



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Handelsrecht

zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen COM (2018) 241 final

Stellungnahme Nr.: 31/2018

Berlin, im Juli 2018

Mitglieder des Ausschusses Handelsrecht

- RA Prof. Dr. Gerd Krieger, Düsseldorf (Vorsitzender und
Berichterstatter)
- RAin Dr. Gabriele Apfelbacher, LL.M., Frankfurt/Main
- RA Dr. Christian Decher, Frankfurt/Main
- RA Dr. Hans Friedrich Gelhausen, Frankfurt/Main
- RA Dr. Peter Hemeling, München
- RAin Dr. Hilke Herchen, Hamburg (Berichterstatter)
- RA Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking, Düsseldorf
(Berichterstatter)
- RA Dr. Hans-Christoph Ihrig, Mannheim
- RA Dr. Thomas Kremer, Bonn
- RA Dr. Marc Löbbe, Frankfurt/Main
- RA Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, LL.M., Köln
(Berichterstatter)
- RA Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner, Frankfurt/Main
(Berichterstatter)
- RA Prof. Dr. Andreas Pentz, Mannheim
- RAin Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M., Stuttgart
- RA Prof. Dr. Frank A. Schäfer, LL.M., Düsseldorf
- RAin Dr. Alexandra Schluck-Amend, Stuttgart
- RA Dr. Bernd Singhof, LL.M., Frankfurt/Main
- RA Dr. Jost Wiechmann, Hamburg
- RA Prof. Dr. Hans-Ulrich Wilsing, Düsseldorf

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RA Max Gröning

Ansprechpartnerin in Brüssel

- RAin Eva Schriever, LL.M.

Verteiler

Deutschland

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Bundesministerium der Finanzen

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

Vorsitzender des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages

CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag

SPD-Bundestagsfraktion

AfD-Bundestagsfraktion

FDP-Bundestagsfraktion

Fraktion Die Linke im Bundestag

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen

Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex

Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland

Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins

Landesgruppen und -verbände des DAV

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV

Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV

Handelsrechtsausschuss des DAV

Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesnotarkammer

Deutscher Notarverein

Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)

Deutscher Richterbund

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)

Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)

Deutscher Steuerberaterverband

Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)

Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)

Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft

Bundesverband Deutscher Banken

Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) - Die Aktionärsvereinigung –

Die Aktiengesellschaft

GmbH-Rundschau

NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

WM Wertpapiermitteilungen

ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Börsenzeitung

Handelsblatt

Juris

Frankfurter Allgemeine Zeitung

Europa

Europäische Kommission

- Generaldirektion Justiz und Verbraucher

Europäisches Parlament

- Ausschuss Recht (JURI)
- Ausschuss Wirtschaft und Währung (ECON)
- Ausschuss Beschäftigung und soziale Angelegenheiten (EMPL)

Rat der Europäischen Union

Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU

Justizreferenten der Landesvertretungen

Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)

Vertreter der Freien Berufe in Brüssel

Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) in Brüssel

Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK) in Brüssel

Deutscher Bundestag Verbindungsbüro in Brüssel

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 64.500 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Aus Sicht des Deutschen Anwaltsvereins ist das Regelungsvorhaben im Grundsatz sehr zu begrüßen, in vielen Einzelheiten sieht der DAV jedoch Nachbesserungsbedarf.

Verschiedentlich erscheinen die Anforderungen des Entwurfs nicht angemessen. Das betrifft z.B. Art. 86c Abs. 3, der die Mitgliedsstaaten zu Regelungen verpflichtet will, die gewährleisten, dass ein grenzüberschreitender Formwechsel ausgeschlossen ist, wenn es sich um eine "künstliche Gestaltung" handelt, die darauf abzielt, unrechtmäßige Steuervorteile zu erlangen oder die gesetzlichen oder vertraglichen Rechte der Arbeitnehmer, Gläubiger oder Minderheitsgesellschafter unrechtmäßig zu beschneiden. Diese Regelung ist einerseits überflüssig, weil die bereits bestehenden Schutzregeln ausreichen, sie schafft andererseits Rechtsunsicherheit und ist überdies inkonsequent, weil sie nur für Umwandlung und Spaltung vorgesehen ist, während für die grenzüberschreitende Verschmelzung eine solche Regelung nicht getroffen werden soll (vgl. unten Seite 6 f.). Allenfalls sollte man erwägen, den vorgeschriebenen Inhalt des Umwandlungs- und Spaltungsplans (Art. 86d, 122) um Angaben zu den Motiven der beabsichtigten Umstrukturierung zu ergänzen und den Prüfungsauftrag des Sachverständigen auf die Plausibilisierung dieser Angaben zu erstrecken. Zu weit gehen z.B. auch die Regelungen zum Gläubigerschutz (Art. 86k Abs. 2, 126b Abs. 2, 160m Abs. 2), die einen Anspruch auf Sicherheitsleistung schon dann gewähren wollen, wenn Gläubiger ihre Absicherung für nicht zufriedenstellend erachten (näher unten S. 15 f.).

