewährt, sind keine Regelungen getroffen. Das sollte im Interesse der Aktionäre ergänzt werden.

d) Abschließender Charakter des Ausgleich?

Nach § 72a Abs. 7 S. 1 UmwG-E ist die Geltendmachung weiterer Schäden nicht ausgeschlossen. Diese Regelung führt zu Rechtsunsicherheit für die Unternehmen (und damit mittelbar auch für die Anteilsinhaber selbst). Die in der Entwurfsbegründung beispielhaft aufgeführten verpassten Wertsteigerungen oder entgangene Gewinnanteile aus Bezugsrechten auf Aktien, die nicht bezogen werden konnten, sollten aber gerade in den

Ausgleichsregelungen und der Verzinsung abgedeckt sein, insbesondere, wenn man sich hins. des Zeitpunkts der Festlegung der Anzahl der Aktien auf das System einlässt, wie es in lit. b) vorgeschlagen ist. Die Leistung der Zuzahlung sollte daher abschließend und die einzige Rechtsfolge sein.

3. Durchführung der Schaffung der neuen Aktien, Kapitalaufbringung (Ziff. 20, § 72b UmwG-E)

§ 72b UmwG-E deckt sich im Prinzip mit den früheren Vorschlägen des Deutscher Anwalt Verein (DAV), die neuen Aktien für die Gewährung des Ausgleichs im Wege der Sachkapitalerhöhung zu schaffen. Neben der Sachkapitalerhöhung wäre aber auch die Gewährung von Aktien aus bedingtem Kapital gangbar, wofür eine entsprechende Änderung des § 192 Abs. 2 AktG nötig würde, was aus praktischen Gründen zu empfehlen ist.

Soweit der Gegenstand der Sacheinlage im RegE benannt wird ("Anspruch der anspruchsberechtigten Aktionäre auf Gewährung zusätzlicher Aktien"), bedarf dies sicherlich einer Schärfung. Zur Gewährleistung des Kapitalschutzes ist es im Interesse der Gläubiger zwingend notwendig, bei Ausgabe neuer Aktien werthaltige Einlagen zu leisten. Ebenso wie eigene Aktien der Gesellschaft nicht eingebracht werden können, kann auch der Anspruch auf Gewährung von Aktien keine Einlage darstellen.

Richtig wäre hier, den Anspruch der berechtigten Aktionäre auf Barzuzahlung als Sacheinlagegegenstand zu bestimmen. Auch bei diesem Konzept stellt sich freilich weiterhin die Frage, was im Fall mangelnder Werthaltigkeit des Ausgleichsanspruchs gelten soll. Nach teilweise vertretener Ansicht soll § 15 UmwG den allgemeinen Kapitalschutzschriften bedingungslos vorgehen, die herrschende Meinung dagegen hält am vorrangigen Kapitalschutz fest und begrenzt den Anspruch auf bare Zuzahlung auf das freie Vermögen der Gesellschaft. Ob das auch für den Ausgleich durch zusätzliche Aktien richtig ist, ist zweifelhaft. Gleichwohl empfiehlt es sich, für die Ausgabe der Zusatzaktien im Wege der Sachkapitalerhöhung an dem Erfordernis einer Wertprüfung nach den allgemeinen Regeln für Sachkapitalerhöhungen festzuhalten. Sonst sind die Aktionäre potenziell dem Risiko einer Differenzhaftung und umgekehrt die Gläubiger dem Risiko der unzureichenden Kapitalaufbringung ausgesetzt.

4. Verschmelzungen in den ersten zwei Jahren nach Gründung (Ziff. 22, § 76 UmwG-E)

Die Streichung von § 76 Abs. 1 UmwG ermöglicht nun auch eine Verschmelzung von Aktiengesellschaften in den ersten zwei Jahren nach ihrer Gründung. Das ist zu begrüßen. Allerdings wird mit der Streichung das Schutzkonzept der Kapitalerhaltung in der jungen Aktiengesellschaft, wie es auch in den Nachgründungsvorschriften der §§ 52 f. AktG Ausdruck findet, durchbrochen. Soweit an §§ 52 f. AktG festgehalten wird, sollte auch der Schutz im Umwandlungsrecht nicht vollständig entfallen. Möglich wäre etwa,

zumindest den Verzicht auf die Verschmelzungsprüfung während der ersten zwei Jahre auszuschließen.

II. Spaltung

1. Kein Ausschluss der Anfechtungsmöglichkeiten für die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers (Ziff. 26, § 125 UmwG-E)

Nach dem RegE soll es bei der Ausgliederung dabei bleiben, dass der Ausschluss der Klagemöglichkeit gegen die Beschlüsse nach § 14 Abs. 2 UmwG (unter gleichzeitiger Eröffnung des Spruchverfahrens nach § 15) für die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers nicht gilt. Begründet wird dies damit, dass bei der Ausgliederung die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers nicht Empfänger der zu gewährenden Anteile am aufnehmenden Rechtsträger sind und deshalb auch eine im Spruchverfahren zu verfolgende bare Zuzahlung für sie nicht in Betracht komme. Der ihnen drohenden Vermögenseinbuße, wenn dem übertragenden Rechtsträger keine dem Wert der ausgegliederten Vermögensteile entsprechende Gegenleistung in Gestalt der ihm zu gewährenden Anteile am übernehmenden Rechtsträger zufließt, könnten die Anteilsinhaber des übertragenden, ausgliedernden Rechtsträgers also nur im Wege der Beschlussmängelklage entgegentreten, sofern man eine solche Klage für zulässig hält. Das steht eigentlich in Widerspruch zu dem begrüßenswerten Anliegen des RegE, auf Bewertungsrügen gestützte Klagen gegen Umwandlungsbeschlüsse möglichst umfassend auszuschließen und die betroffenen Anteilsinhaber auf das Spruchverfahren zu verweisen. § 14 Abs. 2 i.V.m. § 15 UmwG sollte deshalb auch bei der Ausgliederung sowohl für die Anteilsinhaber des übertragenden als auch des aufnehmenden Rechtsträgers gelten. Das Argument, die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers seien bei der Ausgliederung nicht Empfänger der zu gewährenden Anteile, überzeugt nicht. Auch die Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers erhalten bei Verschmelzung und Spaltung keine neuen Anteile. Gleichwohl wird ihnen nach dem RegE die Möglichkeit eröffnet, Kompensation durch Geldausgleich im Wege des Spruchverfahrens zu verfolgen.

2. Beschränkung der (Nach)Haftung nach § 133 UmwG (Ziff. 29, § 133 Abs. 3 S. 1 UmwG-E)

Nach § 133 Abs. 3 S. 1 UmwG-E ist zukünftig die Haftung des Rechtsträgers, dem Verbindlichkeiten im Spaltungsplan nicht zugewiesen sind, auf das ihm "zugeteilte Nettoaktivvermögen" beschränkt. Das bedeutet eine signifikante Einschränkung des Gläubigerschutzes, ist allerdings für grenzüberschreitende Spaltungen durch die Richtlinie vorgeschrieben. Das Konzept dann auch auf nationale Spaltungen auszudehnen, ist konsequent.

Der Begriff "zugeteiltes Nettoaktivvermögen" ist unklar. Er entspricht zwar der deutschen Sprachfassung der Richtlinie, jedoch weicht schon die Terminologie in der

Gesetzesbegründung (dort "am Tag des Wirksamwerdens der Spaltung vorhandenes Nettoaktivvermögen") davon wieder ab. In der englischen Fassung der Richtlinie ist von "net asssets allocated to that company" die Rede. Inhaltlich ist der im RegE verwendete Begriff jedenfalls wenig passend, weil es nicht nur um das Vermögen geht, das dem aufnehmenden Rechtsträger zufließt, sondern – beim übertragenden Rechtsträger – natürlich gerade das Vermögen meint, das dem übertragenden Rechtsträger verblieben ist. Das sollte im Gesetzestext klargestellt werden. Es geht nur um die Abgrenzung von sonst vorhandenem Vermögen.

III. Formwechsel

1. Gewährung von Aktien anstatt barer Ausgleichszahlung? (Ziff. 50, § 248a UmwG-E)

Nach § 248a UmwG-E soll auch beim Formwechsel die Möglichkeit bestehen, eine Ausgleichszahlung in Aktien statt durch Barzahlung zu gewähren. Allerdings kann hier eine Verbesserung des Umtauschverhältnisses nur in Ausnahmefällen relevant sein (z.B. wegen des Ausgleichs in Bezug auf Sonderrechte), weil es beim Formwechsel keine Änderung der Beteiligungsverhältnisse gibt. Für diese Sonderfälle scheint die Gewährung von Aktien nicht unbedingt angemessen und der Aufwand dafür dürfte im Regelfall zu hoch sein, so dass die Regelung gestrichen werden sollte.

Es ist unklar, ob das vom europäischen Gesetzgeber gewollt war

IV. Grenzüberschreitende Umwandlungsmaßnahmen

1. Anwendung auf Personengesellschaften? (Ziff. 57, § 306 UmwG-E)

Wie bisher (vgl. § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG) bezieht der Gesetzgeber Personengesellschaften nur insoweit in den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. UmwG-E ein, als es sich bei der übernehmenden oder neuen Gesellschaft um eine Personenhandelsgesellschaft mit in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmern handelt (§ 306 Abs. Nr. 2 UmwG-E). Dahinter steht die Befürchtung einer Umgehung der Mitbestimmung durch Verschmelzung auf eine Personenhandelsgesellschaft als Zielgesellschaft. Dies sollte jedoch nicht durch eine Beschränkung der Gesellschaftsformen erreicht werden, die sich an grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgängen beteiligen können. Vielmehr wäre es an der Zeit, auch für andere Personengesellschaften einen verbindlichen Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Umwandlungsmaßnahmen vorzugeben.

Der Vorwurf der ungenügenden Berücksichtigung von Personengesellschaften trifft allerdings nicht in erster Linie den deutschen Gesetzgeber, sondern bereits den europäischen Richtliniengeber. Solange die Richtlinie das Thema ausblendet und die Vorschriften der Staaten untereinander nicht synchronisiert sind, würde auch eine überschießende Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber nur bedingt weiterhelfen. Daher wäre

zumindest perspektivisch ein eine entsprechende Initiative auf europäischer Ebene wünschenswert.

2. Missbrauchskontrolle (Ziff. 57 , § 316 UmwG-E)

Die in Abs. 3 vorgesehene "Missbrauchskontrolle" gehört zu den problematischeren Neuerungen, weil sie zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen kann, wenn sie zu weit interpretiert wird. Allerdings ist der deutsche Gesetzgeber gemäß Art. 127 Abs. 8 GesRRL zur Umsetzung verpflichtet. Die Begriffstrias "missbräuchlich" - "betrügerisch" – "kriminell" bietet eine gewisse Gewähr dafür, dass die Gerichte die Norm eng auslegen werden. In der Begründung des Gesetzesentwurfs heißt es ausdrücklich, missbräuchliche Zwecke seien die "Ausnahme vom Regelfall" und allein die Absicht, in den Genuss günstiger rechtlicher Regeln zu kommen, begründe für sich genommen noch keinen Missbrauch. Außerdem nimmt die Entwurfsbegründung Bezug auf den durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geprägten unionsrechtlichen Missbrauchsbegriff, was ebenfalls für ein restriktives Verständnis spricht.

Völlig gebannt ist die Gefahr einer protektionistischen, mit der Niederlassungsfreiheit kollidierenden Lesart damit nicht. Vor allem aber bedeutet diese Unklarheit eine erhebliche Unsicherheit für die Unternehmen, im letzten Moment mit ihrem Anliegen zu scheitern. Die Begründung des Regierungsentwurfs selbst weckt Zweifel, indem sie als konkretes Beispiel für eine missbräuchliche Gestaltung den Fall anführt, dass zwar ein besonderes Verhandlungsgremium gebildet wird, die Unternehmensleitung aber erkennbar keine Verhandlung über eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer führen will, obwohl die Arbeitnehmerzahl eines der beteiligten Unternehmen vier Fünftel eines Schwellenwertes der deutschen Mitbestimmungsgesetze erreicht hat. Der Missbrauchstatbestand darf nicht dazu dienen, die 4/5tel-Regelung – abhängig von der Haltung des zuständigen Registergerichts –im Einzelfall zu verschärfen und das nach wie vor mögliche und zulässige "Einfrieren" der Mitbestimmung zu unterlaufen.

3. Grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme? § 332 UmwG-E

Über die Regelungen der Richtlinie hinaus, soll nach § 332 UmwG-E unter gewissen Voraussetzungen auch die grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme ermöglicht werden. Das ist zu begrüßen, denn dafür besteht ein erhebliches praktisches Bedürfnis. Allerdings wird mangels Harmonisierung durch die GesRRL in Kauf zu nehmen sein, dass trotz der Regelungen im deutschen Umwandlungsrecht eine grenzüberschreitende rechtssichere Spaltung zur Aufnahme nur möglich ist, wenn eine entsprechende - überschießende - Regelung auch im jeweils anderen EU-Mitgliedsstaat getroffen ist. Darauf sollte hingewirkt werden.

Die Beschränkung der grenzüberschreitenden Spaltung zur Aufnahme auf inländische Gesellschaften mit weniger als 400 Arbeitnehmern (§ 332 Nr. 1 UmwG-E) sollte

entfallen. Es ist zwar richtig, dass die grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme nicht den effektiven Schutz der unternehmerischen Mitbestimmung bei den beteiligten Gesellschaften beeinträchtigen sollte und insoweit mangels Harmonisierung durch die GesRRL im deutschen Recht Vorsorge getroffen werden muss. § 3 DrittelbG knüpft aber die unternehmerische Mitbestimmung nicht an die Gesamtzahl der Arbeitnehmer, sondern nur an die Anzahl der in inländischen Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer an, so dass § 332 UmwG-E zumindest klarstellend regeln sollte, dass es nur auf die Anzahl der in inländischen Betrieben der Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer ankommt.

Für eine solche Erweiterung der Möglichkeiten zur grenzüberschreitenden Spaltung zur Aufnahme besteht aus Sicht des DAV auch und gerade bei größeren Gesellschaften das in der Entwurfsbegründung richtig beschriebene praktische Bedürfnis. Gerade bei diesen Gesellschaften wird die vorgesehene Spaltung häufig nur Betriebsteile im Ausland betreffen, und sie kann ermöglicht werden, ohne dass dies Einfluss auf die unternehmerische Mitbestimmung im Inland hätte.

V. Schutz der Rechte der Arbeitnehmer

Wegen der befürchteten Anreize für eine „Flucht aus der Mitbestimmung“ wurde das aus dem SEBG und auch bisher schon für die grenzüberschreitende Verschmelzung geltende Prinzip der Verhandlungslösung für das Mitbestimmungsregime weitgehend übernommen. Es gibt drei Verhandlungstatbestände; wenn einer von ihnen eingreift, greift das im Übrigen geltende Sitzstaatprinzip nicht, sondern es muss über die Mitbestimmung verhandelt werden. Die Verhandlungspflicht greift künftig bereits dann, wenn die formwechselnde bzw. sich spaltende Gesellschaft bzw. eine der verschmelzenden Gesellschaften in den sechs Monaten vor Offenlegung des Plans eine durchschnittliche Zahl von Arbeitnehmern beschäftigte, die mindestens 4/5 des im nationalen Recht des betreffenden Mitgliedstaats vorgesehenen Schwellenwerts für die Mitbestimmung entspricht (Art. 86l II Var. 1, 133 II Var. 1, 160l II Var. 1 GesRRL/§ 5 Nr. 1 MgVG-E, § 5 Nr. 1 MgFSG-E). Das führt allerdings dazu, dass nicht mitbestimmte Gesellschaften erst gezwungen werden, langwierige und teure Verhandlungen zu führen; sofern dann mangels Einigung die Auffanglösung greift, führt diese jedoch zur Mitbestimmungsfreiheit (vgl. 86l III lit. g, 160l III lit. g jeweils i.V.m. Anhang Teil 3 lit. a SE-RL bzw. Art. 133 III lit. h i.V.m. Anhang Teil 3 lit. b SE-RL/§ 23 I MgVG-E, §§ 25 Nr. 2, 26 I MgFSG-E). Das ist jedoch als Konsequenz aus den Regelungen der Richtlinie wohl hinzunehmen.

Problematisch und wenig nachvollziehbar erscheint, dass die Schutzmechanismen für die grenzüberschreitende Verschmelzung in einigen Punkten von denen für Spaltungen und Formwechsel abweichen. So kann etwa bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung das BVG beschließen, dass ohne weitere Verhandlungen gleich die Auffanglösung angewendet wird (Art. 133 IV lit. a GesRRL/§ 23 I 1 Nr. 3 MgVG). Für Spaltungen und Formwechsel gilt dies nicht.

Bei grenzüberschreitenden Formwechseln und Spaltungen gilt dagegen als weitere Besonderheit, dass sichergestellt werden muss, dass die Mitbestimmungsregelung, die vorher galt, bis zum Geltungsbeginn einer vereinbarten Regelung oder der Auffanglösung weitergilt („Überbrückungspflicht“, Art. 86l IV lit. c, 160l IV lit. c GesRRL/§ 31 MgFSG-E).

1 gez. Hilke Herchen

Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) (BT-Drucks. 20/3822) für den Deutschen Bundestag

– Sitzung des Rechtsausschusses am 7. November 2022 –

von
Heribert Hirte, Dr. iur. (Köln), LL.M. (Berkeley),
Universitätsprofessor,
Geschäftsführender Direktor des Seminars für Handels-,
Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg

Inhalt

I. Einleitung 1

II. Erweiterung des Anwendungsbereichs des Spruchverfahrensgesetzes 3
1. Erstreckung des Anfechtungsausschlusses auf übernehmenden Rechtsträger 3
2. Börsenkurs kein allein maßgebliches Kriterium für die Bewertung börsennotierter Gesellschaften 4
3. Delisting 6

III. Mehrheitsvergleich (§ 11a SpruchG n.F.) 6
1. Gesetzesvorschlag 6
2. Praxis der Berücksichtigung des Mehrheitsvergleichs 7
3. Zwingende Berücksichtigung des Mehrheitsvergleichs als Alternative 8

IV. Weitere verfahrensrechtliche Vorschläge 9
1. Einführung des Anwaltszwangs im Spruchverfahren (§ 5a SpruchG-RegE) 9
2. Konzentration der Zuständig¬keit für Spruchverfahren, ... 10
3. Zwingende mündliche Verhandlung in der Beschwerde 10

V. Zusammenfassung 11

I. Einleitung

1. Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll – vor allen Dingen – die Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 [GesRRL] in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. EU Nr. L 321 v. 12.12.2019, S. 1 in deutsches Recht umgesetzt werden. Sie schafft vor allem einheitliche Vorgaben für grenzüberschreitende **Spaltungen zur Neugründung** und für Umwandlungen (in der deutschen Terminologie **„grenzüberschreitende Formwechsel“**). Zugleich ergänzt und modifiziert sie die ursprünglich durch die **Zehnte Richtlinie zur grenzüberschreitenden Fusion** (heute Art. 118 ff. GesRRL)[1] geschaffenen Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, die der deutsche Gesetzgeber mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19. April 2007 (BGBl. I, 542 ff.)[2] durch Einfügung eines neuen Zehnten Abschnitts in das das Verschmelzungsrecht regelnde Zweite Buch des Umwandlungsgesetzes umgesetzt hatte (§§ 122a ff. UmwG).

Der **Europäische Gerichtshof** hatte 2017 – zu Recht – in der Sache „Polbud“ entschieden, dass die Niederlassungsfreiheit der Artt. 49 und 54 AEUV auch das Recht einer Gesellschaft umfasst, **ohne Verlegung ihres Verwaltungssitzes** (allein) **ihren satzungsmäßigen Sitz in einen anderen Mitgliedstaat im Wege der Umwandlung zu verlegen**; dabei dürfe der Wegzugsstaat einen solchen Schritt nicht von der Auflösung der wegziehenden Gesellschaft abhängig machen.[3] Vor allem dieses Urteil erzwang eine Erweiterung der Regelungen zur grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften über die bloß grenzüberschreitende Verschmelzung hinaus. Sie will die Bundesregierung auf der Grundlage der hier umzusetzenden Richtlinie vor allem in der Weise vollziehen, dass der schon erwähnte aktuelle Zehnte Abschnitts des das Verschmelzungsrecht regelnden Zweiten Buchs des Umwandlungsgesetzes aufgehoben (Art. 1 Nr. 25 RegE) und verallgemeinert wird. An dessen Stelle tritt nun ein neues „Sechstes Buch. Grenzüberschreitende Umwandlung“ (§§ 305 ff. UmwG).