Manche Regelungen, wie Art. 86j, 126a über die Angemessenheit von Abfindung und Umtauschverhältnis und die gerichtliche Angemessenheitsüberprüfung (unten Seite 13 f., 29 ff.) oder die Vorschriften zum Rechnungslegungsstichtag bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung und Spaltung (unten S. 26 f., 32) erscheinen in ihrem Regelungskonzept noch nicht vollständig ausgereift. Verschiedentlich bedarf es auch der Harmonisierungen der neuen Regelungen mit den fortbestehenden Regelungen zur grenzüberschreitenden Umwandlung; dies gilt etwa im Hinblick auf

unterschiedliche Fristenregelungen, bei denen ein sachlicher Grund für die Unterschiede nicht erkennbar ist (z.B. unten S. 9 f., 11). Schließlich merkt der DAV eine Reihe von Widersprüchen und Unklarheiten an, die eine Überarbeitung der entsprechenden Entwurfsregelungen nötig machen.

Kapitel I: Grenzüberschreitende Umwandlung

Art. 86a: Anwendungsbereich

Der grenzüberschreitende Formwechsel („Umwandlung“) soll geregelt werden für den Formwechsel einer "Limited Liability Company". Dazu verweist Art. 86b Nr. 1¹ auf die in Anhang II aufgelisteten Gesellschaftsformen, für Deutschland also auf AG, KGaA und GmbH. Das deckt sich mit dem Anwendungsbereich der Regelungen über grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften in Art. 119 GesRRL, der insoweit unverändert bleiben soll.

Eine Regelung der grenzüberschreitenden Umwandlung einer Personengesellschaft ist demgemäß im Entwurf der Richtlinie nicht vorgesehen. Das ist bedauerlich, da nach der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit auch der grenzüberschreitende Formwechsel einer Personengesellschaft ohne Abwicklung und ohne Identitätsverlust möglich sein muss, insoweit also ebenfalls Regelungsbedarf besteht. In diesem Sinne hat sich der DAV durch den Handelsrechtsausschuss schon früher zum Anwendungsbereich der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung geäußert (Stellungnahme Nr. 47/06 Nr. 16, abgedruckt in NZG 2006, 737 ff.), und der 71. Deutsche Juristentag 2016 hat empfohlen, für Personengesellschaften die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland gesetzlich zu regeln und den Anwendungsbereich der Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung auf Personengesellschaften auszudehnen.

¹Artikelangaben ohne Bezeichnung des Rechtsakts beziehen sich auf die vorgeschlagene Neuregelung, Artikelangaben mit dem Zusatz GesRRL beziehen sich auf die derzeit geltende Fassung der Richtlinie (EU) 2017/1132.

Art. 86b: Begriffsbestimmungen

Nach der Definition des Begriffs „grenzüberschreitende Umwandlung“ in Nr. 2 behält die Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit entsprechend der Vorgabe in Erwägungsgrund 8, dass die Kontinuität der Rechtspersönlichkeit der umgewandelten Gesellschaft durch den Zuzugsmitgliedstaat nicht berührt werden darf. Zu diesem Grundsatz der Identitätswahrung passen nicht die Formulierungen in Art. 86s, wonach durch die Umwandlung das gesamte Aktiv- und Passivvermögen auf die umgewandelte Gesellschaft „übertragen“ wird und die Gesellschafter der Gesellschaft, die die Umwandlung vorgenommen hat, Gesellschafter der umgewandelten Gesellschaft "werden". Die Wirkungen der grenzüberschreitenden Umwandlung sollten stattdessen in Anlehnung an § 202 UmwG umschrieben werden.

Art. 86c: Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Umwandlung

Abs. 3 soll die Mitgliedstaaten zu Regelungen verpflichten, durch die gewährleistet wird, dass ein Formwechsel ausgeschlossen ist, wenn es sich um eine "künstliche Gestaltung" handelt, die darauf abzielt, unrechtmäßige Steuervorteile zu erlangen oder die gesetzlichen oder vertraglichen Rechte der Arbeitnehmer, Gläubiger oder Minderheitsgesellschafter unrechtmäßig zu beschneiden. Gegen diese Regelung bestehen Bedenken:

- Die Kommission beruft sich zur Begründung auf das generelle Prinzip, dass EU-Recht nicht zur Rechtfertigung von missbräuchlichen Zielsetzungen in Anspruch genommen werden kann (Erläuterung zu Art. 86c und Erwägungsgrund 7). Die Frage ist aber, ob man es nicht besser bei diesem generellen Prinzip belässt statt zwei denkbare Missbrauchstatbestände herauszugreifen und dazu nationale Regelungen vorzuschreiben.
- Die beiden Missbrauchstatbestände sind jedenfalls in der englischen Fassung durch das Wort "undue" statt "illegal" zu weit gefasst. Nach der engeren und richtigeren deutschen Fassung muss es sich um "unrechtmäßige" Steuervorteile bzw. "unrechtmäßige" Beeinträchtigungen der Rechte handeln, was im Fall der

bezweckten Steuervorteile bedeutet, dass nur das Ziel der Steuerhinterziehung missbilligt wird.

- Zum Schutz gegen eine rechtswidrige Beeinträchtigung der Rechte von Arbeitnehmern, Gläubigern oder Minderheitsgesellschaftern genügen die von der Richtlinie selbst getroffenen besonderen Vorkehrungen in Art. 86i, 86k und 86l.
- Die vorgesehene Regelung ist auch inkonsequent, weil sie nur für die Umwandlung und die Spaltung (Art. 160d Abs. 3) vorgesehen ist, während für die grenzüberschreitende Verschmelzung eine Regelung zum Schutz gegen Steuerhinterziehung völlig fehlt und die Regelung zum Schutz der Rechte der Gläubiger, Arbeitnehmer und Minderheitsgesellschafter in Art. 121 GesRRL nur eingeschränkt vergleichbar ist. Art. 121 GesRRL begründet zwar in Abs. 1 lit. b iVm. Abs. 2 das Recht der Mitgliedstaaten, aus Gründen des öffentlichen Interesses besondere Vorschriften zum Schutz der Gläubiger, Arbeitnehmer und Minderheitsgesellschafter zu erlassen, aber zum einen ist die Einräumung dieses Rechts nicht gleichzusetzen mit dem in Art. 86c Abs. 3 vorgesehenen Zwang zum Erlass zusätzlicher Schutzregeln durch die Mitgliedstaaten, und zum anderen soll Art. 121 Abs. 2 GesRRL künftig eine eingeschränkte Fassung erhalten, was von der Kommission plausibel damit begründet wird, dass der Schutz der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter spezifisch in den Art. 126a und 126b geregelt wird (Erläuterung zu Art. 121).

Art. 86d: Plan für die grenzüberschreitende Umwandlung

Nach Abs. 1 lit. c gehört zum Inhalt des Umwandlungsplans der "Errichtungsakt oder Errichtungsakte für eine Gesellschaft im Zuzugsmitgliedstaat". Hier sollte konkret auf "den Errichtungsakt oder die Errichtungsakte für die Gesellschaft in der neuen Rechtsform im Zuzugsmitgliedstaat" Bezug genommen werden (so auch Art. 122 lit. i). Diese sind notwendiger Bestandteil des Umwandlungsplans. Ein gesonderter Beschluss der Gesellschafterversammlung über die notwendigen "Änderungen der Errichtungsakte der Gesellschaft", wie er in Art. 86i Abs. 4 vorgesehen ist, ist dann entbehrlich. Nach dem gegenwärtigen Wortlaut des Entwurfs ist nicht klar, wie dieser Beschluss ansonsten konkret vorbereitet werden soll.

In Abs. 1 lit. d ist vorgesehen, dass der Entwurf des Umwandlungsplans auch Angaben zum "vorgesehenen Zeitplan" enthält. Es ist nicht klar, welche Bedeutung diese Information haben soll, insbesondere falls später von dem vorgesehenen Zeitplan (wesentlich) abgewichen wird. Lit. d sollte daher gestrichen werden.

Abs. 1 lit. i nimmt Bezug auf das nach Art. 86j zu unterbreitende Barabfindungsangebot. Der Wortlaut der beiden Vorschriften ist allerdings nicht aufeinander abgestimmt. Art. 86d Abs. 1 lit. i spricht von der Barabfindung für Gesellschafter, die die Umwandlung "ablehnen", während der Anspruch auf Barabfindung nach Art. 86j für alle Gesellschafter bestehen soll, die nicht für die Zustimmung zum Umwandlungsplan gestimmt haben oder die stimmrechtslose Anteile halten. Es empfiehlt sich deshalb, in Art. 86 Abs. 1 lit. i die Worte "für Gesellschafter, die die grenzüberschreitende Umwandlung ablehnen" zu streichen und zu formulieren: "Einzelheiten zum Angebot einer Barabfindung nach Art. 86j". Art. 86j sollte allerdings auch geändert werden; vgl. dazu die Anmerkungen unten S. 13 f.

Nach Abs. 2 Satz 1 soll der Umwandlungsplan einschließlich der sonstigen zu erstellenden Unterlagen anscheinend in den Sprachen des Wegzugs- und des Zuzugsmitgliedstaats erstellt werden. Daneben soll auch eine in der internationalen Wirtschafts- und Finanzwelt gebräuchliche Verkehrssprache verwendet werden können. Es wird jedoch nicht klar, ob bei Abfassung der Unterlagen in einer internationalen Verkehrssprache zusätzliche Versionen in den Amtssprachen der beteiligten Mitgliedsstaaten erforderlich bleiben oder nicht.