---

[1] Richtlinie Nr. 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (ABl. EU Nr. L 310, S. 1 ff.).

[2] RegE v. 9.8.2006, BR-Drucks. 548/06 = BT-Drucks. 16/2919; dazu *Bayer/J. Schmidt*, NJW 2006, 401; *dies.,* NZG 2006, 841; *Forsthoff*, DStR 2006, 613; *Grunewald*, Konzern 2007, 106; *Müller*, NZG 2006, 286; *ders*., Konzern 2007, 81; *ders*., ZIP 2007, 1081; *Neye*, BB 2007, 389; *Simon/Rubner*, Konzern 2006, 835; *Veil*, Konzern 2007, 98.

[3] EuGH (Urt. v. 25.10.2017 – Rs. C–106/16), ECLI:EU:C:2017:804 (Polbud Wykonawstwo) = ZIP 2017, 2145; dazu *Bayer/Schmidt*, ZIP 2017, 2225; *Bärwaldt/Hoefling*, DB 2017, 3051; *Feldhaus*, BB 2017, 2819; *Kovács*, ZIP 2018, 253; *Mörsdorf*, ZIP 2017, 2381; *Oechsler*, ZIP 2018, 1269; *Paefgen*, „Polbud“, WM 2018, 981 (Teil I), WM 2018, 1029 (Teil II); *Schockenhoff*, Konzern 2018, 106; *Schollmeyer*, ZGR 2018, 186.

2. Die von verschiedener Seite erhobenen Forderungen, das (europäische und in der Folge nationale) Umwandlungsrecht für (EU-)grenzüberschreitende Umwandlungen auch auf **Personengesellschaften** zu erstrecken, hatte den Deutschen Bundestag auch schon im Zusammenhang mit dem besonderen Brexit-Austritts-Umwandlungsrecht beschäftigt. Danach sind nach § 122b Abs. 1 UmwG heute – zurückgehend auf das Vierte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – als übernehmende oder neue Gesellschaften auch Personenhandelsgesellschaften mit in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmern vom Regelwerk über grenzüberschreitende Verschmelzungen erfasst, so dass auch für diese eine grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Umwandlungsgesetz möglich ist.

Den Vorschlägen ist aber mit einer gewissen Ambivalenz zu begegnen: Denn bei aller Wünschbarkeit solcher Regelungen aus der Sicht der Gestaltungspraxis setzen sie doch (zunächst) die Entwicklung allgemeiner europäischer Grundsätze im Personengesellschaftsrecht voraus, die vermutlich nicht allseits auf Zustimmung stoßen dürften.

3. Der **Deutsche Bundestag** hatte den Prozess der Richtliniensetzung im Gespräch mit der Bundesregierung in den vergangenen Legislaturperioden aktiv beobachtet und begleitet. Das sollte erst recht für den hier zu beurteilenden finalen Akt der Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht gelten.[4]

4. Jenseits der Richtlinienumsetzung – und damit der Verwirklichung der europäischen Grundfreiheiten – will das Gesetz die Gelegenheit nutzen, das Spruchverfahren nach dem **Spruchverfahrensgesetz zu beschleunigen**, „ohne die Rechte der Verfahrensbeteiligten zu beschneiden“ (RegE UmRUG, S. 2).

Diese „autonomen“ deutschen Regelungen sollen in der Folge im Mittelpunkt stehen. Denn das **Spruchverfahren** ist nach dem richtigerweise bestehenden Anfechtungsausschluss für die Minderheitsaktionäre der **zentrale Rechtsbehelf**. Es gewährt den verfassungsmäßig gebotenen Rechtschutz beim Zugang zum inneren Wert der Aktie.

---

[4] Insoweit offenbar abw. *Heckschen/Knaier*, Update UmRUG. Welche Neuerungen bringt der Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie?, GmbHR 2022, R260: „Nachdem der UmRUG-RefE jedoch insgesamt schon sehr gut gelungen war, bleibt zu hoffen, dass es im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht zu „Schnellschüssen“ z.B. im Rechtsausschuss kommt, durch die das ausgewogene Gesamtkonzept ohne ausreichende wissenschaftliche Grundlage ge- oder zerstört wird.“

II. Erweiterung des Anwendungsbereichs des Spruchverfahrensgesetzes

1. Erstreckung des Anfechtungsausschlusses auf übernehmenden Rechtsträger

Eine erste – damit verbundene – Entscheidung ist allerdings der Vorschlag, den **Anfechtungsausschluss des § 14 Abs. 2 UmwG geltender Fassung für den Fall nicht angemessener Gegenleistung auf den übernehmenden Rechtsträger zu erstrecken** und – damit zusammenhängend – in einem neu gefassten § 15 Abs. 1 Satz 1 UmwG (auch) insoweit zum Ausgleich eine bare Zuzahlung vorzusehen, deren Überprüfung nach § 1 Nr. 4 SpruchG n.F. dann ebenfalls im Spruchverfahren zu erfolgen hat. Die bislang „einseitige" Regelung stieß schon lange auf Kritik,[5] auch weil man durch geschickte Gestaltung eine Transaktion auch bislang schon so gestalten konnte, dass der Anfechtungsausschluss immer zur Anwendung kam. Es ist daher richtig, diesen Schritt über die Vorgaben der Richtlinie hinaus auch im nationalen Umwandlungsrecht vorzunehmen (dazu Begr RegE UmRUG, S. 70).

Die durchaus erheblichen „technischen" Schwierigkeiten, dass beim übernehmenden Rechtsträger nicht genügend Mittel zur Erfüllung einer nachträglich erhöhten baren Zuzahlung zur Verfügung stehen könnten, werden jetzt – überzeugend – dadurch gelöst, dass insoweit nach §§ 72a, 72b UmwG-RegE auch Aktien zur Verfügung gestellt werden können. Gegenstand der hierfür jetzt in § 72b UmwG-RegE vorgeschlagenen besonderen Kapitalerhöhung soll der „Anspruch der anspruchsberechtigten Aktionäre auf Gewährung zusätzlicher Aktien" sein (§ 72b Abs. 1 Satz 2 UmwG-RegE); freilich wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass insoweit hinsichtlich des **Gegenstands und Umfangs der Sacheinlage noch gesetzlicher Klärungsbedarf** besteht.[6] Jedenfalls aber wird sich auch dadurch der Anwendungsbereich des Spruchverfahrensgesetzes, das einen im Grundsatz gelungenen Regelungsrahmen zur Lösung der naturgemäß immer streitigen Fragen der Unternehmensbewertung bietet, weiter ausweiten. Dabei sollte aber auch die Frage nach der Behandlung eines **Wegfalls der Börsennotierung der neuen Aktien (Delisting)** angesprochen werden. Hier zeigt eine im Auftrag des Bundesministeriums für Finanzen im September 2022 durchgeführte Studie[7] zudem, dass bereits die Ankündigung eines Delistings zu Kursverlusten führt.

---

[5] So auch *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht (9. Aufl., im Erscheinen), Rdn. 6.144 m.w.N.

[6] Dazu ausführlich und zutreffend *Drinhausen/Keinath*, Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie, BB 2022, 1923, 1927.

[7] Die Studie kann bezogen werden über https://www.grantthornton.de/presse/delisting-gutachten-fuer-bmf-2022/

2. Börsenkurs kein allein maßgebliches Kriterium für die Bewertung börsennotierter Gesellschaften

Richtig ist vor allen Dingen in diesem Zusammenhang auch, dass die Bundesregierung – entgegen teilweise vorgetragenen Forderungen[8] – davon Abstand genommen hat, den **Börsenkurs als allein maßgebliches Kriterium für die Bewertung börsennotierter Gesellschaften** zugrunde zu legen.

Insoweit ist daran zu erinnern, dass der Gesetzgeber vor nicht allzu langer Zeit ganz bewusst im Zusammenhang mit der Neuregelung des **„Delisting"** diese Problematik adressiert hatte. Denn die insoweit geltenden Regelungen waren verbreitet *nicht für ausreichend gehalten* worden:[9] Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Aktienrechtsnovelle 2016 war deshalb – nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer entsprechenden Prüfbitte des Bundesrates[10] – gefordert worden, (wieder) zivilrechtliche Regelungen zu schaffen, mit denen die wirtschaftlichen Interessen von Minderheitsaktionären von Aktiengesellschaften, deren Aktien zum Handel an einer Börse zugelassen sind, im Falle eines Rückzuges der Gesellschaft von der Börse besser geschützt werden. Damit sollte die Aufgabe des zivilrechtlichen Aktionärsschutzes beim **Delisting**, wie sie der Bundesgerichtshof in seinem „Frosta"-Beschluss im Anschluss an die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts[11] vorgenommen hatte,[12] wieder revidiert werden. Das erfolgte durch Art. 2 des „Gesetzes zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie"[13] durch eine Neufassung von § 39 Abs. 2 BörsG. Danach ist jetzt im Falle eines Delisting (wieder) eine Abfindung vorzusehen, die sich „im Grundsatz" an den früheren Börsenkursen des nicht mehr notierten Titels bemessen muss („kapitalmarktrechtliche Lösung"). Allerdings – und das ist hier entscheidend – ist § 31 WpÜG anzuwenden, so dass etwa außerbörsliche Parallelerwerbe für die

---

[8] Siehe etwa *Reers/Kraut*, Der grenzüberschreitende Formwechsel nach Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie – Eine Erleichterung auch für deutsche börsennotierte Gesellschaften? –, Der Konzern 2022, 357, 364 f.

[9] S. in diesem Zusammenhang auch den Vorschlag des Verfassers, das Problem durch eine Änderung des Spruchverfahrensgesetzes anzugehen; dazu *Hirte*, SpruchZ Nr. 8/2015, S. 163–168, abrufbar unter http://de.slideshare.net/SpruchZ/spruchverfahren-aktuell-spruchz-nr-82015 (Abrufdatum: 2.8.2022).

[10] Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 22/15 (Beschluss), S. 7 f.

[11] BVerfG, Erster Senat (Urt. v. 11.7.2012 – 1 BvR 3142/07 und 1 BvR 1569/08), ZIP 2012, 1402 = NJW 2012, 3081 = NZG 2012, 826 = EWiR Art. 14 GG 1/12, 483 *(Schatz)*.

[12] BGH ZIP 2013, 2254 = NZG 2013, 1342 (Frosta); dazu *Hirte*, NJW 2014, 1219, 1221; *Roßkopf*, ZGR 2014, S. 487-508.

[13] Vom 20.11.2015, BGBl. I, 2029; zur Neuregelung im Übrigen *Bayer*, NZG 2015, 1169 ff.; *Bungert/Leyendecker-Langner*, ZIP 2016, 49; *Groß*, NZG 2015, 812; *Hasselbach/Pröhl*, NZG 2015, 209; *Kocher/Seiz*, DB 2016, 153; *Mense/Klie*, DStR 2015, 2782.

Bemessung der Gegenleistung zu berücksichtigen sind; vor allem aber ist anstelle der kapitalmarktrechtlichen Lösung eine **„klassische Unternehmensbewertung" vorzunehmen, wenn der Börsenkurs** in Folge unterlassener oder fehlerhafter *Ad-hoc*-Meldungen nach Art. 17 MAR (früher § 15 WpHG) oder einer Marktmanipulation nach Art. 15 MAR (früher § 20a WpHG) **nicht den wahren Unternehmenswert widerspiegelt** (§ 39 Abs. 3 BörsG n. F.).[14]

Entscheidend ist für die hier zu führende Diskussion, dass der Börsenwert trotz aller theoretischen Richtigkeit eines Rückgriffs auf Marktpreise so vielen Unwägbarkeiten und letztlich Manipulationsmöglichkeiten (bis hin zur Wahl des Zeitpunkts für die zur Kompensation oder Abfindung berechtigende Strukturmaßnahme) ausgesetzt ist, dass er die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den hier letztlich zu verwirklichenden **Schutz des Eigentums der ausscheidenden Aktionäre** nicht ausreichend verwirklicht. Aus diesem Grunde setzt auch die Durchführung einer Unternehmensbewertung im Falle des Delisting gerade nicht voraus, dass der Verstoß gegen Art. 17 MAR oder Art. 15 MAR (früher §§ 15 oder 20a WpHG) durch die zuständigen Behörden „rechts- oder bestandskräftig festgestellt wurde" – wie es in der Begründung der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses heißt;[15] denn diese durchaus erörterte Überlegung ist nicht Gesetz geworden.[16]

Bei den verfassungsrechtlichen Vorgaben sind dabei vor allem die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in seiner schon angesprochenen „Delisting-Entscheidung"[17] in Erinnerung zu rufen: Danach steht die – eine Orientierung am Börsenkurs akzeptierende – Entscheidung des BVerfG unter dem Vorbehalt, dass es keine empirischen Erkenntnisse über einen „**regelmäßigen Kursverfall**" nach der Ankündigung eines Delistings gibt. Wörtlich heißt es unter der Randnummer 68:

> *„cc) Es kann dahingestellt bleiben, ob der verfassungsrechtlich zu gewährleistende Schutz des Aktieneigentums in seinem vermögensrechtlichen Element eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte, wenn <u>mit dem Widerruf regelmäßig ein Kursverfall einträte</u>, der nach seinem Ausmaß die <u>wirtschaftliche Substanz des Aktieneigentums träfe</u>. Denn ein solcher Effekt lässt sich jedenfalls für die hier in Rede stehenden Zeiträume ab 2004 und die heutigen Verhältnisse nicht mehr tragfähig belegen. Ein <u>regelhaft zu verzeichnender Kursverfall nach Ankündigung der Widerrufsabsicht</u> lässt sich nach keiner der Stellungnahmen <u>sachkundiger Dritter</u> hinreichend abstützen."*

[14] Siehe ausführlich *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht (9. Aufl., im Erscheinen), Rdn. 6.6a m.w.N.
[15] Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 18/6220, S. 85.
[16] Dazu schon *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht (9. Aufl., im Erscheinen), Rdn. 6.6a m.w.N.
[17] Oben Fn. 11.

Die bereits zuvor genannte aktuelle Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums für Finanzen zeigt jedoch genau diese regelhaften Kursverluste. Für die nach § 193 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 zum Verkauf verpflichteten Fondsgesellschaften bedeutet das eine faktische Enteignung ohne eine justiziable Abfindung zum inneren Wert.

3. Delisting

Die angesprochene und im Auftrag des Bundesministeriums für Finanzen erstellte Studie[18] zeigt den Handlungsbedarf, der sich aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Delisting ergibt. Dieses Gesetzgebungsverfahren bietet sich dazu an, das Delisting in den Anwendungsbereich des § 1 SpruchG aufzunehmen.[19] Angesichts der beobachteten Auswirkungen auf das Aktieneigentum sind die weiteren Voraussetzungen wie bei den anderen kompensationspflichtigen Strukturmaßnahmen im Aktiengesetz zu regeln. Schließlich lassen sich auch die anderen Strukturmaßnahmen nicht auf eine rechtstechnische Handhabung im Register- und technischen Kapitalmarktrecht reduzieren.

III. Mehrheitsvergleich (§ 11a SpruchG n.F.)

1. Gesetzesvorschlag

Der nun vorliegende Entwurf sieht als zentrales Element zur Verbesserung des Spruchverfahrens folgenden § 11a SpruchG n.F. vor (Art. 3 Nr. 13 RegE UmRUG):

> „§ 11a
>
> Ermittlung der Kompensation durch das Gericht
>
> Einigen sich der Antragsgegner, die gemeinsamen Vertreter und eine Mehrheit von Antragstellern, die mindestens 90 Prozent des von sämtlichen Antragstellern gehaltenen Grund- oder Stammkapitals umfasst, auf eine bestimmte Kompensation, so kann das Gericht deren Höhe im Rahmen seiner Schätzung berücksichtigen.“

[18] Oben Fn. 7.
[19] So bereits *Hirte* (oben Fn. 9).

Zur Begründung führt die Bundesregierung aus (RegE UmRUG, Seite 130):

> „Zu Nummer 13 (§ 11a)
> § 11a SpruchG-E ist neu. Die Vorschrift dient der Prozessökonomie. Sie stellt klar, dass das Gericht im Rahmen einer Schätzung der angemessenen Kompensation als Indiz auch den Umstand berücksichtigen darf, dass der Antragsgegner, der gemeinsame Vertreter sowie eine weit überwiegende Mehrheit der Antragsteller eine Kompensation in einer bestimmten Höhe akzeptieren. Die Vorschrift soll das Gericht in die Lage versetzen, das Verfahren mit vertretbarem Aufwand abzuschließen, wenn ein das Verfahren beendender Vergleich an der Zustimmung einzelner Antragsteller scheitert. Der in Rechtsprechung und Literatur geführte Streit um die Frage, ob eine sogenannte „mehrheitskonsensuale Schätzung" nach geltendem Recht zulässig ist, soll durch eine ausdrückliche Regelung entschieden werden. Im Übrigen bleiben die für jede gerichtliche Schätzung geltenden Grundsätze unberührt."

Hierin liegt ein begrüßenswerter, richtiger Ansatz: Denn wenn es eine vergleichsweise Einigung über eine „richtige" Kompensation, einen „richtigen" Abfindungswert, zwischen der weit überwiegenden Zahl der Beteiligten gibt, spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass diese Einigung den Unternehmenswert richtig erfasst.[20] Die Gründe ähneln denen, die auch im Rahmen der Abstimmung eines **Insolvenzplans nach §§ 217 ff. InsO** eine Rolle spielen, bei denen bekanntlich ebenfalls die naturgemäß unterschiedlichen Bewertungsvorstellungen der Parteien zusammenzuführen sind.

2. Praxis der Berücksichtigung des Mehrheitsvergleichs

Die vorgeschlagene Regelung ließe sich allerdings – teilweise zurückgehend auf Überlegungen, die VorsRiLG Dr. Krenek vom Landgericht München I angestellt hat – noch weiter verbessern, indem man eine **Verfahrensbeendigung im Wege eines Mehrheitsvergleichs mit modifiziertem Verfahrensfortgang annimmt**.

Das „Münchener Verfahren" Verfahren lässt sich in Stichworten wie folgt zusammenfassen:

Ausgangspunkt der Überlegungen ist dabei die Erfahrung, dass sich viele Spruchverfahren

[20] Dazu auch *Schollmeyer*, Mehr als Umsetzung Der Regierungsentwurf für das UmRUG liegt vor, NZG 2022, 937 (wo er es in seiner Zusammenfassung als einen der wesentlichen Punkte der Reform des Spruchverfahrensgesetzes nennt).

schon in einem frühen Stadium vergleichen lassen:

Das geschieht in vielen Fällen, vor allem bei kleinen und mittleren Gesellschaften, in einer ersten mündlichen Verhandlung (durch z.B. Fragen des Gerichts an den sachverständigen Prüfer) oder nach Erledigung des ersten Beweisbeschlusses Bei großen Gesellschaften ist die Lage zwar etwas schwieriger, weil es in der Regel um große Beträge geht, denen ohne weiteres kein Hauptaktionär zustimmen kann oder will. Jedenfalls kommt es in allen Verfahren recht rasch zu Vergleichen, denen sich einzelne Antragsteller aus welchen Gründen auch immer allerdings verschließen.

Hier kann dann ein Teilvergleich mit einigen Antragstellern geschlossen werden, in dem die Kompensation z.B. von 10 Euro auf 13 Euro heraufgesetzt wird. Die anderen Antragsteller führen das Spruchverfahren fort.