Problematisch erscheint außerdem, dass nach Abs. 2 Satz 2 die Mitgliedstaaten (jeweils) festlegen sollen, welche Sprache bei Abweichungen zwischen den verschiedenen Sprachfassungen maßgebend ist. Dies führt zu Problemen, wenn der Wegzugs- und der Zuzugsmitgliedstaat insoweit unterschiedliche Regelungen vorsehen. Daher sollte es den Gesellschaften überlassen werden, im Umwandlungsplan festzulegen, welche Sprachfassung maßgeblich ist.

Art. 86e – Bericht des Leitungs- oder des Verwaltungsorgans für die Gesellschafter

Gemäß Abs. 3 soll der Bericht für die Gesellschafter – ebenso wie der Bericht für die Arbeitnehmer (Art. 86f Abs. 3) – "spätestens zwei Monate" vor dem Tag der Gesellschafterversammlung zugänglich gemacht werden. Diese Frist hängt offensichtlich zusammen mit der in Art. 86g bestimmten Frist von zwei Monaten für den Antrag auf Bestellung eines unabhängigen Sachverständigen. Die Regelung weicht ohne sachlichen Grund von der entsprechenden Bestimmung für die grenzüberschreitende Verschmelzung ab, für die keine solche Fristen für den Antrag auf Bestellung des unabhängigen Sachverständigen vorgesehen sind (Art. 125 GesRRL) und demgemäß der Bericht für die Gesellschafter (wie auch derjenige für die Arbeitnehmer) erst einen Monat vor der maßgeblichen Gesellschafterversammlung zugänglich gemacht werden muss (Art. 124 Abs. 3, 124a Abs. 3). Die Bestimmungen sollten harmonisiert werden.

Der Bericht soll nach Abs. 3 – ebenso wie der Bericht für die Arbeitnehmer (Art. 86f Abs. 3) – den Adressaten "mindestens in elektronischer Form" zugänglich gemacht werden. Dabei ist zunächst unklar, welche Anforderungen an das Zugänglichmachen "in elektronischer Form" zu stellen sind. Genügt dazu die Einstellung ins Internet oder bedarf es zusätzlicher Maßnahmen, damit die Adressaten davon erfahren? Anlass zu Missverständnissen kann überdies das Wort "mindestens" geben. Soll es danach zulässig sein, die Unterlagen statt in elektronischer Form auch in anderer Weise zugänglich zu machen, wenn diese qualitativ besser ist als die elektronische? Vermutlich soll nur gesagt sein, dass der Bericht jedenfalls elektronisch zur Verfügung gestellt werden muss, es aber nicht ausgeschlossen sein soll, ihn zusätzlich auch in anderer Weise zugänglich zu machen. Das versteht sich allerdings von selbst und bedarf keiner Regelung. Der DAV empfiehlt, die Worte "mindestens in elektronischer Form" zu streichen und stattdessen zu regeln, dass die Übermittlung in der Form zu erfolgen hat, die nach dem jeweiligen nationalen Recht (und ggfs. der Satzung) für Mitteilungen der Gesellschaft an die jeweiligen Adressaten vorgeschrieben ist. Andernfalls sollte jedenfalls das Wort "mindestens" gestrichen werden.

Nicht vorgesehen ist, dass den Gesellschaftern gleichzeitig mit dem Bericht des Leitungsorgans auch der Entwurf des Umwandlungsplans nach Art. 86d zu übermitteln ist. Dieser muss nach Art. 86h erst einen Monat vor der Gesellschafterversammlung offengelegt werden. Ein Grund für diese Differenzierung ist nicht erkennbar. Sollte es in Art. 86e bei der Zweimonatsfrist bleiben, kann mit dem Bericht auch der Entwurf des Umwandlungsplans zugänglich gemacht werden. Der Entwurf muss zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegen, da er dem unabhängigen Sachverständigen nach Art. 86g zur Verfügung gestellt werden muss.