Das LG München I nimmt nun an, dass sich der Verfahrensgegenstand mit dem Vergleichsschluss geändert hat: Denn es geht jetzt nicht mehr um die Angemessenheit der von der Hauptversammlung beschlossenen Abfindung, sondern um die im Teilvergleich vereinbarte und vom Gericht nach § 11 Abs. 4 SpruchG „beschlossene“ Abfindung.

Daher müssen die verbleibenden Antragsteller nunmehr darlegen, warum die Abfindung in der Höhe von – im Beispiel - 13 Euro nicht angemessen sein soll. Angesichts der Präklusionsregelungen aus §§ 7 ff. SpruchG und der Begründungspflicht aus § 4 SpruchG muss sich dies zudem aus der Antragsschrift ergeben. Angesichts dieser zusätzlichen Begründungsanforderungen schließen sich – nach entsprechendem richterlichen Hinweis – nach den berichteten Erfahrungen alle verbleibenden Antragsteller dem Teilvergleich an, so dass aus dem Teilvergleich ein Vollvergleich wird mit allen Antragstellern wird.

3. Zwingende Berücksichtigung des Mehrheitsvergleichs als Alternative

Die vorgeschlagene Regelung ließe sich vor diesem Hintergrund noch verbessern, indem man sich nicht darauf beschränkt nur festzulegen, dass das Gericht den im Rahmen eines von einer großen Mehrheit geschlossenen Vergleichs im Rahmen seiner Schätzung berücksichtigen „kann“, sondern berücksichtigen „muss“.

In diese Richtung hatte sich auch schon der Bundesgerichtshof in der „**Stinnes-Entscheidung**“ geäußert. Dort heißt es:

> „Die im Anfechtungsverfahren vergleichsweise zugesprochene Abfindung ist der Ausgangspunkt der Angemessenheitsprüfung. Erhöht der Hauptaktionär im Rahmen eines Vergleichs zur Beendigung eines Anfechtungsverfahrens das Angebot auf Abfindung mit Wirkung für alle betroffenen Aktionäre, so ist dieses in einem nachfolgenden Spruchverfahren Gegenstand der Angemessenheitsprüfung (BGH, Beschluss vom 19. Juli 2010 - II ZB 18/09, BGHZ 186, 229 Rn. 32). Dieser Betrag ist ausdrücklich als Abfindung festzusetzen, weil der Festsetzung im Spruchverfahren über das vertragliche Versprechen der Antragsgegnerin für alle Dritten hinaus die Wirkung für und gegen alle nach § 13 Abs. 2 SpruchG zukommt.“[21]

Hinsichtlich des dann erforderlichen Vortrags der den Vergleich nicht mittragenden Antragsteller könnte die Regelung zum Obstruktionsverbot des § 245 InsO bei der Abstimmung über einen Insolvenzplan als Vorbild genommen werden, da es dort – wie ausgeführt – letztlich ebenfalls um Fragen der Unternehmensbewertung geht.

IV. Weitere verfahrensrechtliche Vorschläge

1. Einführung des Anwaltszwangs im Spruchverfahren (§ 5a SpruchG-RegE)

Wenig überzeugend ist der Vorschlag, einen Anwaltszwang im Rahmen des Spruchverfahrens einzuführen (§ 5a SpruchG-RegE).[22]

Er ist – zunächst dogmatisch – ein **Fremdkörper im Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit**, auch wenn das Spruchverfahren dem streitigen Verfahren in manchen Punkten angenähert ist, etwa durch den Verweis auf 138 Abs. 3 ZPO.

---

[21] BGH, Beschl. v. 29.9.2015 – II ZB 23/14 Tz. 51, BGHZ 207, 114 = NJW 2016, 1393 = NJW-RR 2016, 231 = ZIP 2014, 2388.

[22] Dazu auch *Schollmeyer*, Mehr als Umsetzung Der Regierungsentwurf für das UmRUG liegt vor, NZG 2022, 937 (wo er es in seiner Zusammenfassung als einen der wesentlichen Punkte der Reform des Spruchverfahrens-gesetzes nennt).

Vor allem ist von seiner Einführung eine echte **Entlastung der Gerichte nicht zu erwarten**. Die dafür angeführte Komplexität der Verfahren (Begr RegE UmRUG, S. 128) bezieht sich vor allen Dingen auf Fragen der **Unternehmensbewertung**, die – insoweit zutreffend in der Begründung („Rechts- und Bewertungsfragen") – eben auch Rechtsfragen sind. Derartige Kenntnisse werden aber (bedauerlicherweise) weder in der Juristenausbildung noch in der späteren anwaltlichen Fortbildung in ausreichendem Maße vermittelt. Ein „Mehr" an Qualität gegenüber den sicher nicht immer ohne Eigeninteressen handelnden Antragstellern ist deshalb nicht zu erwarten, wohl aber höhere Verfahrenskosten. Der vorgeschlagenen Regelung ist insoweit allerdings zugute zu halten, dass sie den Streit um Gebühren beim Vergleichsschluss zwischen anwaltlich nicht vertretenen und anderen Antragstellern reduziert, an dem viele Vergleiche scheitern sollen.

Auch der in der Begründung (Begr RegE UmRUG, S. 128) weiter angeführte Gesichtspunkt einer **Zustellungsvereinfachung** (gemeint: bei ausländischen Antragstellern) trägt nach Informationen aus der Praxis nicht wirklich. Denn vergleichbare Zustellungsprobleme träten durchaus auch bei Rechtsanwälten auf.

2. Konzentration der Zuständigkeit für Spruchverfahren,

Wichtiger erscheint vor diesem Hintergrund eine stärkere Konzentration der Zuständigkeit für Spruchverfahren, insbesondere auch über Ländergrenzen hinweg. Denn durch eine vermehrte Befassung mit Fragen der Unternehmensbewertung nimmt die Qualität der Entscheidungen zu. Dies gilt vor allem dann, wenn das Präsidium die Verfahren bei einer Kammer konzentriert, wie dies bei den Landgerichten München I und Frankfurt am Main geschehen ist.

Regelungstechnisch können die im Bereich des Kapitalmarktrechts oder des Insolvenzrechts gefundenen Wege für eine Zuständigkeitskonzentration insoweit als Vorbild dienen.

3. Zwingende mündliche Verhandlung in der Beschwerde

Schließlich sollte der Gesetzgeber noch eine zwingende mündliche Verhandlung in der Beschwerde vorsehen (durch Erweiterung von § 68 Abs. 5 FamFG).

Die Überlegungen, die die Bundesregierung – zu Unrecht (oben 1.) – für die Einführung des Anwaltszwangs anführt, nämlich die Komplexität der Verfahren, sind tatsächlich für diesen Schritt ein Argument. Zudem darf der Anfechtungsausschluss für Bewertungsfragen nicht den rechtsstaatlichen Gewährleistungsrahmen reduzieren. Hinzu kommt die hohe Bedeutung für die betroffenen Anleger.

V. Zusammenfassung

1. Der von der Bundesregierung vorgelegte **Gesetzentwurf** verwirklicht insgesamt die von der **Niederlassungsfreiheit** der Artt. 49 und 54 AEUV geforderten Vorgaben für die Mobilität von Gesellschaften **in ausgewogener Weise**.

2. Den von verschiedener Seite erhobenen Forderungen, das (europäische und in der Folge nationale) Umwandlungsrecht für (EU-)grenzüberschreitende Umwandlungen auch auf **Personengesellschaften** zu erstrecken, ist mit einer gewissen Ambivalenz zu begegnen.

3. Die Erstreckung des **Anfechtungsausschlusses** des **§ 14 Abs. 2 UmwG geltender Fassung auf übernehmende Rechtsträger ist zu begrüßen**, auch soweit sie – über die Richtlinienvorgabe hinaus – auch rein nationale Sachverhalte erfasst. Der in der Folge erweiterte Anwendungsbereich des Spruchverfahrensgesetzes sollte bei dieser Gelegenheit auch auf das **Delisting** ausgedehnt werden.

4. Es ist richtig, wenn der Gesetzgeber **nicht den Börsenkurs als allein maßgebliches Kriterium für die Bewertung börsennotierter Gesellschaften** zugrunde legt.

5. Die vorgeschlagene Regelung zum **Mehrheitsvergleich** (§ 11a SpruchG n.F.) ließe sich noch verbessern, indem man sich nicht darauf beschränkt nur festzulegen, dass das Gericht den im Rahmen eines von einer großen Mehrheit geschlossenen Vergleichs im Rahmen seiner Schätzung berücksichtigen „kann“, sondern berücksichtigen „muss“.

6. Wenig überzeugend ist der Vorschlag, einen **Anwaltszwang im Rahmen des Spruchverfahrens** einzuführen (§ 5a SpruchG-RegE).

7. Angeregt wird eine stärkere **Konzentration der Zuständigkeit für Spruchverfahren**,

insbesondere auch über Ländergrenzen hinweg.

8. Schließlich sollte der Gesetzgeber eine **zwingende mündliche Verhandlung in der Beschwerde** vorsehen.

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

Universität Bayreuth, Universitätsstr. 30, 95440 Bayreuth

1. November 2022

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

Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M. | Lehrstuhl Zivilrecht I, RW II, Zi. 1.30, Universitätsstr. 30, 95447 Bayreuth,
Tel: 0921 55-6180, Fax: 0921 55-6182, Jessica.Schmidt@uni-bayreuth.de, www.zivilrecht1.uni-bayreuth.de

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 **bekannten 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 Aspekte[4] 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 **bekannten und bewährten 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-Schwelle[5] 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), ABlEU 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, ABlEU 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, ABlEU 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 jedenfalls auf der Basis der Niederlassungsfreiheit gem. **Art. 49, 54 AEUV** zulässig[7] – allerdings ohne klare Regelungen zum Verfahren sowie speziell auch zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern. 6

Eine spezieller Rechtsrahmen im UmwG sorgt dagegen – jedenfalls für die deutsche Seite – für **Rechtssicherheit** und **erspart** den Unternehmen aufwendige und kostenträchtige **Umwege**.[8] Zugleich wird so insbesondere auch ein **angemessener Schutz von Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern** gewährleistet.[9] 7

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

3. Personengesellschaften

Der UmRUG-RegE sieht keine generell überschießende Umsetzung auch für Personengesellschaften vor. Wie 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 mitbestimmungsrechtliche Problematik angeführt. Gleichwohl besteht auch für grenzüberschreitende Umwandlungen von Personengesellschaften ein großes **praktisches Bedürfnis**.[12] 9

Nach der derzeitigen Fassung des UmRUG-RegE bleibt Personengesellschaften jenseits von § 306 Abs. 1 Nr. 2 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 zumindest aus deutscher Sicht die §§ 305 ff. UmwG analog anwenden. Insofern erschiene es vorzugswürdig, **Personengesellschaften** 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 Anteilsinhaber, Gläubiger und Arbeitnehmer gewährleistet, und könnte ggf. auch noch einige Besonderheiten für Personengesellschaften speziell regeln. 10

Ein möglicher **Kompromiss** könnte sein, zumindest **Personenhandelsgesellschaften unterhalb der Mitbestimmungsschwelle 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 grenzüberschreitenden Formwechsel ausdrücklich zu ermöglichen. 11

---

[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; *Bormann/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* GmbHR 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 GesRRL[13] besteht für die Anteilsinhaber 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 Anteilsinhaber 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 Anteilsinhaber, die das Barabfindungsangebot angenommen haben, nicht Anteilsinhaber 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 Anteilsinhaber sollen nicht gezwungen werden, Anteilsinhaber 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 Anteilsinhaber 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 Anteilsinhaber 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 Literatur[19] (die jedoch mit überzeugenden Gründen bestritten wird[20]) 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 Anteilsinhaber 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.

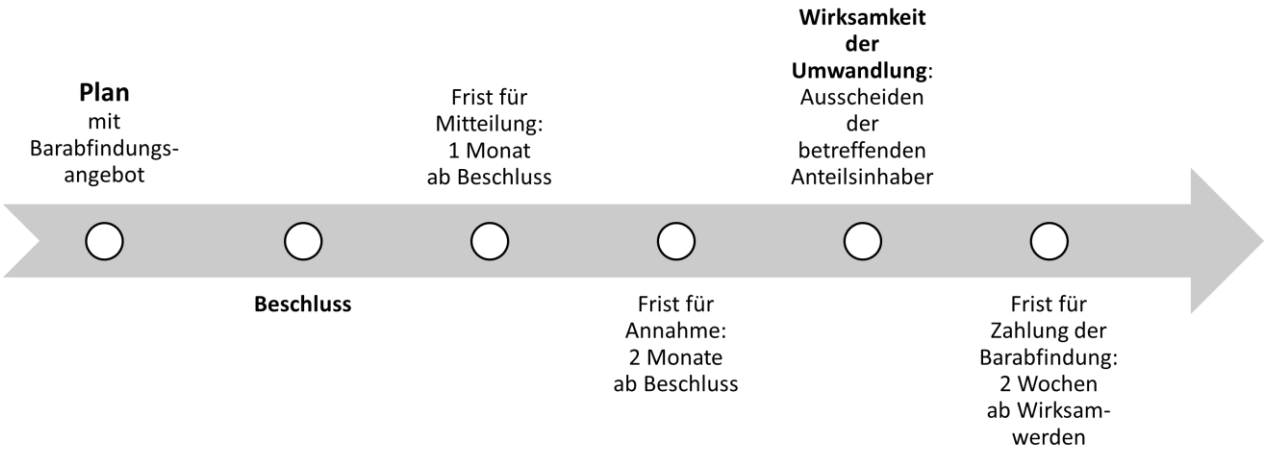
[19] NK-UmwG/*Burg*, 2. Aufl. 2019, § 31 Rn. 1; Lutter/*Grunewald*, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 31 Rn. 3; MHdB GesR VIII/*Kogge*, 5. Aufl. 2018, § 13 Rn. 371; MHdB GesR VIII/*Larisch*, 5. Aufl. 2018, § 27 Rn. 263; *Luy*, GmbHR 2019, 1105 (1108); Henssler/Strohn/Müller, 5. Aufl. 2021, § 31 UmwG Rn. 2; BeckOGK/*Rieder* § 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 Anteilsinhabern 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 Anteilsinhaber 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 GesRRL[28] 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; *Löbbe*, 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 *Habrich* 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 Formwechsel[33] 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 GesRRL 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 GesRRL 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] 31

	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	• 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	• Aktionäre erhalten genau den Wert, den sie auch im Falle einer baren Zuzahlung erhalten hätten • zwischenzeitliche Dividenden, Umwandlungen und Kapitalerhöhungen führen nicht zu Problemen
Nachteile	• Aktionäre nehmen automatisch an etwaigen Wertverlusten teil • spezielle Regelungen für zwischenzeitliche Dividenden, Kapitalerhöhungen und Umwandlungsmaßnahmen erforderlich	• 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. 32

[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 gereichen, 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 Gesellschaften[50] sehen Art. 86j Abs. 1, 126b Abs. 1, 160j Abs. 1 GesRRL einen speziellen EU-Mindeststandard[51] vor. Daher differenziert der UmRUG-RegE: 37

- **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 GesRRL[52] 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: 38

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] 39

---

[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=publicationFile&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 strafbewehrt[61] 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), ABlEU 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) [1]Der Anspruch auf Sicherheitsleistung erlischt, wenn er nicht innerhalb von drei Monaten ab Bekanntmachung des Verschmelzungsplans gerichtlich geltend gemacht wurde. [2]Die 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 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. 45

2. Keine Solvenzerklärung

Von der in Art. 86j Abs. 2, 126b Abs. 2, 160j Abs. 3 GesRRL vorgesehenen **Option einer Solvenzerklärung**, die im deutschen Schrifttum und von der deutschen Praxis eher kritisch gesehen wurde[65], 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 sein[68], sie ist aber jedenfalls keinesfalls unabdingbar – gerade vor dem Hintergrund der umfassenden weiteren Schutzinstrumente zugunsten der Gläubiger. 46

[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 EuGH[72] 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 sind[78]) 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 Verhandlungstatbestand[86] 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 *Miss*brauch vor, sondern die Gesellschaft hat lediglich von den durch die GesRRL eröffneten Möglichkeiten *Ge*brauch 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
[1]Soweit 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,
[…]
[2]Ist eine ~~inländisches Gericht für die Eintragung gemäß § 318 zuständig, können dieses Gericht und andere~~ inländische öffentliche Stelle~~n~~ 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“.

Prof. Dr. Christoph Teichmann Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Mitbestimmungsschutz bei grenzüberschreitenden Umwandlungen

Stellungnahme zum *„Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie“*

Öffentliche Anhörung im Bundestags-Rechtsausschuss am 7. November 2022

Inhaltsübersicht

I. Verknüpfung von Mitbestimmung und anwendbarem Gesellschaftsrecht 2
II. Europäischer Mitbestimmungsschutz 3
1. Verhandlungslösung mit Vorher-Nachher-Prinzip 3
2. Entstehungsgeschichte der Umwandlungsrichtlinie 4
3. Regelung in der verabschiedeten Umwandlungsrichtlinie 4
4. Umsetzung der EU-Vorgaben im RegE 5
III. Verweigerung der Vorabbescheinigung 6
1. Missbrauchsprüfung 6
a) Der europäische Missbrauchsbegriff laut EuGH 6
b) Wahl einer anderen Gesellschaftsrechtsordnung 6
c) Schutz der Rechtspositionen Dritter im Wegzugsstaat 7
d) Missbräuchlicher Zweck 8
2. Verhältnismäßigkeit und Verfahrensregeln 8
IV. Abschließende Bewertung 9
1. Ausgestaltung der Missbrauchsprüfung 9
2. Alternative Vermeidungswege 9
3. Mitbestimmungsreform und -erstreckung 10

I. Verknüpfung von Mitbestimmung und anwendbarem Gesellschaftsrecht

Die Richtlinie, um deren Umsetzung es beim vorliegenden Gesetz geht (sog. Umwandlungsrichtlinie),[1] erfasst verschiedene Formen der grenzüberschreitenden Umwandlung: Den grenzüberschreitenden Formwechsel (in der Richtlinie „Umwandlung" genannt), die grenzüberschreitende Verschmelzung und die grenzüberschreitende Spaltung.

Bereits in der Konzeptionsphase der EU-Richtlinie stand die Frage im Raum, wie bei derartigen grenzüberschreitenden Umwandlungen eine Umgehung der nationalen Mitbestimmungsregeln verhindert werden könne.[2] Unter *Mitbestimmung* sind dabei die Regelungen zu verstehen, die den Arbeitnehmern das Recht gewähren, einen Teil der Mitglieder des Aufsichtsrates zu bestellen (in Deutschland geregelt im Drittelbeteiligungsgesetz und im Mitbestimmungsgesetz).

Die Mitbestimmungsregeln sind *Teil des Gesellschaftsrechts*, da sie die Zusammensetzung des Aufsichtsrats als Gesellschaftsorgan betreffen. Die grenzüberschreitende Umwandlung wiederum impliziert eine *Änderung des anwendbaren Gesellschaftsrechts*. Beispielsweise wird durch den grenzüberschreitenden Formwechsel eine GmbH oder AG deutschen Rechts, die dem deutschen Mitbestimmungsrecht unterliegt, zu einer Gesellschaft ausländischen Rechts, deren Mitbestimmungsregeln dem ausländischen Recht zu entnehmen wären. Da viele EU-Rechtsordnungen eine dem deutschen Recht vergleichbare Mitbestimmung nicht kennen, könnte eine grenzüberschreitende Umwandlung dazu führen, dass in Deutschland tätige Arbeitnehmer nach Durchführung der grenzüberschreitenden Umwandlung keine Mitbestimmungsrechte mehr genießen.

Die Sorge, dass dies ausgenutzt werden könnte, erscheint nicht ganz unbegründet. In empirischer Hinsicht ist festzustellen, dass deutsche Unternehmen mitunter Rechtsformen wählen, auf die das deutsche Mitbestimmungsrecht keine Anwendung findet.[3] Dazu gehören ausländische Rechtformen, nicht selten als Komplementärin einer Kapitalgesellschaft & Co. KG eingesetzt, oder auch die Europäische Aktiengesellschaft (SE). Ob dies in jedem Einzelfall einer bewussten Mitbestimmungsvermeidung dient oder die Rechtsform um ihrer selbst willen gewählt wurde, weil sie im Vergleich zum deutschen Gesellschaftsrecht besondere Vorteile bietet, lässt sich den einschlägigen Statistiken nicht entnehmen.

Andererseits gibt es in der EU nicht wenige Staaten, die ebenso wie Deutschland den Arbeitnehmern Bestellungsrechte für Unternehmensorgane gewähren (z.B. Österreich oder die skandinavischen Staaten) und – soweit ersichtlich – keine Erosion der Mitbestimmung, wie sie in Deutschland beklagt wird, erleben. Die Ursachen für die geschilderte Entwicklung dürften also zumindest teilweise auch im deutschen Mitbestimmungssystem begründet liegen, das gerade im Bereich der vollen Parität vielfach als reformbedürftig angesehen wird. Darauf soll in der abschließenden Bewertung (unter IV.) zurückgekommen werden.

---

[1] Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen.

[2] Zu den vorbereitend in der „Informal Company Law Expert Group" erörterten gesetzgeberischen Gestaltungsmöglichkeiten *Teichmann*, FS Hopt, 2020, S. 1255 ff.

[3] Vgl. insoweit die Stellungnahme von Herrn *Thannisch* für den DGB (dort S. 2-4).

II. Europäischer Mitbestimmungsschutz

1. Verhandlungslösung mit Vorher-Nachher-Prinzip

Auf europäischer Ebene hat sich für den Bestandsschutz von Mitbestimmung eine Verhandlungslösung etabliert, die mit dem sog. Vorher-Nachher-Prinzip kombiniert wird. Erstmals wurde dieses Modell in der *SE-Richtlinie 2001* geregelt, dessen Regelungen im deutschen SE-Beteiligungsgesetz umgesetzt wurden. Dasselbe Modell wurde dann – mit gewissen Modifikationen – 2005 in die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung übernommen und findet sich nunmehr in der 2019 verabschiedeten Umwandlungsrichtlinie, die in weitem Umfang auf die Vorschriften der SE-Richtlinie verweist.

In groben Zügen geht es dem EU-Gesetzgeber darum, bei grenzüberschreitenden Strukturmaßnahmen (SE-Gründung oder grenzüberschreitende Umwandlung) Verhandlungen zu etablieren, an denen die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aus allen betroffenen EU-Mitgliedstaaten beteiligt sind. Hierfür entsendet die Belegschaft aus allen beteiligten Mitgliedstaaten Vertreter in ein sog. *Besonderes Verhandlungsgremium* der Arbeitnehmer, das gemeinsam mit der Unternehmensleitung eine Vereinbarung über die Modalitäten der Mitbestimmung abschließen kann. Eine solche „Internationalisierung" der Mitbestimmung bietet einen Mehrwert gegenüber dem nationalen Recht, das bekanntlich nur den in Deutschland tätigen Arbeitnehmern das aktive und passive Wahlrecht gewährt.[4] Außerdem schafft die Verhandlungslösung die rechtliche Grundlage dafür, die Mitbestimmungsmodelle verschiedener Länder zu kombinieren.

In diesem Sinne finden bei der Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE) *Verhandlungen* statt, in deren Rahmen die Beteiligten das für ihre Gesellschaft anwendbare Mitbestimmungsmodell weitgehend frei ausgestalten können (vgl. § 21 SE-Beteiligungsgesetz).[5] Bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung finden Verhandlungen nicht in jedem Fall statt, sondern nur dann, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen (u.a. Überschreiten von 4/5 des nationalen Schwellenwertes für Mitbestimmung). Sofern die Verhandlungen zu einer Beteiligungsvereinbarung führen, gilt der Inhalt der Vereinbarung. Sollten die Verhandlungen scheitern, greift die gesetzliche Auffangregelung, die dem sog. *Vorher-Nachher-Prinzip* folgt: Die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft bemisst sich nach dem Sitzanteil, der vorher in der nationalen Ausgangsgesellschaft galt (§§ 34 ff. SE-Beteiligungsgesetz). Daraus resultiert ein Bestandsschutz des Mitbestimmungsniveaus, wie es im Zeitpunkt der SE-Gründung (oder der grenzüberschreitenden Umwandlung) existiert.

Allerdings gilt für eine SE dann nicht mehr das nationale Mitbestimmungsrecht (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 SE-Beteiligungsgesetz). Die Mitbestimmung in der SE folgt stattdessen entweder der SE-Beteiligungsvereinbarung oder den gesetzlichen Auffangregelungen. Diese Bestimmungen sichern zwar den *Status Quo*, der im Zeitpunkt der SE-Gründung existiert. Sie regeln aber kein dynamisches Wachstum der Mitbestimmung, wenn die Belegschaft des Unternehmens später anwächst. Dieser Effekt wird auch als *„Einfrieren" der Mitbestimmung* bezeichnet. Beispielsweise bleibt es in einer SE, die im Gründungsstadium die Drittelparität übernommen hat, auch dann bei der Drittelparität, wenn sie später die für das Mitbestimmungsgesetz relevante Schwelle von 2.000 Arbeitnehmern überschreitet.

[4] Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Unionsrecht hat der Europäische Gerichtshof in der *Erzberger/TUI*-Entscheidung bestätigt (Rs. C-566/15, Urteil vom 18. Juli 2017).

[5] Handelt es sich um die bloße Umwandlung einer nationalen AG in eine SE ist die Gestaltungsfreiheit jedoch begrenzt. So muss weiterhin ein getrennter Wahlgang für von den Gewerkschaften vorgeschlagene Arbeitnehmervertreter durchgeführt werden (so im Fall SAP der EuGH, Rs. C-677/20 vom 18. Oktober 2022).

2. Entstehungsgeschichte der Umwandlungsrichtlinie

Bei Konzeption der Umwandlungsrichtlinie stand den Gesetzgebungsorganen der EU das Problem des „Einfrierens“ durchaus vor Augen. Die Europäische Kommission schlug daher vor, dass Verhandlungen über die Mitbestimmung bereits dann zu führen sind, wenn die Belegschaft 4/5 des Schwellenwertes erreicht, der im nationalen Recht die Mitbestimmung auslöst. Diese Regelung hat auch in die Endfassung der Richtlinie Eingang gefunden (vgl. Art. 86 l Abs. 2 für den grenzüberschreitenden Formwechsel). Damit soll verhindert werden, dass sich eine Gesellschaft kurz vor Erreichen des nationalen Schwellenwertes der bevorstehenden Mitbestimmung durch eine grenzüberschreitende Umwandlung entzieht.

Der Pferdefuß der 4/5-Regelung liegt darin, dass es bei einem Scheitern der Verhandlungen keine Auffanglösung gibt. Das Vorher-Nachher-Prinzip kann hier nicht helfen, da eine Gesellschaft, die erst 4/5 des mitbestimmungsrelevanten Schwellenwertes erreicht hat, nicht der Mitbestimmung unterliegt. Das Vorher-Nachher-Prinzip bedeutet in einem solchen Fall, dass es vorher keine Mitbestimmung gibt und folgerichtig auch nach der Umwandlung keine Mitbestimmung existiert. Die gesetzlich angeordnete Verhandlungspflicht droht dadurch leer zu laufen.

Als der Richtlinienentwurf in Rat und im Parlament behandelt wurde, kursierten unterschiedliche Vorschläge, um das Problem des Leerlaufens der Verhandlungen im Sinne eines besseren Mitbestimmungsschutzes zu lösen.[6] Das Europäische Parlament wollte in der Richtlinie eine eigenständige Auffanglösung regeln, die bereits ab 50 Arbeitnehmer eine Mitbestimmung mit zwei Arbeitnehmervertretern eingeführt hätte.[7] Das Parlament schlug außerdem eine Nachverhandlungspflicht vor, die eingreifen sollte, wenn die Gesellschaft innerhalb von sechs Monaten nach der Umwandlung eine mitbestimmungsrelevante Schwelle des Wegzugsstaates überschreitet.[8] Zu guter Letzt wollte das Parlament auch erreichen, dass mit dem satzungsmäßigen Sitz immer auch der Verwaltungssitz verlegt werden müsse. Diese Kumulation von Schutzinstrumenten war unter den im Rat vertretenen Mitgliedstaaten nicht mehrheitsfähig. Dort wurde vorgeschlagen, Verhandlungen erst ab einem Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern beginnen zu lassen. Dies entspricht der Regelung, die schon immer für die grenzüberschreitende Verschmelzung galt.

3. Regelung in der verabschiedeten Umwandlungsrichtlinie

Im letztlich verabschiedeten Text der Umwandlungsrichtlinie findet sich wieder der 4/5-Wert, den schon die Europäische Kommission vorgeschlagen hatte. Es fehlt allerdings jegliche Auffanglösung, so dass die eingangs erwähnte Problematik bestehen bleibt: Welchen Anreiz soll ein Unternehmen haben, ernsthafte Verhandlungen über die Mitbestimmung zu führen, wenn bei einem Scheitern der Verhandlungen die Auffanglösung darin besteht, dass es keine Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan gibt?

Die Bedenken, die im Zuge der Entstehungsgeschichte diskutiert wurden, haben zu keiner Regelung in der Richtlinie geführt und schlagen sich heute nur noch in den Erwägungsgründen nieder: Gemäß Erwägungsgrund 32 „spielen der Schutz und die Förderung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer im Verwaltungs- und Aufsichtsorgan einer Gesellschaft eine wichtige Rolle“. Weiter heißt es: „Deshalb ist der *erfolgreiche Abschluss von Verhandlungen* über Mitbestimmungsrechte im Kontext grenzüberschreitender Vorhaben entscheidend und sollte gefördert werden.“[9] Weiterhin

[6] Ausführlich zu diesem Aspekt der Entstehungsgeschichte *Teichmann*, FS Windbichler, 2020, S. 396 ff.
[7] Weitere Schwellenwerte sollten 250 Arbeitnehmer (ein Drittel der Sitze) und 1.000 Arbeitnehmer (die Hälfte der Sitze) sein. Vgl. *Teichmann*, FS Windbichler, 2020, S. 396, 406.
[8] Vgl. *Teichmann*, FS Windbichler, 2020, S. 396, 407.
[9] Kursive Vorhebung durch *Verf.*

solle, so Erwägungsgrund 35, gegen „Scheingesellschaften“ oder „Strohgesellschaften“ vorgegangen werden, die gegründet werden, um sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen, es zu umgehen oder dagegen zu verstoßen.

Das verfahrensrechtliche Scharnier, um gegen missbräuchliche Umwandlungen vorzugehen, bildet die sog. *Vorabbescheinigung*. Mit ihr kann die wegziehende Gesellschaft belegen, „dass alle einschlägigen Voraussetzungen erfüllt und alle Verfahren und Formalitäten im Wegzugsmitgliedstaat ordnungsgemäß erledigt sind“ (Art. 86m Abs. 1 für den Formwechsel, vergleichbar Art. 127 Abs. 1 für die Verschmelzung und Art. 160m Abs. 1 für die Spaltung). Den Behörden im Zuzugsstaat dient die Vorabbescheinigung als Nachweis des ordnungsgemäß durchgeführten Verfahrens im Wegzugsstaat (Art. 86o Abs. 5 für den Formwechsel, vergleichbar Art. 128 Abs. 5 für die Verschmelzung und Art. 160o Abs. 5 für die Spaltung).

Die Ausstellung der Vorabbescheinigung steht unter einem ausdrücklichen Missbrauchsvorbehalt: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde keine Vorabbescheinigung ausstellt, wenn im Einklang mit dem nationalen Recht festgestellt wird, dass eine grenzüberschreitende Umwandlung 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.“ (Art. 86m Abs. 8 für den Formwechsel, vergleichbar Art. 127 Abs. 8 für die Verschmelzung und Art. 160m Abs. 8 für die Spaltung).

4. Umsetzung der EU-Vorgaben im RegE

Der Regierungsentwurf folgt dieser Richtlinienvorgabe. Die Missbrauchsklausel der Richtlinie wurde zu diesem Zweck wörtlich übernommen. Sie findet sich in § 316 Abs. 3 UmwG-E für die grenzüberschreitende Verschmelzung:[10] „Beim Vorliegen von Anhaltspunkten prüft das Gericht, 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. Liegen solche Zwecke vor, so lehnt es die Eintragung gemäß Absatz 1 ab. Ist es für die Prüfung notwendig, zusätzliche Informationen zu berücksichtigen oder zusätzliche Ermittlungen durchzuführen, so kann die in Absatz 1 Satz 1 vorgesehene Frist um höchstens drei Monate verlängert werden.“

Unionsrechtlich unzulässig wäre es, die Vorabbescheinigung immer dann zu versagen, wenn keine Verhandlungen über die Mitbestimmung durchgeführt worden sind.[11] Denn Verhandlungen sind nach der ausdrücklichen Vorgabe der Umwandlungsrichtlinie nicht in jedem Fall der Umwandlung durchzuführen. Stattdessen sind klar definierte Konstellationen geregelt, in denen Verhandlungen durchgeführt werden müssen (vgl. Art. 86l Abs. 2 für den grenzüberschreitenden Formwechsel).

[10] Vgl. die Parallelnormen § 329 i.V.m. 316 Abs. 3 UmwG-E für die grenzüberschreitende Spaltung und § 343 Abs. 3 UmwG-E für den grenzüberschreitenden Formwechsel.
[11] So aber offenbar der Vorschlag des DGB, Stellungnahme vom 5.9.2022, S. 7.

III. Verweigerung der Vorabbescheinigung

Der Dreh- und Angelpunkt bei der Vermeidung missbräuchlicher grenzüberschreitender Umwandlungen ist die Erteilung der Vorabbescheinigung, ohne die eine Eintragung im Zuzugsstaat nicht erfolgen kann. Bei missbräuchlichen Umwandlungen ist diese Bescheinigung zu versagen. Die Frage besteht allerdings darin, was unter Missbrauch genau zu verstehen ist.

1. Missbrauchsprüfung

a) Der europäische Missbrauchsbegriff laut EuGH

Der Begriff des Rechtsmissbrauchs hat im Unionsrecht eine lange Tradition, die in allen Rechtsgebieten verankert ist, namentlich im Steuerrecht.[12] Als Definition des Missbrauchs hat sich in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) eine Definition herauskristallisiert, die für die Mobilitätsrichtlinie fruchtbar gemacht werden kann[13]: Der Vorwurf des Missbrauchs ergibt sich daraus, dass ein bestimmtes Verhalten zwar die *formalen Voraussetzungen* einer Norm erfüllt, dadurch allerdings ein Vorteil erlangt wird, der nicht dem *Ziel der Regelung* entspricht. Darüber hinaus fordert der Europäische Gerichtshof ein *subjektives Element*, das in der Absicht liegt, sich einen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden. Es genügt, wenn das vorwerfbare Ziel den Hauptzweck einer bestimmten Transaktion darstellt, es muss nicht der einzige Zweck sein. Bei einem Vorliegen bestimmter objektiver Anhaltspunkte wird das subjektive Element regelmäßig vermutet.

Überträgt man dies auf die Fälle der grenzüberschreitenden Umwandlung, so bleibt festzuhalten: Missbräuchliches Verhalten ist im Ausgangspunkt ein Verhalten, das formal betrachtet keinen Rechtsverstoß aufweist. Es wird also im Kontext der grenzüberschreitenden Umwandlung um Fälle gehen, in denen eine Gesellschaft die Verfahrensregeln des Umwandlungsgesetzes korrekt eingehalten hat. Der Vorwurf missbräuchlichen Verhaltens bedarf angesichts dessen einer *besonderen Begründung*. Nach dem Wortlaut der Norm liegt sie darin, dass sich die Gesellschaft Unionsrecht oder nationalem Recht entzieht oder es umgeht und dies auch der Zielsetzung der Umwandlung entspricht.

Ein formal zulässiges Verhalten unterliegt dem Vorwurf des Missbrauchs, wenn es *Zwecke* verfolgt, die dem *Sinn und Zweck der Regelung* zuwiderlaufen. Die Richtlinie spricht hier – ebenso wie beim betrügerischen Verhalten – davon, dass die konkrete Zweckrichtung dazu führt oder dazu führen soll, sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen oder es zu umgehen. Der Kern des Missbrauchsurteils liegt also darin, dass bestimmte Normen nach Durchführung der Umwandlung nicht mehr anwendbar sind und dies auch vom Unternehmen so gewollt war.

b) Wahl einer anderen Gesellschaftsrechtsordnung

Im Fall der grenzüberschreitenden Umwandlung ist die Zielsetzung der *Niederlassungsfreiheit* zu beachten, deren Verwirklichung die Umwandlungsrichtlinie dient. Der Sinn und Zweck der Niederlassungsfreiheit liegt auch und gerade darin, sich nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats neu organisieren zu dürfen. Dies ist der Kern der Rechtsprechungslinie von *Centros* bis *Polbud*.[14] Diese Auffassung liegt auch der Richtlinie zugrunde, deren Umwandlungsverfahren stets zu einer Änderung des anwendbaren Gesellschaftsrechts führen. Die bewusste und zielgerichtete Wahl einer Rechtsordnung, die für das Unternehmen vorteilhafter erscheint als die bisherige Rechtsordnung, rechtfertigt für sich genommen keinen Missbrauchsvorwurf. Ganz im Gegenteil: Das Ziel, eine

---

[12] Zusammenfassend *Teichmann*, ZGR 2022, 376, 393 ff.

[13] *Teichmann*, ZGR 2022, 376, 396.

[14] EuGH, Urteil vom 9.3.1999 (*Centros*), Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 ff.; EuGH, NJW 2017, 3639, Urt. v. 25.10.2017 – C-106/16, Rs. *Polbud*.

Änderung des anwendbaren Gesellschaftsrechts herbeizuführen, ist jeder grenzüberschreitenden Umwandlung immanent. Die Richtlinie wäre ihrer Wirksamkeit beraubt, wenn man allein aus diesem Umstand einen Missbrauchsvorwurf ableiten wollte.

Erwägungsgrund 2 bringt daher zum Ausdruck, dass die Niederlassungsfreiheit den „Anspruch einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft auf Umwandlung in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft umfasst, soweit die Voraussetzungen des Rechts jenes anderen Mitgliedstaats eingehalten sind und insbesondere das Kriterium erfüllt ist, das in diesem anderen Mitgliedstaat für die Verbundenheit einer Gesellschaft mit seiner nationalen Rechtsordnung erforderlich ist."

Auch wenn die Erwägungsgründe an anderer Stelle die Entstehung von Briefkastengesellschaften kritisch sehen (insb. EG 35), lässt sich allein daraus kein Missbrauchsvorwurf ableiten. Denn, so heißt es in Erwägungsgrund 3 zutreffend: „Laut Rechtsprechung schließt der Umstand, dass nur der satzungsmäßige Sitz, und nicht die Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung verlegt wurde, die Anwendung der Niederlassungsfreiheit nach Artikel 49 AEUV als solches nicht aus."

Die konkreten rechtlichen Voraussetzungen, derer es bedarf, um das neue Gesellschaftsrecht zur Anwendung zu bringen, unterliegen dem Recht der einzelnen Mitgliedstaaten. Die Umwandlung steht funktional der Gründung einer Gesellschaft gleich. Soweit hierbei die Regeln des Aufnahmestaates eingehalten wurden, ist der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit – ebenso wie derjenige der Umwandlungsrichtlinie – eröffnet. Eine nationale Regelung, die allein aus dem Umstand, dass Hauptverwaltung und satzungsmäßiger Sitz auseinanderfallen, einen Missbrauch ableiten wollte, wäre daher nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben zu vereinbaren.

c) Schutz der Rechtspositionen Dritter im Wegzugsstaat

Der Umgehungsvorwurf kann nach alledem nicht auf der Wahl einer bestimmten Rechtsordnung beruhen, sondern allenfalls auf einer Verletzung derjenigen Interessen, die zum Zeitpunkt der Umwandlung existierten und auf Basis des bislang anwendbaren Rechts Schutz genießen. Zu erinnern ist hier an den Passus der *Centros*-Entscheidung, wonach es einer Gesellschaft nicht gestattet werden müsse, sich durch den Wechsel der Rechtsordnung ihren Verpflichtungen gegenüber inländischen privaten oder öffentlichen Gläubigern zu entziehen.[15] Die freie Rechtswahl, welche die Niederlassungsfreiheit und die Richtlinie schützen, richtet sich gewissermaßen nur auf die Zukunft. Neue Gläubiger und andere Stakeholder müssen künftig damit leben, dass die Gesellschaft auf Basis einer anderen Gesellschaftsrechtsordnung tätig wird.