Art. 86f – Bericht des Leitungs- oder des Verwaltungsorgans für die Arbeitnehmer

- a) Das Leitungs- oder Verwaltungsorgan hat einen Bericht für die Arbeitnehmer zu erstellen, in dem die Auswirkungen der geplanten grenzüberschreitenden Umwandlung auf die künftige Geschäftstätigkeit, die Geschäftsstrategie, die Sicherung der Arbeitsverhältnisse und die Beschäftigungsbedingungen erläutert werden. Gemäß Abs. 2 lit. d muss der Bericht angeben, "ob" sich die dargestellten Auswirkungen auch auf die Tochtergesellschaften der Gesellschaft beziehen. Danach würde es genügen, dass bezüglich der Tochtergesellschaften schlicht erklärt wird, dass sich die Angaben nicht auf die Tochtergesellschaften beziehen. Richtigerweise müsste der Bericht aber angeben, "wie" die grenzüberschreitende Umwandlung die genannten Faktoren bei den Tochtergesellschaften betrifft.
- b) Nach Abs. 3 Satz 1 soll auch der Bericht für die Arbeitnehmer – ebenso wie der Bericht für die Gesellschafter – spätestens "zwei Monate" vor der Gesellschafterversammlung "mindestens in elektronischer Form" zugänglich gemacht werden. Zur Kritik hieran vgl. die Anmerkungen zu Art. 86e Abs. 3 (oben S. 9.).
- c) Der für die Arbeitnehmer bestimmte Bericht soll "in ähnlicher Weise" den Gesellschaftern zur Verfügung gestellt werden (Abs. 3 Satz 2). Über den Zeitpunkt, zu dem er den Gesellschaftern zur Verfügung gestellt werden muss, ist nichts gesagt. Unklar ist ferner, was mit den Worten "in ähnlicher Weise" genau gemeint ist. Bezieht sich das Wort auf die Art der Mitteilung oder den

Zeitpunkt oder auf beides? Soweit es sich auf die Art der Mitteilung bezieht: ist die "mindestens" vorgeschriebene Art oder die Art gemeint, in der die Mitteilung an die Arbeitnehmer/Arbeitnehmervertretungen tatsächlich erfolgt ist?

- d) Wenn die Geschäftsleitung "rechtzeitig" eine Stellungnahme von den Arbeitnehmervertretungen oder, gemäß dem jeweiligen nationalen Recht, von den Arbeitnehmern selbst erhält, sind die Gesellschafter davon zu unterrichten und die Stellungnahme ist "dem Bericht" beizufügen (Abs. 4). Es ist unklar, was "rechtzeitig" bedeutet und welchem Bericht die Stellungnahme beizufügen ist. Die Stellungnahme wird sich auf den Bericht der Unternehmensleitung für die Arbeitnehmer beziehen. Deshalb kann es nicht dieser Bericht sein, dem wiederum die Stellungnahme beizufügen ist. Wenn mit dem Bericht, dem die Stellungnahme beizufügen ist, lediglich die Mitteilung gemeint ist, mit welcher die Gesellschafter von dieser Stellungnahme unterrichtet werden, wäre es einfacher und klarer wie folgt zu formulieren:

"so werden die Gesellschafter hiervon unter Beifügung einer Ablichtung der Stellungnahme in Kenntnis gesetzt".

Art. 86g: Prüfung durch einen unabhängigen Sachverständigen

Abs. 1 sieht die Prüfung der grenzüberschreitenden Umwandlung durch einen unabhängigen Sachverständigen vor, dessen Bestellung spätestens zwei Monate vor der Gesellschafterversammlung, die über die Umwandlung beschließt, beantragt werden soll. Der Sinn dieser Zweimonatsfrist erschließt sich nicht, sondern der Schutz des Personenkreises, für den der Prüfungsbericht bestimmt ist, wird in ausreichendem Umfang durch die Offenlegungsfrist des Art. 86h gewährleistet. Überdies wird die Bestellung des Sachverständigen in der Praxis in aller Regel früher erfolgen müssen, damit der Bericht rechtzeitig vor der Gesellschafterversammlung (vgl. Art. 86h Abs. 1) vorliegt. Dementsprechend ist auch in den bisherigen Vorschriften der GesRRL, die eine sachverständige Prüfung vorsehen, keine Frist für den Antrag auf Bestellung des Sachverständigen festgelegt (vgl. Art. 96 Abs. 1, 125 Abs. 1, 142 GesRRL). Die Fristenregelungen sollten insgesamt harmonisiert werden (vgl. auch oben S. 9).

Abs. 3 behandelt den erforderlichen Berichtsinhalt und damit mittelbar den Prüfungsgegenstand der Umwandlungsprüfung. Dabei ist der Prüfungsauftrag in lit. a, der "eine ausführliche Prüfung der Richtigkeit der Berichte und der Informationen, die von der Gesellschaft übermittelt wurden", verlangt, zu weit gezogen. Einem derart ausgedehnten Prüfungsauftrag kann der Sachverständige nicht gerecht werden, und eine so weit gezogene Prüfung ist auch zum Schutz der Beteiligten nicht erforderlich. Vielmehr sollte Prüfungsgegenstand der Umwandlungsplan sein, mit Prüfungsschwerpunkt bei der Angemessenheit der nach Art. 86j Abs. 3 anzubietenden Abfindung, wie es auch bei anderen Umstrukturierungsprüfungen der Fall ist (vgl. Art. 96 Abs. 1 und 2, 125 Abs. 3, 142 Abs. 1 und 2 GesRRL).