Demgegenüber dürfen all jene, die bereits vor der Umwandlung Ansprüche oder Anwartschaften erworben haben, prinzipiell noch auf den Schutz der bislang geltenden Rechtsregeln vertrauen. Das kommt in der Richtlinie durch vielfältige *Schutzvorkehrungen* zum Ausdruck. Zu nennen ist das Austrittsrecht der Minderheitsgesellschafter gegen Barabfindung, der besondere Schutz der Gläubiger (insb. durch Sicherheitsleistung) und das Verhandlungsverfahren zum Schutz der unternehmerischen Mitbestimmung. Es handelt sich hier in der Terminologie der Niederlassungsfreiheit um zulässige *Beschränkungen*, die einem zwingenden Allgemeinwohlinteresse dienen. Eine gezielte Umgehung dieser Schutzmechanismen wäre in aller Regel als missbräuchlich zu qualifizieren.

Der Verweis auf die von der Richtlinie explizit geschützten Interessen wirft allerdings die Frage auf, ob es nicht mit der Anwendung der konkret geregelten Schutzinstrumente sein Bewenden haben muss. Darauf ist zu antworten: Im Regelfall ja, im Ausnahmefall aber auch nicht. Zum Begriff des Missbrauchs gehört gerade, dass sich der Betroffene formal korrekt verhält, sein Verhalten aber angesichts der

[15] EuGH, Urteil vom 9.3.1999 (*Centros*), Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 ff. (Rn. 38).

Begleitumstände als missbräuchlich erscheint. Dies wiederum ist im Lichte von Sinn und Zweck der Norm zu ermitteln. Es sind Fälle denkbar, in denen eine Gesellschaft formal alle Vorgaben der Richtlinie einhält, materiell gesehen aber dennoch die von der Richtlinie intendierten Schutzinteressen verfehlt.

Hinsichtlich der Mitbestimmung könnte daher ein Missbrauch vorliegen, wenn der Schwellenwert von 4/5 der mitbestimmungsrelevanten Arbeitnehmerzahl zwar erreicht wurde, die Verhandlungen aber nicht ernsthaft betrieben werden und das einzige Ziel der Umwandlung darin besteht, sich anschließend in einer mitbestimmungsfreien Rechtsordnung wiederzufinden.[16]

d) Missbräuchlicher Zweck

Der missbräuchliche Zweck der Umwandlung beinhaltet – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes – ein *subjektives Element*. Die Umwandlungsmaßnahme verfolgt gerade das Ziel, sich der Anwendung bestimmter Regelungen zu entziehen und lässt sich durch andere Motive nicht plausibel erklären. Die Effekte einer potenziell nachteiligen Veränderung der Rechtsstellung von Gesellschaftern, Gläubigern oder Arbeitnehmern treten im Gesamtbild der Umstände zurück, wenn für die Umwandlung eine darüberhinausgehende plausible Motivation erkennbar ist. Das ist typischerweise der Fall, wenn die Gesellschaft im Zuzugsstaat eine nennenswerte wirtschaftliche Aktivität verfolgt oder wenn dort ein sonstiger unternehmerischer Schwerpunkt liegt, der sich beispielsweise aus einer erheblichen Zahl von dort ansässigen Kunden oder Geschäftspartnern ergeben kann.

Diese Überlegungen finden ihren Widerhall in den Erwägungsgründen. So endet Erwägungsgrund 36 mit dem Hinweis, die zuständige Behörde könne den Umstand, dass die Gesellschaft nach der Umwandlung im Zuzugsstaat den Ort ihrer tatsächlichen Verwaltung oder einer *tatsächlichen wirtschaftlichen Aktivität* hat, als Anzeichen dafür nehmen, dass keine Umstände vorliegen, die zu einem Missbrauch oder Betrug führen. Die Entstehung einer bloßen Briefkastengesellschaft ist somit einerseits ein Anhaltspunkt dafür, dass eine missbräuchliche Zwecksetzung vorliegen könnte. Es bedarf darüber hinaus aber weiterer Sachverhaltsermittlung (vgl. Erwägungsgrund 36: alle relevanten Tatsachen und Umstände). Umgekehrt schließt das Vorliegen einer faktischen Ansiedlung im Zuzugsstaat einen Missbrauch zwar nicht gänzlich aus, lässt ihn aber doch unwahrscheinlich erscheinen.

2. Verhältnismäßigkeit und Verfahrensregeln

Der Vorwurf rechtsmissbräuchlichen Verhaltens ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes eine Maßnahme, die unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit steht. Daraus folgt verfahrensrechtlich zwingend, dass die zuständige Behörde der Gesellschaft vor einer endgültigen Versagung der Vorabbescheinigung Gelegenheit zur Stellungnahme geben muss. Materiell-rechtlich wiederum ist zu bedenken, dass es in den allermeisten Fällen *mildere Mittel* gibt, als die Umwandlung durch Versagung der Vorabbescheinigung gänzlich zu vereiteln. Beispielsweise kann zum Schutz einzelner Gläubiger eine Sicherheit geleistet werden oder die Mitbestimmung der Arbeitnehmer durch nachgeholte Verhandlungen zu ihrem Recht kommen.

Ist auf diese Weise eine verhältnismäßige Vorgehensweise gesichert, erhöht dies auch die Aussichten auf eine zurückhaltende Überprüfung durch den Europäischen Gerichtshof. In zahlreichen Missbrauchsfällen hat er die endgültige Entscheidung über den konkreten Sachverhalt dem nationalen Gericht überlassen. Dies könnte deshalb Bedeutung erlangen, weil der Missbrauchsvorwurf in aller Regel auf die Umgehung nationalen Rechts abzielt. Die teleologische Auslegung des nationalen

[16] In diesem Sinne *Teichmann*, in: Birkmose/Neville/Engsig Sørensen (Hrsg.), Abuse of Companies, 2019, 79, 111.

Gerichts, die ergibt, dass die Norm auf den konkreten Sachverhalt ihrem Sinn und Zweck nach Anwendung finden sollte, wird der Gerichtshof voraussichtlich nicht in Frage stellen.

IV. Abschließende Bewertung

1. Ausgestaltung der Missbrauchsprüfung

Da die Feststellung von Missbrauch stets eine Einzelfallentscheidung ist, sollte die gesetzliche Regelung zurückhaltend sein. Der Ansatz des Gesetzentwurfes besteht darin, die vom EU-Recht vorgegebene Generalklausel in das deutsche Recht zu übernehmen. Damit lässt sich gut arbeiten. Jeder Versuch, die Generalklausel eigenmächtig zu konkretisieren, würde die Gefahr eines Verstoßes gegen EU-Recht in sich bergen. Letzen Endes obliegt es dem Europäischen Gerichtshof, dem Begriff des Missbrauchs für die Konstellation der grenzüberschreitenden Umwandlungen nähere Konturen zu verleihen.

Ob das Verfahren zur Erteilung der Vorabbescheinigung tatsächlich mit weiteren Verfahrensrechten einzelner Beteiligter angereichert werden muss,[17] erscheint ebenso zweifelhaft. Wenn eine bestimmte Interessengruppe den Eindruck hat, die Umwandlung diene missbräuchlichen Zwecken, kann sie das zuständige Handelsregister davon in Kenntnis setzen. Dieses ist verpflichtet, entsprechenden Hinweisen nachzugehen (vgl. § 316 Abs. 3 UmwG-E). Explizite Verfahrensrechte sind dafür nicht erforderlich. Sie werfen im Gegenteil die Frage auf, warum beispielsweise die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften Verfahrensrechte erhalten und nicht auch der Betriebsrat, die Gläubiger, die Minderheitsgesellschafter, das Finanzamt, die Sozialversicherungsbehörden und alle anderen Personen oder Gruppen, denen missbräuchliches Verhalten schaden könnte.

Das materielle Problem von Missbrauch liegt darin, dass man ihn schwer generalisieren kann und jede Regelung die Gefahr birgt, im Einzelfall über das Ziel hinauszuschießen. Der Vorschlag, einen Missbrauch bereits dann gesetzlich zu vermuten, wenn der Verwaltungssitz nicht im Zuzugsstaat angesiedelt wird,[18] ist in einer solchen Weise überschießend. Denn neben dem Verwaltungssitz sind andere plausible Gründe denkbar, warum eine Gesellschaft eine andere Rechtsordnung wählt. Möglicherweise sind die Anteilseigner keine deutschen Staatsbürger und präferieren deshalb eine Rechtsform ihres eigenen Rechtskreises. Oder es sind wichtig Kunden im Zuzugsstaat angesiedelt.

Diese Vielfalt der denkbaren Motive lässt es geraten erscheinen, die Beweislast nicht von vornherein beim Unternehmen anzusiedeln. Nach dem Wortlaut der Richtlinie stellt die zuständige Behörde keine Vorabbescheinigung aus, wenn *„festgestellt wird“*, dass eine grenzüberschreitende Umwandlung missbräuchlichen Zwecken dient. Eine Vermutung genügt also gerade nicht. Die Aufklärungspflicht liegt beim Handelsregister, nicht etwa muss ein Unternehmen, das eine grenzüberschreitende Umwandlung vornimmt, aktiv darlegen, dass es keine missbräuchlichen Zwecke verfolgt. In Fällen eklatanten Missbrauches wird das Handelsregister zweifellos die nötigen Hinweise von den geschädigten Personengruppen erhalten und diesen auch nachgehen.

2. Alternative Vermeidungswege

Zudem ist bei einer realistischen Betrachtung anzunehmen, dass selbst eine höchst ausgefeilte Missbrauchsprüfung keinen einzigen Fall der Mitbestimmungsumgehung verhindern wird. Das Beispiel, das in der DGB-Stellungnahme genannt wird, liefert dafür Anschauungsmaterial.

Der DGB beschreibt den Fall einer deutschen GmbH mit 450 Arbeitnehmern, die sich zur Vermeidung der Mitbestimmung in eine Malta Ltd. umwandelt.[19] Wollte das Unternehmen tatsächlich diesen Weg

[17] Vgl. hierzu DGB-Stellungnahme vom 5.9.2022, S. 8.
[18] Vgl. DGB-Stellungnahme vom 5.9.2022, S. 8.
[19] DGB-Stellungnahme vom 5.9.2022, S. 5.

gehen, so wäre dieser mit zahlreichen praktischen Hürden versehen. Es besteht das Risiko, dass Minderheitsgesellschafter gegen Barabfindung austreten wollen, was einen unerwünschten Abfluss von Liquidität bedeutet. Gläubiger, die ihre Forderungen gefährdet sehen, könnten die Bestellung von Sicherheiten verlangen. Außerdem müssten Verhandlungen mit den Arbeitnehmern durchgeführt werden. Sollte von Anfang an die Absicht bestehen, diese scheitern zu lassen, wird gerade dies das Verhältnis zur eigenen Belegschaft, auf das KMU besonderen Wert legen, nicht gerade verbessern. Darüber hinaus besteht das Risiko, dass die gesamte Transaktion am Ende daran scheitert, dass die Vorabbescheinigung wegen Missbrauchsverdachts nicht oder nur mit Verzögerung erteilt wird.

Wenn das Unternehmen fachkundigen Rechtsrat einholt, wird es einen ganz anderen Weg einschlagen: Statt der GmbH wählt das Unternehmen die Rechtsform der GmbH & Co. KG. Anschließend wird eine Malta Ltd. erworben. Die Malta Ltd. tritt in die KG ein, die GmbH tritt aus. Das Ergebnis ist eine Ltd. & Co. KG, die nicht der deutschen Mitbestimmung unterliegt. Bei dieser Variante gibt es kein Austrittsrecht für Minderheitsgesellschafter, keine Sicherheitsleistung an Gläubiger und kein Verhandlungsverfahren. Es bedarf keiner großen Fantasie vorherzusagen, welchen Weg ein Unternehmen wählen wird, das sich mit möglichst wenig Aufwand der Mitbestimmung entziehen will.

3. Mitbestimmungsreform und -erstreckung

Auf mittlere und lange Sicht kann die Erosion der deutschen Mitbestimmung daher nur durch eine nationale Reformgesetzgebung verhindert werden: Erstens bedarf es einer Modernisierung insbesondere der paritätischen Mitbestimmung, die den heutigen Gegebenheiten einer international vernetzten Wirtschaft nicht mehr vollständig gerecht wird. Möglicherweise würde dies bereits die Fluchtbewegung erheblich abschwächen.

Darüber hinaus kann einer Verwendung ausländischer Rechtsformen, deren Belegschaft allein oder überwiegend in Deutschland tätig ist, ein Mitbestimmungserstreckungsgesetz effektiv entgegenwirken. Dieses Gesetz müsste allerdings, um einer Überprüfung am Maßstab der Niederlassungsfreiheit standzuhalten, dem unionsrechtlichen Modell der Verhandlungslösung folgen, da nur auf diese Weise eine sinnvolle und maßgeschneiderte Kombination der inländischen Mitbestimmungsregeln mit dem ausländischen Gesellschaftsstatut erreichbar wäre.[20]

[20] *Teichmann*, ZIP 2016, 899 ff.; a.A. *Seifert* (zitiert in DGB-Stellungnahme, Fn. 10).

stellungnahme

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum **Regierungsentwurf** eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG)
finale Version

05.09.2022

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesvorstand
Abteilung Grundsatzangelegenheiten und Gesellschaftspolitik

Rainald Thannisch
Referatsleiter für Mitbestimmung, Corporate Governance und CSR

rainald.thannisch@dgb.de

Telefon: 030/24060-605
Telefax: 030/24060-405

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de

1) Einleitung und Zusammenfassung

Die Bundesregierung legt mit dem Regierungsentwurf Regelungen zur nationalen Umsetzung der Europäischen Umwandlungsrichtlinie[1] vor.

Dazu sollten gemäß der Umwandlungsrichtlinie auch Regelungen zum Schutz der Rechte der Arbeitnehmer*innen gehören. Ein besonderes Augenmerk legt die Umwandlungsrichtlinie dabei auf den Schutz der Unternehmensmitbestimmung bei grenzüberschreitenden Formwechseln, Verschmelzungen und Spaltungen.

Ein parallel vorgelegter Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen" sichert den Schutz der Unternehmensmitbestimmung bei einer „Herein-Umwandlung" nach Deutschland.

Der angesichts der fortschreitenden Erosion der Unternehmensmitbestimmung aus mitbestimmungspolitischer Sicht sehr viel relevantere Aspekt der Sicherung der deutschen Unternehmensmitbestimmung bei einer „Heraus-Umwandlung" wiederum unterliegt sowohl den Regelungen in den Umsetzungsgesetzen der anderen Mitgliedstaaten als auch dem vorliegenden Regierungsentwurf. Dem Regierungsentwurf des UmRUG kommt dabei die zentrale Bedeutung zu, Vorgaben für die deutschen Registergerichte zu entwickeln, denen gemäß der Umwandlungsrichtlinie die ganz wesentliche Aufgabe zukommt, vor der Erteilung einer Wegzugsbescheinigung zu prüfen, ob das Unternehmen die grenzüberschreitende Umwandlung zu missbräuchlichen Zwecken durchführt, wozu auch die missbräuchliche Umgehung der deutschen Mitbestimmungsgesetze gehört.

[1] Vollständig: RICHTLINIE (EU) 2019/2121 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen.

Die mitbestimmungspolitische Relevanz ist auch den Regierungsparteien bewusst, die im Koalitionsvertrag mit Blick auf die nationale Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie vereinbart haben: *„Auch bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen von Gesellschaften müssen nationale Beteiligungsrechte respektiert und gesichert werden."*

Diesem Anspruch aus dem Koalitionsvertrag wird der vorliegende Regierungsentenentwurf offenkundig jedoch nicht gerecht.

Im Gegenteil wird der Schutz der Unternehmensmitbestimmung aus Sicht des Deutschen Gewerkschaftsbundes im vorliegenden Regierungsentwurf nicht angemessen berücksichtigt, vorhandene rechtliche Handlungsspielräume, zu deren Nutzung der DGB in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf konkrete Vorschläge unterbreitet hatte, werden nicht oder nur unzureichend genutzt.

Durch eine problematische Ergänzung in der Gesetzesbegründung wird der Schutz der Unternehmensmitbestimmung im Vergleich zum Referentenentwurf sogar noch einmal erschwert.

Außerdem wird durch die von der EU-Richtlinie nicht geregelte Einbeziehung der grenzüberschreitenden Spaltung zur Aufnahme sehenden Auges eine weitere Möglichkeit für eine Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung geschaffen.

Vor diesem Hintergrund fordert der DGB die Bundestagsfraktionen der im Deutschen Bundestag vertretenen demokratischen Parteien dazu auf, den vorliegenden Referentenentwurf mit Blick auf die Rechte der Arbeitnehmer*innen grundlegend zu überarbeiten. Konkrete Vorschläge dazu können den folgenden Seiten entnommen werden.

Die Europäische Umwandlungsrichtlinie gibt dem deutschen Gesetzgeber den notwendigen Gestaltungsspielraum, um den widerstreitenden Interessen zwischen Arbeitnehmer*innenschutz und der Vollendung des europäischen Binnenmarktes Rechnung zu tragen. Dieser Gestaltungsspielraum sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren genutzt werden.

2) Die Erosion der Unternehmensmitbestimmung stoppen!

Der Deutsche Gewerkschaftsbund hat im Mai dieses Jahres auf seinem 22. Ordentlichen Bundeskongress mit seinem Beschluss B 004 „Tarifbindung und Mitbestimmung stärken" auf die Notwendigkeit hingewiesen, die Schlupflöcher zur Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung zu schließen.[2]

[2] Vgl. DGB (2022): Beschluss B004 „Tarifbindung und Mitbestimmung stärken" des 22. Ordentlichen Bundeskongresses, im Internet veröffentlicht unter: https://bundeskongress.dgb.de/-/cFw

Mit Stand 2020 hatten sich nach Angaben der Hans-Böckler-Stiftung insgesamt mindestens 307 Unternehmen mit zusammen mindestens 2,1 Millionen Beschäftigten der paritätischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat entzogen oder ignorierten gesetzeswidrig ihre Anwendung.[3]

Zu den wesentlichen „Vermeidungskonstruktionen" gehört die Umwandlung einer bestehenden AG in eine Europäische Aktiengesellschaft (SE). In diesem Fall wird das zum Zeitpunkt der Umwandlung herrschende Niveau der Mitbestimmung bzw. ein Zustand ohne Mitbestimmung für alle Zeiten festgeschrieben („eingefroren"), auch wenn die Anzahl der Mitarbeiter*innen eines Unternehmens wächst und die Schwellenwerte der deutschen Mitbestimmungsgesetze im Laufe der Zeit überschritten werden. Auch die bislang geltenden Regelungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften bieten die Möglichkeit der antizipativen Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung.

Eine andere, häufig praktizierte, Vermeidungsstrategie ist die Nutzung ausländischer Rechtsformen mit Verwaltungssitz in Deutschland. Dazu kommen weitere Vermeidungsstrategien im nationalen Recht sowie Unternehmen, die die verpflichtende Anwendung der Unternehmensmitbestimmung schlichtweg ignorieren. Vermeidungsstrategien und rechtswidrige Ignorierung stehen in engem Zusammenhang. Denn die Erweiterung legaler Vermeidungsmöglichkeiten dürften zugleich die rechtswidrige Nichtanwendung der Mitbestimmungsgesetze verstärken, weil Unternehmen bei illegaler Nichtanwendung der Gesetze bislang keine Sanktionen fürchten müssen. Sobald Beschäftigte oder Gewerkschaften die Einhaltung von Mitbestimmungsgesetzen einfordern, können Unternehmen umso leichter ausweichen desto größer die Optionen zur Vermeidungsgestaltung sind.

Es steht zu befürchten, dass die durch die Europäische Umwandlungsrichtlinie eröffneten zusätzlichen Möglichkeiten des grenzüberschreitenden Formwechsels bzw. der grenzüberschreitenden Spaltung die Anzahl der Instrumente zur Mitbestimmungsvermeidung noch einmal vergrößert.

So hat der DGB bereits bei der Verabschiedung der Europäischen Umwandlungsrichtlinie davor gewarnt, dass die Regelungen Schlupflöcher beinhalten, mit denen es trickreichen Unternehmen gelingen könne, die paritätische Unternehmensmitbestimmung dauerhaft zu vermeiden oder sich ihr nach einigen Jahren gänzlich zu entziehen. Diese Warnung wurde mit der Aufforderung an den Gesetzgeber verbunden, bei der „*Umsetzung in nationales Recht seinen Spielraum so zu nutzen, dass die Gefahren des Missbrauchs eingedämmt werden.*"[4]

---

[3] Vgl. Sick, Sebastian (2020): Erosion als Herausforderung für die Unternehmensmitbestimmung, in: Mitbestimmungsreport Nr. 58, https://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2020_58.pdf.

[4] DGB (2019): Company Law Package: Freiheiten für die Unternehmen, kleine Schritte zum Schutz der Arbeitnehmer, PM 025 vom 18.04.2019, im Internet veröffentlicht unter: https://www.dgb.de/-/CEo

Der Deutsche Gewerkschaftsbund hat auch vor diesem Hintergrund nachdrücklich begrüßt, dass sich die Parteien der Regierungskoalition in ihrem Koalitionsvertrag dazu bekannt haben, eine „*missbräuchliche Umgehung geltenden Mitbestimmungsrechts*" verhindern zu wollen. Konkret mit Blick auf die nationale Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie wurde im Koalitionsvertrag zusätzlich vereinbart: „*Auch bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen von Gesellschaften müssen nationale Beteiligungsrechte respektiert und gesichert werden.*"

Auch das Europäische Parlament hatte die Mitgliedstatten erst im Dezember vergangenen Jahres dazu aufgerufen, „*dringend und entschieden Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass europäische Unternehmen die Rechte der Arbeitnehmer auf Unterrichtung, Anhörung und Beteiligung achten und dementsprechend die geltenden unionsweiten und nationalen rechtlichen Verpflichtungen einhalten*" .[5]

Diesem Anspruch wird der vorliegende Regierungsentwurf offenkundig jedoch nicht gerecht.

Im Gegenteil wird der von der EU-Umwandlungsrichtlinie eingeforderte Schutz der Arbeitnehmer*innen im RegE UmRUG nur unzureichend umgesetzt, was insbesondere im Vergleich zu den ausführlich ausgearbeiteten Rechten der Gläubiger*innen augenscheinlich wird (hier eigenständige Vorschriften in §§ 314, 328, 341 des RegE). Es besteht die reale Gefahr, dass auf Grund der wenig ambitionierten Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht bereits bestehende und genutzte Möglichkeiten zur Vermeidung der deutschen Mitbestimmungsgesetze noch einmal erheblich vergrößern könnten, was der Zielsetzung des Koalitionsvertrages klar widerspricht.

Das Bundesministerium der Justiz wies in seinem Anschreiben zur Verbändeanhörung darauf hin, dass die Umwandlungsrichtlinie auch besondere Vorschriften zum Schutz der Unternehmensmitbestimmung enthalte, „*deren Umsetzung in einem eigenen Gesetzesvorhaben in Federführung des BMAS vorbereitet*" werden. In der Tat hatte das BMAS – zeitlich parallel – den Referentenentwurf eines „*Gesetzes zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen*" vorgelegt, der zeitgleich zum UmRUG am 6. Juli 2022 vom Bundeskabinett beschlossen wurde. Der vom BMAS erarbeitete Regierungsentwurf gilt jedoch – wie es ausdrücklich hervorgehoben wird (siehe Seite 2 des Regierungsentwurfs) – „*in erster Linie für die Ausgestaltung der Mitbestimmung in Gesellschaften deutscher Rechtsform, die aus einem grenzüberschreitenden Formwechsel oder einer grenzüberschreitenden Spaltung hervorgehen („Herein-Umwandlung").*"

[5] Europäisches Parlament (2021): Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Dezember 2021 zu Demokratie am Arbeitsplatz: europäischer Rahmen für die Mitbestimmungsrechte von Arbeitnehmern und Überarbeitung der Richtlinie über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats (2021/2005(INI)).

Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung in einer vormals deutschen Gesellschaft (also bei einer „Heraus-Umwandlung") wiederum unterliegt den Regelungen in den Umsetzungsgesetzen der anderen Mitgliedstaaten. Eine zentrale Rolle kommt jedoch zusätzlich auch den deutschen Registergerichten zu, die gemäß den Vorgaben der Umwandlungsrichtlinie (umgesetzt in § 316 Abs. 3 UmwG-E, §329 UmwG-E sowie 343 Abs. 3 UmwG-E) vor der Erteilung einer Verschmelzungs-, Spaltungs- oder Formwechselbescheinigung prüfen müssen, ob das Unternehmen die grenzüberschreitende Umwandlung zu missbräuchlichen Zwecken durchführt. Und diese Vorgaben werden unzutreffend im UmRUG und nicht im MgFSG geregelt.

Insoweit kommt dem vorliegenden RegE des UmRUG die zentrale Rolle zu, geeignete Maßnahmen dahingehend vorzusehen, dass Unternehmen die Möglichkeiten einer grenzüberschreitenden Umwandlung nicht dazu verwenden können, um sich missbräuchlich den deutschen Mitbestimmungsgesetzen zu entziehen.

Eine missbräuchliche Umgehung der deutschen Mitbestimmung könnte z. B. dadurch geschehen, dass wachsende Unternehmen eine grenzüberschreitende Umwandlung vornehmen, um einen Aufsichtsrat ohne Mitbestimmung oder nur mit einer Drittelbeteiligung „einfrieren" zu können.

Beispiel 1:

- Eine GmbH mit Sitz in Deutschland hat 450 Mitarbeiter*innen und unterliegt damit nicht der Unternehmensmitbestimmung.
- Das Unternehmen plant jedoch einen Beschäftigungsaufbau um rund 100 Mitarbeiter*innen und unterläge somit perspektivisch dem deutschen Drittelbeteiligungsgesetz.
- Das Unternehmen führt einen Rechtsformwechsel in eine Malta Ltd. durch. Das Gesellschaftsrecht in Malta kennt keine Unternehmensmitbestimmung.[6] Die Wertschöpfung erfolgt weiterhin in Deutschland, wo auch die Hauptverwaltung verbleibt.
- Gemäß den Regularien der EU-Umwandlungsrichtlinie wäre über die Mitbestimmung in der neuen maltesischen Gesellschaft zu verhandeln, weil das Unternehmen 4/5 des Schwellenwerts des Drittelbeteiligungsgesetzes überschreitet.
- Das nach dem Vorher-Nachher-Prinzip aufgesetzte Verhandlungsverfahren kennt für Unternehmen unterhalb der Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze keine Auffangregelung für die Mitbestimmung beim Scheitern der Verhandlungen.

[6] Vgl. dazu die Angaben auf der Plattform worker-participation.eu. http://de.worker-participation.eu/Nationale-Arbeitsbeziehungen/Laender/Malta/Unternehmensmitbestimmung

- ➔ Das Unternehmen kann daher die Verhandlungen scheitern lassen und den Zustand ohne Unternehmensmitbestimmung für alle Ewigkeit fortschreiben („einfrieren") und dies völlig unabhängig von einem weiteren Beschäftigungsaufbau.

Denkbar wäre auch, dass eine grenzüberschreitende Umwandlung einer bereits mitbestimmten Gesellschaft nur zu dem Zweck ausgeführt wird, um die Mitbestimmung nach Ende des vierjährigen Schutzzeitraums (siehe Artikel 86l, 133 und 160l jeweils Absatz 7 der GesR-RL) durch eine innerstaatliche Folgeverschmelzung abzustreifen.

Beispiel 2:

- Eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland und einem paritätisch-mitbestimmten Aufsichtsrat erfährt einen Wechsel in der Anteilseignerschaft. Die neuen Eigentümer*innen wollen die Unternehmensmitbestimmung abstreifen.
- Das Unternehmen führt einen Rechtsformwechsel in eine Malta Ltd. durch. Die Wertschöpfung erfolgt weiterhin in Deutschland, wo auch die Hauptverwaltung verbleibt.
- Gemäß den Regularien der EU-Umwandlungsrichtlinie wäre über die Mitbestimmung in der neuen maltesischen Gesellschaft zu verhandeln, weil das Unternehmen jedenfalls 4/5 des Schwellenwerts des Drittelbeteiligungsgesetzes mit mehr als 2.000 Beschäftigten deutlich überschreitet.
- Das nach dem Vorher-Nachher-Prinzip aufgesetzte Verhandlungsverfahren sichert tendenziell die bisherige paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat wie sie aufgrund des MitbestG besteht, wenn das Unternehmen mehr als 2.000 Arbeitnehmer*innen beschäftigt.
- Nach Ende der in der Umwandlungsrichtlinie vorgesehenen Schutzfrist von vier Jahren verschmilzt die Gesellschaft mit einer anderen maltesischen Gesellschaft im Besitz der Eigentümer*innen. ➔ Weil das maltesische Gesellschaftsrecht keine Mitbestimmung kennt, ist die bisherige Unternehmensmitbestimmung auf Dauer verloren.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern die im Deutschen Bundestag vertretenen demokratischen Parteien daher dazu auf, im UmRUG auf einen möglichst weitgehenden Schutz der Unternehmensmitbestimmung hinzuwirken.

Konkrete Vorschläge für einen verbesserten Schutz der Mitbestimmungsrechte können dem nachfolgenden Kapiteln entnommen werden.

3) Wirksamer Schutz für Arbeitnehmer*innen bei grenzüberschreitenden Formwechseln, Verschmelzungen und Spaltungen

Die Umwandlungsrichtlinie weist dem Schutz der Arbeitnehmer*innen eine sehr große Bedeutung zu. Diese wird allein schon durch den Umfang deutlich, mit denen die Artikel 86l, 133 und 160l (jeweils zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer*innen) den Schutz der Interessen der Arbeitnehmer*innen behandeln. Dazu kommen die Vorgaben aus den Erwägungsgründen 11, 30, 31, 32, 35, 36, 50 und 61, die allesamt Aspekte der Unternehmensmitbestimmung thematisieren.

Erwägungsgrund 11 beispielsweise betont ausdrücklich, dass die Richtlinie „*die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt lassen soll], für einen stärkeren Schutz von Arbeitnehmern gemäß dem bestehenden sozialen Besitzstand zu sorgen*."

Aus den Vorgaben der Umwandlungsrichtlinie ist zu schließen, dass der deutsche Gesetzgeber nicht gegen die Intention der Richtlinie verstößt, wenn er in seinem Umsetzungsgesetz einen robusten Schutz der Mitbestimmung verankern würde.

Umso befremdlicher ist es, dass der vorliegende Regierungsentwurf dem Schutz der Arbeitnehmer*innen eine nur untergeordnete Bedeutung zuweist.

Infolge der zunehmenden Harmonisierung des europäischen Gesellschaftsrecht bedarf auch das deutsche Umwandlungsgesetz eine Fortentwicklung. Die gesonderte Berücksichtigung des Arbeitnehmer*innenschutzes muss notwendiger Bestandteil des UmwG werden. Denn wurden rein nationalrechtliche Umwandlungsvorhaben stets durch den klaren Anwendungsbereich der deutschen Mitbestimmungsgesetze erfasst, so ist dies aufgrund der Europäisierung des Gesellschaftsrechts nicht gleichermaßen gewährleistet. Die Umwandlungsrichtlinie gibt dem deutschen Gesetzgeber den notwendigen Gestaltungsspielraum, um den widerstreitenden Interessen zwischen Arbeitnehmer*innenschutz und der Vollendung des europäischen Binnenmarktes Rechnung zu tragen.

Vor diesem Hintergrund regt der DGB an, die Vorgaben des Europäischen Gesetzgebers in einem neuen § 314a „Schutz der Arbeitnehmer*innen der übertragenen Gesellschaft" zusammenzufassen.

§314a Schutz der Arbeitnehmer*innen der übertragenen Gesellschaft

(1) Das Gericht stellt eine Verschmelzungsbescheinigung gemäß § 316 UmwG-E nur dann aus, wenn ein besonderes Verhandlungsgremium eingesetzt wurde und die Verhandlungen zur Mitbestimmung durchgeführt worden sind.

(2) Das Gericht hat die Ausstellung der Verschmelzungsbescheinigung zu verweigern, wenn Hinweise auf die missbräuchliche Vermeidung von Mitbestimmung gegeben sind. In einem solchen Fall sind das besondere Verhandlungsgremium und die in der Gesellschaft vertretene Gewerkschaft anzuhören.

(3) Hinweise für eine Vermeidung der Mitbestimmung gemäß Absatz 2 sind insbesondere dann gegeben, wenn 4/5 der in Deutschland geltenden Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze erreicht sind, wenn im Zielland keine Wertschöpfung erbracht wird und wenn der Verwaltungssitz der Gesellschaft in Deutschland verbleibt.

(4) Die in der übertragenden Gesellschaft vertretene Gewerkschaft kann beim für die Eintragung gem. § 316 zuständigen Gericht beantragen, dass die Verschmelzung nicht eingetragen wird, insbesondere wenn das Beteiligungsverfahren nicht eingeleitet wurde bzw. die Gesellschaft nicht verhandelt, die Verhandlungen tatsächlich nicht abgeschlossen wurden oder Hinweise auf missbräuchliche Mitbestimmungsvermeidung vorliegen.

Zu Absatz 1 im Vorschlag des DGB:
Es muss klar sein, dass eine Verschmelzungsbescheinigung erst dann ausgestellt werden darf, wenn ein BVG eingesetzt wurde, und wenn die Beteiligungsvereinbarung abgeschlossen wurde bzw. wenn das BVG die Nichtaufnahme bzw. den Abbruch der Verhandlungen beschlossen hat.

Dass diese Vorgabe der Intention des Europäischen Gesetzgebers entspricht, verdeutlichen die Erwägungsgründe 31 und 32:

Erwägungsgrund 31 lautet: *„Um zu verhindern, dass die Mitbestimmungsrechte durch ein grenzüberschreitendes Vorhaben umgangen werden, sollte es einer Gesellschaft bzw. Gesellschaften, die ein grenzüberschreitendes Vorhaben vornimmt/vornehmen und in einem Mitgliedstaat eingetragen ist/sind, der Mitbestimmungsrechte für Arbeitnehmer vorsieht, nicht möglich sein, ein grenzüberschreitendes Vorhaben vorzunehmen, ohne zuvor Verhandlungen mit ihren Arbeitnehmern oder deren Vertretern aufzunehmen, wenn die durchschnittliche Zahl der von dieser Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer vier Fünfteln des nationalen Schwellenwerts für eine solche Arbeitnehmermitbestimmung entspricht."*

Erwägungsgrund 32 lautet: *Die Einbeziehung aller Interessenträger in grenzüberschreitende Vorhaben, insbesondere die Einbeziehung von Arbeitnehmern, trägt zu einem langfristigen und nachhaltigen Ansatz durch Gesellschaften im gesamten Binnenmarkt bei. In dieser Hinsicht spielen der Schutz und die Förderung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer im Verwaltungs- und Aufsichtsorgan einer Gesellschaft eine wichtige Rolle, insbesondere wenn eine Gesellschaft grenzüberschreitend verlegt oder umstrukturiert wird. Deshalb ist der erfolgreiche Abschluss von Verhandlungen über Mitbestimmungsrechte im Kontext grenzüberschreitender Vorhaben entscheidend und sollte gefördert werden."*

Dass hier dem erfolgreichen Abschluss der Verhandlungen eine entscheidende Bedeutung zugewiesen wird, ist u.E. ein klarer Hinweis darauf, dass die Verhandlungen zur Mitbestimmung durchgeführt sein müssen, ehe eine Verschmelzungsvereinbarung ausgestellt werden darf.

Vor diesem Hintergrund und der grundsätzlichen Erwägung, Mitbestimmungsrechte schützen zu wollen, ist Artikel 127 GesR-RL so zu lesen, dass die Verschmelzungsbescheinigung nur dann erteilt werden kann, wenn das im Plan angegebene Verfahren entsprechend der Regeln durchgeführt worden ist. Es ist bei weitem nicht ausreichend, ein Nichtverhandeln des Arbeitgebers mit einem besonderen Verhandlungsgremium in der Begründung des UmRUG (Seite 98 ff.) lediglich als ein mögliches Kriterium für missbräuchliche Zwecke zu diskutieren und die bloße Konstituierung genügen zu lassen.

Schließlich spricht auch die Systematik der Europäischen Vorschriften dafür, dass das Beteiligungsverfahren abzuschließen ist, bevor die Verschmelzungsbescheinigung erteilt werden kann, da die Regelungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer*innen denen zur Vorabbescheinigung voran gehen.

Besonders ein Vergleich mit dem Schutz der Gläubiger*innen im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung der Verschmelzungsbescheinigung verdeutlicht, dass die Verhandlungen zwischen BVG der Arbeitnehmer*innen und dem Unternehmen abgeschlossen sein müssen, bevor eine Bescheinigung erteilt werden kann. Die Schutzvorschriften der Art. 86j, Art. 126b, Art. 160j sehen unter bestimmten Bedingungen das Erbringen zusätzlicher Sicherheitsleistung für die Gläubiger vor. Diese Sicherheitsleistungen sind ausdrücklich vor Erteilung der Wegzugbescheinigung zu erbringen. D.h., die Sicherheit muss abschließend erbracht sein, wenn die Wegzugsbescheinigung erteilt wird. Deutlicher als in der missverständlich formulierten deutschen Fassung wird dies in der englischen Fassung der Richtlinie (z.B. Art. 86j Abs. 1 UAbs. 3): "*Member States shall ensure that the safeguards are conditional on the crossborder conversion taking effect in accordance with Article 86q.*"

Dieser Ex-Ante-Schutz muss auch bei anderen Schutzbedürftigen im Sinne der Richtlinie wirken. Die EU-Richtlinie sieht insbesondere drei schutzbedürftige Gruppen: Gläubiger*innen, Minderheitsgesellschafter*innen und Arbeitnehmer*innen. Sie haben nach Vorstellung des EU-Gesetzgebers gleichermaßen ein schutzwürdiges Interesse im Rahmen der Erteilung des Wegzugzertifikats. Die Wertung, dass bei den Gläubiger*innen die Sicherheit abschließend erbracht sein muss, bevor die Wegzugsbescheinigung erteilt werden kann, ist folglich auf die Verhandlungen mit den Arbeitnehmer*innen zu übertragen. Dementsprechend müssen die Verhandlungen zwischen BVG der Arbeitnehmer*innen und Unternehmen abgeschlossen sein und die Vereinbarung vorliegen, bevor eine Verschmelzungsbescheinigung erteilt werden kann.

Zu befürchten steht überdies, dass die durch die zuständige Behörde im Zuzugsstaat vorzunehmende Kontrolle nicht den gebotenen Schutz bietet. Die zu sichernden Mitbestimmungsrechte sind vor allem solche der Arbeitnehmer*innen im Wegzugsstaat. Die zuständige Behörde des Zuzugsstaates wird aber regelmäßig Schwierigkeiten bei der Überprüfung der korrekten Arbeitnehmerbeteiligung haben, da ihr die spezifischen Vorschriften des nationalen Rechts des Wegzugsstaates nicht oder weniger gut bekannt sind.