Nach Abs. 3 lit. b soll Berichtgegenstand darüber hinaus eine Beschreibung aller Sachverhaltselemente sein, die benötigt werden, um festzustellen, ob es sich bei der geplanten Umwandlung um eine künstliche Gestaltung zur Erlangung unrechtmäßiger Steuervorteile oder zur unrechtmäßigen Beeinträchtigung der Rechte von Mitarbeitern, Gläubigern oder Minderheitsgesellschaftern handelt. Insoweit muss vor allem auf die Kritik an Art. 86c Abs. 3 verwiesen werden (oben S. 6 f.). Unabhängig davon begegnete Abs. 3 lit. b aber auch dann Bedenken, wenn man an der Missbrauchsregelung des Art. 86c Abs. 3 festhalten wollte. Es ist überzogen, dem Unternehmen, das von einem gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsrecht Gebrauch macht, die Vorlage eines Sachverständigengutachtens zur Prüfung der Missbräuchlichkeit der Gestaltung aufzugeben. Allenfalls sollte erwogen werden, den vorgeschriebenen Inhalt des Umwandlungsplans in Art. 86d Abs. 1 um Angaben zu den Motiven der beabsichtigten Umwandlung zu ergänzen und den Prüfungsauftrag des Sachverständigen auf die Plausibilisierung dieser Angaben zu erstrecken.

Abs. 4 Satz 1 soll den Zugang des Sachverständigen zu zweckdienlichen Auskünften und Unterlagen sicherstellen. Das ist im Grundsatz sachgerecht. Als unnötige Überregulierung erscheint jedoch die Regelung in Abs. 4 Satz 2, wonach der Sachverständige befugt sein muss, Stellungnahmen der Arbeitnehmerschaft und der Gläubiger sowie der Gesellschafter entgegen zu nehmen. Das wird er ohnehin tun, wenn ihn solche Stellungnahmen erreichen.

Art. 86h: Offenlegung

Die in Abs. 1 geregelte Verpflichtung zur Offenlegung von Unterlagen ist nach dem Wortlaut der Regelung durch den Wegzugsmitgliedstaat zu erfüllen. Näher liegt es allerdings, die Offenlegungspflicht als Verpflichtung der Gesellschaft auszugestalten. Richtigerweise geht auch Abs. 2 davon aus, dass es sich um eine Offenlegungspflicht der Gesellschaft handelt, nicht um eine Verpflichtung des Wegzugsmitgliedstaats.

Art. 86i: Zustimmung der Gesellschafterversammlung

Die Regelung in Abs. 4, wonach die Gesellschafterversammlung durch Beschluss feststellt, ob die grenzüberschreitende Umwandlung eine "Änderung der Errichtungsakte" der Gesellschaft erforderlich macht, ist nicht sinnvoll. Vielmehr sollten die Errichtungsdokumente, d.h. insbesondere die neue Satzung für die Gesellschaft in neuer Rechtsform, notwendiger Teil des Umwandlungsplans sein (siehe oben S. 7 f. zu Art. 86d). Dann erübrigt sich eine weitere Beschlussfassung und Abs. 4 kann gestrichen werden.

Art. 86j: Schutz der Gesellschafter

Abs. 1 bis 4 sehen vor, dass Gesellschafter, die der umzuwandelnden Gesellschaft nicht weiter angehören wollen, die Möglichkeit haben, gegen angemessene Barabfindung auszuscheiden. Das ist im Grundsatz sachgerecht. Allerdings geht der Anwendungsbereich des Barabfindungsrechts zu weit. Nach dem Entwurf sollen nicht nur die Gesellschafter abfindungsberechtigt sein, die aktiv gegen die Umwandlung opponiert haben, sondern auch all diejenigen, die lediglich nicht dafür gestimmt haben, etwa weil sie Inhaber stimmrechtsloser Anteile sind oder nicht an der Versammlung teilgenommen haben. Dem DAV erscheint es sachgerechter, das Abfindungsrecht auf die Gesellschafter zu beschränken, die der Umwandlung ausdrücklich widersprechen (so z.B. im deutschen Recht § 207 UmwG). Einen solchen Widerspruch kann auch ein Inhaber stimmrechtsloser Aktien erklären.

Abs. 3 Satz 2 sieht eine Höchstfrist für die Annahme des Abfindungsangebots von einem Monat seit dem Tag der Gesellschafterversammlung vor, in der über die

Umwandlung beschlossen worden ist. Dies setzt voraus, dass zeitnah eine Information an alle Gesellschafter über die Ergebnisse der Beschlussfassung erfolgt. Überzeugender ist die Regelung insoweit im deutschen Recht, die an die Bekanntmachung der Eintragung der Umwandlung anknüpft (vgl. § 209 UmwG). Es sollte überdies zumindest das Recht der Mitgliedsstaaten vorgesehen werden, eine Hemmung der Annahmefrist für die Dauer einer gerichtlichen Prüfung der Angemessenheit der Abfindung nach Abs. 5 anzuordnen. Das jetzige Konzept zwingt zu einer Entscheidung über die Wahl der Abfindung ohne deren endgültige Höhe der Abfindung zu kennen.