Zu den Absätzen 2 und 3 im Vorschlag des DGB:

Aufgrund des Inhalts der Umwandlungsrichtlinie (insbesondere zusammen mit der Berücksichtigung der Erwägungsgründe 11, 31, 32, 35, 36, 50 und 61) wird deutlich, dass der Europäische Gesetzgeber den Schutz der Rechte der Arbeitnehmer*innen allgemein und den Schutz der Unternehmensmitbestimmung im Besonderen als sehr bedeutsam erachtet.

Der Ansatzpunkt für entsprechende Maßnahmen sind die **Artikel 86m, 128 und 160m** der GesR-RL. Dort wird, jeweils in Absatz 8, ausgeführt, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, „*dass die zuständige Behörde keine Vorabbescheinigung ausstellt, wenn im Einklang mit dem nationalen Recht festgestellt wird, dass eine grenzüberschreitende Umwandlung 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* [Hervorhebungen durch den DGB]."

Einer Argumentation von Prof. Teichmann[7] folgend geschieht die Vermeidung von Unternehmensmitbestimmung regelmäßig nicht aus kriminellen Zwecken, so dass die Möglichkeit entfällt, aus diesem Grund die Ausstellung einer Vorabbescheinigung zu verweigern. Allerdings erscheine es nahe liegend, die Vermeidung von Mitbestimmung als Maßnahme zu klassifizieren, mit der sich ein Unternehmen nationalem Recht, konkret den deutschen Mitbestimmungsgesetzen, entzieht.

Die entscheidende Frage lautet nunmehr, inwieweit eine solche Umgehung nationalen Rechtes als „missbräuchlich" betrachtet werden kann.

Für den missbräuchlichen Charakter der Mitbestimmungsvermeidung sprechen aus gewerkschaftlicher Sicht eine ganze Reihe von Argumenten, die sich aus den Erwägungsgründen der Richtlinie ergeben. Prof. Teichmann weist in diesem Kontext darauf hin, dass diese Erwägungsgründe auch vor dem Hintergrund zu interpretieren sind, dass ihre Formulierung das Ergebnis einer intensiven politischen Debatte exakt zur Umgehung von Mitbestimmung war.[8]

---

[7] Vgl. Teichmann, Christoph (2019): Circumvention of Board Level Representation of Employees, in: Birkmose, Hanne S. et al. (Hrsg.): Abuse of Companies, Alphen an den Rijn, S. 111-113.
[8] Vgl. Teichmann, Christoph (2019) a.a.O. S. 111.

Der DGB fordert daher, den RegE im Sinne der oben aufgeführten Erwägungsgründe zu ergänzen und sicherzustellen, dass das Registergericht die Ausstellung einer Verschmelzungsbescheinigung verweigert, wenn Hinweise auf die Vermeidung von Mitbestimmung gegeben sind. Die Begründung zu § 316 Abs. 3 UmwG-E greift diese Argumentation im Ansatz auf, bleibt aber letztlich unzureichend und unvollständig, weil die virulenten Aspekte der fortschreitenden Vermeidung der Mitbestimmung nicht angesprochen werden. Die zwei in der Begründung genannten Beispiele für Anhaltspunkte einer missbräuchlichen Umgehung von Arbeitnehmer*innenrechten beschreiben Situationen, in denen entgegen den geltenden Vorschriften kein BVG gebildet wurde oder zwar ein BVG gewählt wurde, jedoch die Unternehmensleitung ersichtlich keine Verhandlungen führen will. Diese Beispiele bilden jedoch die Praxis der Mitbestimmungsvermeidung nur unzureichend ab, insbesondere weil sie die die präventive Vermeidung der Mitbestimmung durch den eingangs beschriebenen sog. „Einfriereffekt" nicht aufgreifen. Unternehmen, die diese Methode der Mitbestimmung anwenden, haben schlichtweg keinen Grund, regelwidrig auf die Einsetzung eines BVG zu verzichten, weil die Arbeitnehmer*innen, wenn sich das Unternehmen unterhalb der Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze befindet, niemals eine Form der Unternehmensmitbestimmung gegen den Arbeitgeber durchsetzen können. Dazu fehlt schlichtweg eine Auffanglösung.

Erschwerend kommt eine neue Formulierung in der Gesetzesbegründung (Seite 124) hinzu, wonach die *„bloße Absicht, in den Genuss günstiger Rechtsvorschriften zu gelangen, […] allerdings angesichts der Niederlassungsfreiheit für sich genommen noch keinen Missbrauch [begründet]."* Diese Formulierung beschreibt die Rechtsprechung des EuGHs durchaus zutreffend, verkürzt diese aber auch, da der EuGH stets bekräftigt hat, dass ein Mitgliedstaat die Niederlassungsfreit beschränken darf, wenn dies aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sei, wozu ausdrücklich auch der Schutz der Arbeitnehmer*innen gehört.

Da die aus gewerkschaftlicher Sicht problematische Ergänzung im Text der Begründung direkt an die Thematisierung der Mitbestimmung anschließt, steht zu befürchten, dass - solange Verhandlungen mit einem BVG entsprechend den geltenden Bestimmungen geführt werden - ein Missbrauchscharakter im Sinne des Regierungsentwurfes stets ausgeschlossen ist. Eine präventive Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung wäre nach dieser Lesart vollkommen unproblematisch möglich. In der Folge würden die auf Seite 57 des Regierungsentwurfes diskutierten Nachhaltigkeitsaspekte „ad absurdum" geführt, denn anstelle des dort postulierten nachhaltigen Schutzes der Arbeitnehmer*innen würde der Gesetzgeber das nachhaltige Einfrieren eines Zustandes ohne Unternehmensmitbestimmung ermöglichen. Umso wichtiger ist die Ergänzung des Gesetzesentwurfes um den neuen Paragrafen 314a.

Von großer Bedeutung ist aus gewerkschaftlicher Sicht auch, dass vor einer Entscheidung der Registergerichte stets die im Unternehmen vertretene Gewerkschaft anzuhören ist. Das

ist schon deshalb erforderlich, weil sie Beteiligte im Verhandlungsverfahren ist, dort eigene Rechte hat und zu Fragen der Beteiligungsvereinbarung und des Verhandlungsablaufs antragsberechtigt beim Arbeitsgericht ist (vgl. zuletzt BAG v. 18.8.2020, AZ: 1 ABR 43/18 (A)).

Diesbezüglich begrüßen wir eine Ergänzung in der Begründung des Regierungsentwurfs (Seite 123), wonach „*entsprechende Anhaltspunkte auch aus Hinweisen folgen [können], die nicht unmittelbar am Verfahren beteiligte Dritte (zum Beispiel Gewerkschaften) dem Registergericht übermitteln*." Letztlich beschreibt diese Ergänzung jedoch lediglich die bestehende Rechtslage, und ersetzt nicht die Forderung des DGB, die Gewerkschaften regelmäßig anzuhören. Daher bekräftigt der DGB die oben dargelegte Ergänzung in einem neuen § 314a Abs. 2. Solange das Verhandlungsverfahren zwischen BVG und Unternehmen nicht abgeschlossen ist, ist generell die Verschmelzungsbescheinigung zu versagen (s.o.).

Zur Beurteilung, ob darüber hinaus Hinweise auf die Vermeidung der Mitbestimmung gegeben sind, die die Versagung der Bescheinigung erfordern, sollte das Registergericht eine Gesamtschau der Umstände vornehmen.

Bei einer Gesamtschau der Umstände sind insbesondere folgende Umstände zu berücksichtigen, die eine Vermeidung der Mitbestimmung und somit eine missbräuchliche Anwendung der Richtlinie vermuten lassen:

- 4/5 der in Deutschland geltenden Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze sind erreicht.
- Im Zielland wird keine Wertschöpfung erbracht.
- Es ist vorgesehen, dass der Verwaltungssitz des Unternehmens in Deutschland verbleibt.

Erwägungsgrund 36 stützt diese Sichtweise, indem das Vorliegen einer missbräuchlichen Gestaltung, gewissermaßen, ausgeschlossen wird, wenn der Verwaltungssitz bzw. der Ort der wirtschaftlichen Tätigkeit im Zielstaat liegen. Dies bedeutet jedoch im Umkehrschluss auch, dass ein Missbrauch dann möglich erscheint, wenn ein Unternehmen 4/5 der nationalen Schwellenwerte erreicht hat und der Verwaltungssitz im Ursprungsland verbleibt. Es spricht daher vieles dafür, im UmRUG darauf hinzuwirken, dass in solchen Fällen ein wirksamer Schutz der Mitbestimmung geschaffen wird.

Zu Absatz 4 im Vorschlag des DGB:
Um die Sicherung der Mitbestimmung effektiv überprüfen zu können und dem Schutz der Arbeitnehmer*innen wirksam Geltung zu verschaffen, ist den in der Gesellschaft vertretenen Gewerkschaften das Recht einzuräumen, gegenüber dem Registergericht die Versagung der Verschmelzungsbescheinigung zu beantragen. Dazu können auch begründete Hinweise dahingehend zählen, dass eine grenzüberschreitende Umwandlung einer bereits mitbestimmten Gesellschaft nur zu dem Zweck ausgeführt wird, um die Mitbestimmung nach Ende des vierjährigen Schutzzeitraums durch eine innerstaatliche Folgeverschmelzung abzustreifen.

Der rein arbeitsrechtliche, nachgelagerte Schutz vor den Arbeitsgerichten, hinsichtlich des Inhalts einer Vereinbarung, vermag im registergerichtlichen Verfahren keinen ausreichenden Schutz zu ermöglichen, wie die Erfahrung mit der SE zeigt. Das gilt bei innerstaatlicher Umwandlung insbesondere aber bei grenzüberschreitender Verlagerung (Wegzug), weil eine nachgelagerte arbeitsrechtliche Kontrolle von Verhandlungsverfahren oder Vereinbarungsinhalten vor Schwierigkeiten steht, wenn durch Erteilung der Wegzugsbescheinigung und ggfs. Eintragung im Zuzugsstaat bereits Fakten geschaffen wurden.

Übertragung der Schutzregelung auf grenzüberschreitende Formwechsel und Spaltungen

Die o. g. Vorgaben zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen sind durch geeignete Ergänzungen im Gesetz auch auf grenzüberschreitende Formwechsel und grenzüberschreitende Spaltungen zu übertragen. Z. B. durch einen inhaltlich dem von uns vorgeschlagenen § 314a UmwG-E entsprechenden neuen Paragrafen § 343a UmwG-E zum Schutz der Arbeitnehmer*innen der formwandelnden Gesellschaft bzw. entsprechenden Regelungen für die grenzüberschreitende Spaltung.

4) Alternative Gesetzesergänzung zum Schutz der Rechte der Arbeitnehmer*innen bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung

Wie oben dargestellt plädiert der DGB nachdrücklich für die Ergänzung des UmRUG um einen neuen §314a. Ein wirksamer Schutz der Unternehmensmitbestimmung erfordert diese oder ähnliche substanzielle Ergänzungen des Regierungsentwurfs.

Sollte der Gesetzgeber jedoch entgegen unserem dringenden Rat keinen neuen Paragrafen ins UmRUG einfügen wollen, so sind zu mindestens die vorhandenen Vorgaben zum Schutz der Arbeitnehmer*innen zu stärken.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Ergänzung der Vorschriften in § 316 Abs. 3 sowie § 343 Abs. 3, die aus gewerkschaftlicher Sicht in der vorliegenden Form zu unkonkret für die Praxis der Registergerichte sind. Anstatt auf eine Klärung durch die Rechtsprechung zu setzen, sollte der Gesetzgeber hier selbst die notwendigen Konkretisierungen vornehmen.

Dazu gehört die ausdrückliche Klarstellung, dass die Vermeidung bzw. Umgehung der Unternehmensmitbestimmung ein Versagen der Wegzugsbescheinigung begründet.

Weiterhin sollte die jüngste Änderung im Regierungsentwurf zurückgenommen werden, wonach die Missbrauchsprüfung nur beim Vorliegenden von „Anhaltspunkten" stattzufinden habe. In den Artikeln 86m, 127 sowie 160m (jeweils Abs. 8) der EU-Richtlinie ist jedenfalls nicht von „Anhaltspunkten" die Rede, im Gegenteil heißt es in Art. 86m Abs. 8: *„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde keine Vorabbescheinigung ausstellt, wenn im Einklang mit dem nationalen Recht festgestellt wird, dass eine grenzüberschreitende Umwandlung 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."*

Die Eingrenzung der Prüfung auf das Vorliegen von Anhaltspunkten beschränkt die Missbrauchsprüfung in einer europarechtswidrigen Weise und ist daher zu revidieren.

Wir schlagen diesbezüglich vor **§ 316 Abs. 3 sowie § 343 Abs. 3 UmwG** wie folgt zu ändern:

„(3) ***Das Gericht prüft*** *~~Beim Vorliegen von Anhaltspunkten prüft das Gericht~~, 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. Liegen solche Zwecke vor, so lehnt es die Eintragung gemäß Absatz 1 ab.* ***In Hinblick auf die missbräuchliche Vermeidung der Mitbestimmung können solche Zwecke insbesondere dann vorliegen, wenn 4/5 der in Deutschland geltenden Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze erreicht sind, wenn im Zielland keine Wertschöpfung erbracht wird oder wenn der Verwaltungssitz der Gesellschaft in Deutschland verbleibt.***
Ist es für die Prüfung notwendig, zusätzliche Informationen zu berücksichtigen oder zusätzliche Ermittlungen durchzuführen, so kann die in Absatz 1 Satz 1 vorgesehene Frist um höchstens drei Monate verlängert werden."

Wichtig ist ebenfalls die Konkretisierung der Notwendigkeit einer Anhörung der in der Gesellschaft vertretenen Gewerkschaft durch eine Ergänzung eines neuen **Absatz 4 in § 317 UmwG-E**:

„§ 317 Informationen des Registergerichts

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

1. von der Gesellschaft Informationen und Unterlagen verlangen,

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, die notwendigen Informationen und Unterlagenerbitten,

3. von einem eingesetzten besonderen Verhandlungsgremium Informationen und Unterlagen verlangen ~~sowie~~

4. die zuständige Gewerkschaft im Rahmen der Prüfung des § 316 Abs. 3 UmwG anhören sowie

5. einen unabhängigen Sachverständigen zuziehen."

Eine identische Ergänzung ist in § 344 UmwG für den Fall des grenzüberschreitenden Formwechsels vorzunehmen. Weiterhin ist dafür Sorge zu tragen, dass § 329 UmwG-E für den Fall der grenzüberschreitenden Spaltung weiterhin vollumfänglich auf § 317 UmwG-E verweist."

Um eine rechtzeitige Information der Gewerkschaft sicherzustellen, ist weiterhin eine Änderung in **§ 308, Abs. 1 Nummer 4, lit. b) UmwG-E** angezeigt:

„einen Hinweis an folgende Personen, dass sie der jeweiligen Gesellschaft spätestens fünf Arbeitstage vor dem Tag der Gesellschafterversammlung Bemerkungen zum Verschmelzungsplan übermitteln können:

a) an die Anteilsinhaber und Gläubiger der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften sowie

b) an die zuständigen Betriebsräte der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften oder, soweit es keinen Betriebsrat gibt, an die Arbeitnehmer der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ***sowie an die gesetzlichen Vertreter der in den an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften vertretenen Gewerkschaft****."*

Es ist dafür Sorge zu tragen, dass § 323 UmwG-E für den Fall der grenzüberschreitenden Spaltung und § 336 für den Fall des grenzüberschreitenden Formwechsels weiterhin vollumfänglich auf § 308 Abs. 1 verweisen.

5) Hinweise zu Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer*innen

Die EU-Umwandlungsrichtlinie sieht in den Artikeln 86k, 126c und 160k GesR-RL in Kombination mit den Erwägungsgründen 26 bis 29 umfangreiche Regelungen zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer*innen vor.

Diese sind im RegE des UmRUG u.a. in den §§ 308 Abs. 1 Nummer 4b) UmwG-E sowie 310 Abs.1 und 3 UmwG-E geregelt. Durch Verweise in den §§ 324 UmwG-E sowie den §§ 336 und 337 UmwG-E gelten diese Vorgaben auch für grenzüberschreitende Formwechsel und Spaltungen. Dabei fällt jedoch auf, dass der Gesetzestext lediglich von den „zuständigen Betriebsräten" bzw. dem „Betriebsrat" spricht. Nicht angesprochen werden Gesamt- und Konzernbetriebsratsgremien sowie Europäische- bzw. SE-Betriebsräte.

Von daher ist es auch mit Blick auf die Anwendung in der Praxis anzuerkennen, dass die Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs zu § 308 Abs. 1 (Seite 107) sowie zu § 310 „Bekanntmachung des Verschmelzungsplans" (Seite 110) darauf verweist, dass „*die zuständigen Betriebsräte je nach konkreter Betroffenheit auch Gesamt- beziehungsweise Konzernbetriebsratsgremien sowie Europäische beziehungsweise SE-Betriebsräte sein* [können]."

Besser zur Verhinderung weiterer Mitbestimmungsvermeidung wäre es aber gewesen, dies in den Gesetzestext von §§ 308, 310 explizit aufzunehmen. Dies sollte im parlamentarischen Verfahren nachgeholt werden.

6) Zur grenzüberschreitenden Spaltung zur Aufnahme

§ 332 UmwG-E erweitert die Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Spaltung auf eine grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme. Diese Option ist in der EU-Richtlinie, die sich auf Regularien zur Spaltung zur Neugründung begrenzt, nicht vorgesehen, weshalb es diesbezüglich auch keine unionsrechtliche Grundlage zum Schutz der Mitbestimmung gibt.

Der RegE versucht diese Problematik dadurch zu lösen, dass er die grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme auf mitbestimmungsfreie Gesellschaften mit weniger als 4/5 der Arbeitnehmer*innen des maßgeblichen Schwellenwertes beschränkt. Bezogen auf das Herausspalten aus Deutschland hinaus, beschränkt diese Vorgabe die grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme in eine ausländische Gesellschaft auf deutsche Unternehmen mit weniger als 400 Beschäftigten.

Aus Sicht des Deutschen Gewerkschaftsbundes ist anzuerkennen, dass die Bundesregierung offenbar bemüht ist, die in Deutschland bestehende Unternehmensmitbestimmung im Fall einer grenzüberschreitenden Spaltung zur Aufnahme zu schützen. Dabei wird jedoch verkannt, dass dieses Instrumentarium dennoch zum Einfrieren eines Zustandes ohne Mitbestimmung Anwendung finden kann (vergleiche dazu Kapitel 2 dieser Stellungnahme).

Im Ergebnis wird mitbestimmungskritischen Unternehmen ein weiteres Instrumentarium zur Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung zur Verfügung gestellt.

Dies steht in einem eklatanten Widerspruch zum Ansinnen des Koalitionsvertrages, die Einfrierproblematik zu überwinden.

Daher sollte die grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme nicht in das deutsche Umwandlungsrecht aufgenommen werden.

7) Zum neuen § 35a (Interessenausgleich und Betriebsübergang)

In der Gesetzesbegründung wird auf Seite 85 ausgeführt, dass der neue § 35a UmwG-E § 323 Absatz 2 UmwG und § 324 UmwG ohne inhaltliche Änderung in das Zweite Buch des Umwandlungsgesetzes (Verschmelzung) überführe.

§ 324 (Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang) regelt bislang, dass § 613a Abs. 1, 4 bis 6 des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch die Wirkungen der Eintragung einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung unberührt bleiben.

Der neue § 35a Absatz greift die vormalige Formulierung zwar auf, schränkt den Wortlaut des Verweises auf § 613a Abs. 1, 4 bis 6 BGB jedoch auf den Anwendungsfall der Verschmelzung ein. Die Anwendung auf Spaltungen und Formwechsel erfolgen wiederum über verschiedene Verweise.

Der DGB regt daher an, im Sinne von Übersichtlichkeit und Verständlichkeit die Beibehaltung der vormaligen Formulierung im alten § 324 UmwG zu prüfen, um nicht notwendige Inhalte der Vorschrift zu verlieren. Nach der Gesetzesbegründung soll eine vollständige Überführung erfolgen.

8) Zum neuen § 132a Mitbestimmungsbeibehaltung

Der neue § 132a UmwG-E (Mitbestimmungsbeibehaltung) überträgt die Vorgaben aus dem bisherigen § 325 UmwG aus systematischen Gründen und inhaltlich unverändert an den neuen Ort.

Der Bezug auf Rechte aus der Unternehmensmitbestimmung ist in Absatz 1 zu finden, der zur Betriebsverfassung in Absatz 2. Durch einen Verweis in § 320 UmwG-E (siehe dazu auch die Begründung auf Seite 99) wird richtigerweise sichergestellt, dass diese Bestimmungen auch auf die grenzüberschreitende Spaltung Anwendung finden.

Es fehlt der Bezug auf Rechte der Europäischen Betriebsräte (EBR). Im EBRG jedoch ist in § 37 die Rechtsfolge wesentlicher Strukturänderungen geregelt. Hierzu zählt die Spaltung ausdrücklich.

Daher schlägt der DGB die Einfügung eines neuen Absatzes 3 des § 132a vor:

„Hat die Spaltung eines Rechtsträgers die Spaltung von Unternehmen oder Unternehmensgruppen zur Folge, so findet § 37 EBRG Anwendung."

9) Anmerkungen zum Kündigungsschutzrecht

In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass der neue § 132 UmwG-E § 322 UmwG und § 323 Absatz 1 UmwG ohne inhaltliche Änderung in das dritte Buch des Umwandlungsgesetzes (Spaltung) überführe.

Der neue § 132 greift die vormalige Formulierung zwar auf, beschränkt den Wortlaut jedoch auf den Anwendungsfall der Spaltung. Die Anwendung auf Teilübertragungen erfolgt wiederum über verschiedene Verweise. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften regen an, im Sinne von Übersichtlichkeit und Verständlichkeit die Beibehaltung der vormaligen Formulierung in den alten §§ 322, 323 Abs. 1 des UmwG zu prüfen.

Der DGB und seine Mitgliedgewerkschaften schlagen zudem vor, eine Chance zur Klarstellung zu nutzen und den § 132 Abs. 1 UmwG-E um die Vermutungsregelung aus § 1 Abs. 2 BetrVG zu ergänzen. Ein Gemeinschaftsbetrieb stellt einen Betrieb im Sinne des KSchG dar (Vgl. etwa BAG, Urteil vom 16.01.2003 – 2 AZR 609/01 -, Rn. 20, juris). Dies wird durch den § 322 UmwG deklaratorisch klargestellt. Offen gelassen vom Bundesarbeitsgericht (BAG, 24. Mai 2012 – 2 AZR 62/11 -, Rn. 23, juris) ist bislang, ob auch die Vermutungsregelung des § 1 Abs. 2 BetrVG greift. Dies kann nun klargestellt werden. Arbeitnehmer*innen sind auf die Vermutungsregelung angewiesen, zudem sollte das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes individualrechtlich und betriebsverfassungsrechtlich einheitlich bewertet werden.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften regen auch an, den Kündigungsschutz insbesondere in Hinblick auf den Kleinbetrieb zu verbessern. Hier kann der Gesetzgeber in Bezug auf Spaltungen und Teilübertragungen erste Schritte ergreifen. Wir regen an, die Geltung des § 123 Abs. 2 UmwG-E unbeschränkt zu erweitern, soweit die Unternehmen demselben Konzern angehören. Zudem sollte der Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1 UmwG-E auf alle Fälle des Betriebsübergangs, nicht nur Spaltungen und Teilübertragungen, erweitert werden.

10) Schutz der Betriebsrenten

Für den DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften hat der Schutz der Betriebsrenten eine große Bedeutung. Insoweit begrüßen wir, dass in der Begründung zu § 316 UmwG-E vorgegeben wird, dass „*bei einer Prüfung von missbräuchlichen Zwecken zu bedenken [ist], ob Betriebsrentenansprüche einschließlich deren Anpassung sowie der Beitragseinzug durch den Pensions-Sicherungs-Verein durchsetzbar sind.*" Auch die Ergänzung in § 335 „Formwechselplan", Abs. 2 Nr. 14 erscheint vor diesem Hintergrund sinnvoll.

Es ist unmissverständlich sicherzustellen, dass die Rechte der Betriebsrentner*innen durch eine grenzüberschreitende Umwandlung nicht gefährdet werden. Dieser Aspekt ist im parlamentarischen Verfahren sorgfältig zu prüfen.

11) Notwendigkeit eines Mitbestimmungserstreckungsgesetzes

Die Paragrafen 321 UmwG-E (Spaltungsfähige Gesellschaften) und 334 (Formwechselfähige Gesellschaften) im RegE UmRUG begrenzen die Anwendung der gesetzlichen Vorgaben auf *„Kapitalgesellschaften nach Anhang II der Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (ABl. L 169 vom 30.6.2017, S. 46), die zuletzt durch die Verordnung (EU) 2021/23 (ABl. L 22 vom 22.1.2021, S. 1) geändert worden ist"*

Allerdings sind in der Praxis bereits jetzt auch "andere" Unternehmensformen regelmäßig an grenzüberschreitenden Transaktionen beteiligt. 2% der Unternehmen bei grenzüberschreitenden Fusionen und 7% bei grenzüberschreitenden Umwandlungen haben nach aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen eine andere Unternehmensform.[9]

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften bekräftigen vor diesem Hintergrund ihre Forderung, die deutschen Gesetze zur Unternehmensmitbestimmung auf Unternehmen ausländischer Rechtsform mit Verwaltungssitz in Deutschland zu erstrecken. Dazu hat Prof. Achim Seifert unlängst einen konkreten Vorschlag vorgelegt.[10]

[9] Vgl. Biermeyer, Thomas / Meyer-Erdmann, Marcus (2022): Cross-Border Corporate Mobility in the EU: Empirical Findings 2021, im Internet veröffentlicht unter: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3960618 S. 49 ff.

[10] Vgl. Seifert, Achim (2021): Gesetzesentwurf zur Erstreckung der deutschen Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften, Rechtsgutachten für die Hans-Böckler-Stiftung, Mitbestimmungsreport Nr. 65, im Internet veröffentlicht unter: https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-008044

Notar Dr. Oliver Vossius
Theatinerstraße 8
80333 München

München, den 02.11.2022

**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 kursorischer 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 Enthaftungsfrist 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 Enthaftungsfrist 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 Haftungsverhältnisses 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 Vokabellernen.

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 § 122l Abs. 3 UmwG abgelehnt. Auch die Argumentation, der Notar sei ja nur der Bote des anderen Registers, verfing 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.

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

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

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.[1]

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[2] 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,[3] zum anderen die Problematik einer Missbrauchskontrolle.[4] Angesichts der unterschiedlichen Mitbestimmungsniveaus der europäischen Mitgliedstaaten kann eine grenzüberschreitende Umwandlungsmaßnahme zu deutlichen Veränderungen der

[1] 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.
[2] 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.
[3] Vgl. hierzu etwa bereits *Bayer/J. Schmidt*, BB 2018, 2562, 2572; *Bungert/Wansleben* DB 2018, 2094, 2100 f.; *Mückl/Götte*, BB 2018, 2036.
[4] *Stelmaszczyk* GmbHR 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,[5] 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.[6] Eine einfache Formel für die Unterscheidung zwischen missbräuchlichen und nicht missbräuchlichen Gestaltungen existiert hier sicherlich

[5] Siehe dazu etwa *Wicke*, DStR 2018, 2703, 2709.
[6] BT-Drs. 20/3822, S. 104.

nicht, weshalb es im Grundsatz zu begrüßen ist, dass §§ 316 Abs. 3, 343 Abs. 3 UmwG-E mit unbestimmten Rechtsbegriffen arbeiten.[7]

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.[8] Anderenfalls wäre dies ein Einfalltor für subjektive, außerrechtliche Wertungen mit dem Risiko willkürlicher Blockadeentscheidungen.[9] 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.[10] 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 begründe.[11] 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

[7] Ausdrücklich begrüßend, dass keine Aufzählung von Fallgruppen erfolgt: *J. Schmidt*, NZG 2022, 635, 640; ähnlich *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 501, 509.
[8] So bereits *Wicke*, DStR 2018, 2703, 2704; vgl. außerdem Krafka/*Krafka*, 11. Aufl. 2019, Rn. 159.
[9] So bereits *Wicke*, DStR 2018, 2703, 2704.
[10] BT-Drs. 20/3822, S. 104.
[11] BT-Drs. 20/3822, S. 104; ähnlich *Habersack*, ZHR 2018, 495, 504; *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 501, 509.

Rechtsvorschriften für im Grundsatz zulässig erklärt.[12] 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.[13] 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.[14]

Dies schließt jedoch nicht aus, dass der europäische Gesetzgeber im Sekundärrecht nähere Bestimmungen über die Ausgestaltung der Niederlassungsfreiheit trifft und diese auch einschränkt.[15] 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.[16]

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.[17] 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

---

[12] 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*.

[13] EuGH, Urteil vom 9. 3. 1999 - C-212–97 (Centros), Rn. 39.

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

[15] 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.

[16] 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*.

[17] 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.[18] Eine Indizwirkung in Zusammenschau mit anderen Faktoren kann einer derartigen Gestaltung ohne „genuine link" zum Satzungsstaat aber durchaus beigemessen werden.[19] 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.[20] 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

[18] Ähnlich *Kraft*, BB 2019, 1864, 1867; *J. Schmidt*, BB 2019, 1922, 1930.
[19] So bereits *Wicke*, DStR 2018, 2703, 2704 f.; vgl. auch *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 355, 361 f.
[20] Im Ergebnis ebenso wohl *J. Schmidt*, BB 2019, 1922, 1930.

nicht mehr besitzt.[21] 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.[22] 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.[23] Auch entspricht dies dem allgemeinen Prüfungsstandard im deutschen Registerwesen, wonach eine vertiefte Prüfung jenseits formeller Kriterien nur bei entsprechendem Anlass erfolgt.[24]

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

[21] S. hierzu bereits *Bayer/J. Schmidt*, BB 2018, 2562, 2570 f.
[22] Ähnlich argumentierend *Bungert/Becker*, DB 2019, 1609, 1613.
[23] *Bungert/Strohotte*, DB 2022, 1818, 1821; *Heckschen/Knaier*, ZIP 2022, 2205, 2211.
[24] 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.[25] 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.[26] Die Erteilung der Vorabbescheinigung sollte also in § 17 RPflG aufgenommen werden.

II. Annahme des Barabfindungsangebots

Ausdrücklich zu begrüßen ist der – klarstellende[27] – 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.

[25] BT-Drs. 20/3822, S. 104.
[26] Vgl. dazu etwa *Brandi*, BB 2018, 2626, 2633 („Fremdkörper“).
[27] *Luy*, NJW 2019, 1905, 1908.

Diese zweistufige Ausgestaltung ist richtlinienkonform.[28] 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.[29] 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.[30] 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.[31] 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

[28] Ebenso *Noack*, ZGR 2020, 90, 107; *Stelmaszczyk*, Der Konzern 2021, 48, 52.
[29] Zur nationalen Regelung des § 31 UmwG *Kalss* 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.
[30] 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.
[31] *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,[32] 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 unberatenen Entscheidungen betroffen.[33] 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.[34]

---

[32] 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.
[33] BT-Drs. 20/3822, S. 96.
[34] 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. Konsequent 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.[35] 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.[36] 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.[37] Hinzu kommt, dass bei einer Zuständigkeit ausländischer Gerichte, die teilweise durch sehr lange Verfahrensdauer geprägt sind, das Erpressungsrisiko durch „räuberische Gläubiger“ stark ansteigt.[38]

---

[35] *Heckschen/Knaier*, ZIP 2022, 2205, 2208; *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 585; *Schollmeyer*, ZGR 2020, 62, 79.
[36] Vgl. dazu etwa die Stellungnahme der Bundesnotarkammer vom 17. Mai 2022 zum Referentenentwurf, S. 8.
[37] *Baschnagel/Hilser*, NZG 2022, 1333, 1338; *Bungert/Strothotte*, Der Betrieb 2022, 1818, 1820 f.; *Heckschen/Knaier*, ZIP 2022, 2205, 2208 f.
[38] 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.[39] 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;[40] außerdem sorgt für in Deutschland tätige Arbeitnehmer im Insolvenzfall der Pensions-Sicherungs-Verein VVaG auch nach einer Verlegung des Verwaltungs- oder Satzungssitzes 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.[41]

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.[42] 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

[39] Ähnlich *Heckschen/Knaier*, ZIP 2022, 2205, 2209, die allerdings eine Zuständigkeitskonzentration auf ein Gericht pro Land vorschlagen.
[40] *Schollmeyer*, ZGR 2020, 62, 80.
[41] *Schollmeyer*, ZGR 2020, 62, 80.
[42] 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.[43] 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.[44] 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.[45]

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[46] 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.

---

[43] 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.

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

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

[46] *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.[47] Das Zusammenarbeitsgebot des § 6c Abs. 2 SpruchG-E verringert dieses Risiko jedoch.[48]

[47] Vgl. hierzu ausführlich *Noack/Habrich*, AG 2019, 908, 910 ff.; *Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 2437, 2442.
[48] *Schmidt*, NZG 2022, 579, 585.

Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie nachjustieren

Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen der Umwandlungsrichtlinie

2. November 2022

Zusammenfassung

Der Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen der Umwandlungsrichtlinie folgen im Wesentlichen den Vorgaben der Richtlinie 2019/2121 vom 27. November 2019.

Der Gesetzentwurf zum Gesellschaftsrecht fasst die Vorschriften über grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel in einem Sechsten Buch des Umwandlungsgesetzes zusammen. Er berücksichtigt dabei allerdings in einem wichtigen Punkt Schutzbedürfnisse nicht ausreichend. Bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen kann eine haftende Vermögensmasse entfallen. Dies hätte negative Auswirkungen auf die Durchsetzung der Ansprüche aus betrieblicher Altersvorsorge (bAV). Dabei ist zu beachten, dass nicht nur die der Insolvenzsicherungspflicht unterliegenden Ansprüche betrieblicher Altersversorgung bei grenzüberschreitenden Umwandlungen besonders zu schützen sind, sondern jegliche Ansprüche, aus denen Beschäftigte betriebliche Versorgung beziehen können.

Im Einzelnen

Dem Entwurf dienen die teilweise bereits bisher bestehenden Bestimmungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung als Regelungsvorbild auch für das Verfahren der Spaltung und des Formwechsels. Dabei sollen u.a. die folgenden Regelungen mit arbeitsrechtlicher Relevanz getroffen werden:

- Die bisher bereits bestehenden Regelungen zum Interessenausgleich und Sozialplan, zur kündigungsrechtlichen Stellung und zur Mitbestimmungsbeibehaltung in §§ 323, 324 und 325 UmwG werden überführt in die §§ 35a, 132 und 132a UmwG.
- In den Plänen und Berichten zur Verschmelzung, Spaltung und zum Formwechsel sind die voraussichtlichen Auswirkungen auf die Beschäftigung zu benennen, wesentlich Änderungen der der anwendbaren Beschäftigungsbedingungen oder der Standorte der Niederlassungen der Gesellschaft, sowie Angaben zum Verfahren, nach dem die Einzelheiten über die Beteiligung der Arbeitnehmer an der Festlegung ihrer Mitbestimmungsrechte in den hervorgehenden Gesellschaften geregelt werden, sowie Informationen über die Auswirkungen auf Betriebsrenten der Arbeitnehmer.
- Den zuständigen Betriebsräten oder, soweit es keinen Betriebsrat gibt, den Arbeitnehmern der beteiligten Gesellschaften ist Gelegenheit zur Übermittlung von Bemerkungen zu geben.

- Die Anteilseigener können ihre jeweilige Zustimmung davon abhängig machen, dass die Art und Weise der Mitbestimmung der Arbeitnehmer der hervorgehenden Gesellschaft ausdrücklich von ihnen bestätigt wird.
- Das Registergericht prüft u. a. ggf., ob eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer geschlossen wurde.

Es ist zu begrüßen, dass die arbeitsrechtlich relevanten Regelungen – abgesehen von der neuen Verortung – unverändert bleiben und dass die neuen Regelungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel und zur grenzüberschreitenden Spaltung jeweils die bestehenden Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung in den bisherigen §§ 122a ff. Umwandlungsgesetz übernehmen, ohne über diese bzw. die Richtlinienvorgaben hinauszugehen.

Schutzbedürfnisse für die betriebliche Altersvorsorge ausreichend berücksichtigen

Hinsichtlich der betrieblichen Altersvorsorge besteht durch die geplanten neuen gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten die Gefahr einer Verschlechterung der Durchsetzbarkeit der Ansprüche aus betrieblicher Altersvorsorge und mit Blick auf die Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersvorsorge eine Missbrauchsgefahr dieser Insolvenzsicherung zu Lasten des Pensionssicherungsvereins (PSVaG). Dabei ist zwischen den verschiedenen Umwandlungsarten zu differenzieren:

Für Spaltungen im Inland enthält § 133 UmwG eine Regelung, die auch auf den Fall einer grenzüberschreitenden Spaltung Anwendung finden könnte. Danach würde der in Deutschland verbleibende Rechtsträger für einen Zeitraum von zehn Jahren für die betriebliche Altersversorgung haften, soweit diese auf den ins Ausland abgespaltenen Versorgungsträger übertragen worden ist.

Bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung oder Verschmelzung verbleibt jedoch kein Rechtsträger in Deutschland, an dessen Eintrittspflicht für die betriebliche Altersversorgung angeknüpft werden könnte. Um eine mit der Regelung des § 133 UmwG vergleichbare Situation zu schaffen, müsste für den Zeitraum von zehn Jahren eine Vermögensmasse in Deutschland eingerichtet werden, auf die der PSVaG im Fall der Insolvenz des ausländischen Rechtsträgers zugreifen könnte. In Betracht kämen mittelbare Versorgungsträger der betrieblichen Altersversorgung ebenso wie die Sicherstellung einer Haftungsmasse im Finanzbereich. Von einer fehlenden Haftungsregelung sind (neben dem PSV) die Unternehmen, die eine insolvenzgesicherte betriebliche Altersvorsorge anbieten, betroffen, da der PSV zu 100 % von diesen Arbeitgebern finanziert wird. Eine mögliche Haftung des PSV aufgrund fehlender (haftender) Vermögensmasse hätte daher auch unmittelbare Folgen für die Unternehmen, die ggf. mit entsprechend höheren PSV-Beiträgen rechnen müssten.

Diese Überlegungen gelten auch für den Fall, dass ein ausländischer Rechtsträger auf einen inländischen Rechtsträger, der betriebliche Altersversorgung nach dem Betriebsrentengesetz durchführt, verschmolzen wird. Letztlich muss auch vor dem Hintergrund der Durchsetzbarkeit von Betriebsrenten-Ansprüchen der Beschäftigten bzw. der Rentnerinnen und Rentner eine der Regelung des § 133 UmwG vergleichbare Vorgabe geschaffen werden, die die Versorgungsansprüche für einen gewissen Zeitraum absichert. Dies stärkt das Vertrauen sowohl der Beschäftigten als auch der Unternehmen in die betriebliche Altersvorsorge und hilft bei der weiteren Verbreitung dieser wichtigen Zusatzversorgung.

Sichergestellt werden sollte in jedem Fall, dass im Rahmen der Missbrauchsprüfung durch das Registergericht gewährleistet wird, dass dieses auch die Interessen der Versorgungsberechtigten und des PSVaG berücksichtigt.

Ansprechpartner:

BDA | DIE ARBEITGEBER
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Abteilung Arbeitsrecht und Tarifpolitik
T +49 30 2033-1200
arbeitsrecht@arbeitgeber.de

Abteilung Soziale Sicherung
T +49 30 2033-1600
soziale.sicherung@arbeitgeber.de

Die BDA organisiert als Spitzenverband die sozial- und wirtschaftspolitischen Interessen der gesamten deutschen Wirtschaft. Wir bündeln die Interessen von einer Million Betrieben mit rund 30,5 Millionen Beschäftigten. Diese Betriebe sind der BDA durch freiwillige Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden verbunden.