Mit Abs. 5 wird das Prinzip des Spruchverfahrens nach deutschem und österreichischem Vorbild auf alle Mitgliedstaaten der EU ausgeweitet. Das Spruchverfahren hat sich (abgesehen von den extrem langen Verfahrensdauern) im Grundsatz bewährt, und insbesondere beim Bestand von strukturändernden Beschlüssen für mehr Rechtsicherheit gesorgt. Daher ist diese Regelung im Grundsatz zu begrüßen.

Die Frist für die Einleitung eines Verfahrens zur Überprüfung der Barabfindung nach Art. 86j Abs. 5 ist mit einem Monat recht kurz bemessen. Die Frist beginnt außerdem für jeden Gesellschafter uneinheitlich, nämlich mit der Annahme des Angebots. Es wäre sinnvoll, eine einheitliche Frist vorzusehen, die zum Beispiel an den Ablauf der Annahmefrist anknüpft.

Es ist nicht vorgesehen, dass die Ergebnisse des Spruchverfahrens gleichmäßig allen Gesellschaftern zugutekommen müssen, die das Angebot angenommen haben. Das führt dazu, dass – abhängig vom nationalen Recht – möglicherweise jeder Einzelne klagen muss, wenn er seine Rechte auf eine höhere Abfindung wahren will und es ggf. zu divergierenden Entscheidungen kommen kann, was zu einer unnötig hohen Belastung der Unternehmen und auch der Justiz führen kann. Es sollte den Mitgliedstaaten daher zumindest offen stehen, eine solche Allgemeinwirkung der gerichtlichen Entscheidung vorzusehen.

Art. 86k: Gläubigerschutz

Nach Abs. 1 können die Mitgliedstaaten zum Schutz der Gläubiger vorschreiben, dass das Leitungs- oder Verwaltungsorgan der sich umwandelnden Gesellschaft eine Erklärung zur finanziellen Lage der Gesellschaft in den Umwandlungsplan aufnimmt. Diese Erklärung muss dahin lauten, dass aus Sicht des erklärenden Organs nach Einziehung angemessener Erkundigungen auf der Grundlage der ihm zum Zeitpunkt der Erklärung zur Verfügung stehenden Informationen kein Grund zu der Annahme besteht, dass die Gesellschaft nach Wirksamwerden der Umwandlung nicht in der Lage sein könnte, ihre Verbindlichkeiten bei Fälligkeit zu erfüllen.

Welche Bedeutung diese Erklärung im Rahmen des Gläubigerschutzes haben soll, ist unklar. Im Unterschied zu dem in Abs. 3 lit. a vorgesehenen Bericht eines unabhängigen Sachverständigen begründet die Erklärung nach Abs. 1 offenbar keine Vermutung dafür, dass die Rechte der Gläubiger durch die Umwandlung tatsächlich nicht beeinträchtigt werden. Andererseits kann eine Erklärung, die sich als unrichtig herausstellt, zur Haftung der Gesellschaft führen, wobei offen ist, ob eine solche Haftung nur bei Vorsatz oder auch bei bloßer Fahrlässigkeit in Betracht kommt. Da die Einführung der Erklärung den Mitgliedstaaten überlassen bleiben soll, müssen diese dafür ggf. ein schlüssiges Konzept entwickeln.

Nach Abs. 2 sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Gläubiger, die den im Umwandlungsplan vorgesehenen Schutz ihrer Interessen (Art. 86d Abs. 1 lit. f) für nicht zufriedenstellend erachten, sich innerhalb eines Monats nach Offenlegung des Umwandlungsplans und weiterer Unterlagen (Art. 86h) an die zuständige Verwaltungs- oder Justizbehörde wenden können, um angemessene Sicherheiten zu beantragen. Ein solches Recht schon dann zu gewähren, wenn Gläubiger ihre Absicherung für "nicht zufriedenstellend" erachten (im englischen Text "dissatisfied"), ist nicht sachgerecht. Das Antragsrecht sollte vielmehr - wie bei der Regelung zur grenzüberschreitenden Verschmelzung (Art. 99 Abs. 2 Unterabs. 2, 121 Abs. 2 Satz 1 GesRRL) – von einem Nachweis der Gläubiger abhängen, dass die Befriedigung ihrer Forderungen durch die Umwandlung gefährdet ist und die Gesellschaft keine angemessenen Sicherheiten geleistet hat. Ein Anspruch auf Sicherheitsleistung besteht dabei von vornherein nicht für fällige Forderungen. Diese können geltend gemacht werden und sind deshalb nicht

sicherungsbedürftig. Im Übrigen lässt die vorgesehene Regelung offen, welche Anordnungen die angerufene Stelle ggf. treffen kann. Letztlich kann eine angemessene Sicherheitsleistung nur von der Gesellschaft selbst zur Verfügung gestellt werden.

Der Entwurf enthält auch keine Definition des Begriffs "Gläubiger" und lässt offen, zu welchem Zeitpunkt die Gläubigerstellung begründet sein muss. Unklar ist deshalb insbesondere, ob der Anspruch bereits entstanden sein muss oder ob es genügt, wenn er im maßgebenden Zeitpunkt bereits begründet war. Es bietet sich an, diese Fragen parallel zu Art. 99 Abs. 1 GesRRL in der Weise zu regeln, dass die Forderung im Zeitpunkt der Bekanntmachung des Umwandlungsplans bestehen muss.

Ergänzend zu der Regelung in Abs. 2 sieht Abs. 3 unter lit. a und lit. b zwei Vermutungen vor, die allerdings widerlegbar sein sollen (vgl. die Begründung auf S. 28 unten des deutschsprachigen Richtlinien-Entwurfs). Die Widerleglichkeit der Vermutungen sollte jedoch im Richtlinienentwurf ausdrücklich angesprochen werden, da die Formulierung in Erwägungsgrund 18 dies nicht klar zum Ausdruck bringt und die Begründung nicht Teil des vorgeschlagenen Rechtsakts ist. Liegen die Voraussetzungen einer dieser beiden Vermutungen vor, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass den Gläubigern durch die grenzüberschreitende Umwandlung kein Nachteil entsteht. Das Antragsrecht nach Abs. 2 besteht dann offenbar nicht, ohne dass dies im Richtlinienentwurf allerdings klar zum Ausdruck kommt.

Nach der ersten Vermutung entsteht den Gläubigern kein Nachteil, wenn die Gesellschaft zusammen mit dem Umwandlungsplan den Bericht eines unabhängigen Sachverständigen veröffentlicht, der zu dem Ergebnis kommt, dass nach vernünftigem Ermessen eine übermäßige Beeinträchtigung der Rechte der Gläubiger nicht zu erwarten ist. Bei dieser Regelung stellt sich die Frage, warum den Gläubigern kein Nachteil entstehen soll, wenn der Bericht nur eine "übermäßige" Beeinträchtigung ihrer Rechte ausschließt. Vor allem aber sollte klargestellt werden, dass der Sachverständige, der diesen Bericht abgibt, derselbe sein kann, der gemäß Art. 86g mit der Prüfung des Umwandlungsvorgangs beauftragt wird.

Die zweite Vermutung greift ein, wenn den Gläubigern ein Zahlungsanspruch gegen einen dritten Sicherungsgeber oder gegen die aus der Umwandlung hervorgehende

Gesellschaft angeboten wird. Dabei muss dieser Zahlungsanspruch mindestens den gleichen Wert wie der ursprüngliche Anspruch haben. Er muss vor demselben Gericht wie der ursprüngliche Anspruch geltend gemacht werden können und seine Bonität muss mindestens der Bonität der ursprünglichen Forderung unmittelbar nach Abschluss der Umwandlung entsprechen.

Während die Veröffentlichung eines Sachverständigenberichts gemäß der ersten Vermutung einen praktikablen Weg zur Absicherung der Gläubiger darstellen dürfte, erscheint die Erfüllung der zweiten Vermutung unverhältnismäßig aufwändig, soweit die Garantie eines Dritten verlangt wird. Gegen die alternativ vorgesehene Begründung eines Zahlungsanspruchs gegen die aus der Umwandlung hervorgehende Gesellschaft spricht, dass diese mit dem Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Umwandlung ohnehin Schuldnerin aller gegen die formwechselnde Gesellschaft bestehenden Forderungen wird (Art. 86s Abs. 1 lit. a). Eine Bestätigung oder Verdoppelung dieser Forderungen führt deshalb nicht zu einer höheren Absicherung. Regelungsbedürftig ist insoweit nur, dass die auf die Zielgesellschaft übergegangenen Forderungen weiter am Gerichtsstand der sich umwandelnden Gesellschaft geltend gemacht werden können.

Art. 86I: Mitbestimmung der Arbeitnehmer

- a) Der Entwurf übernimmt – wie schon die geltende GesRRL für die grenzüberschreitende Verschmelzung – bezüglich der Arbeitnehmermitbestimmung das erstmals mit der SE und der sie begleitenden Richtlinie eingeführte System. Danach ist ein bestehender Status der Arbeitnehmermitbestimmung im Grundsatz zu erhalten, kann jedoch durch ein besonderes Verhandlungsverfahren modifiziert werden. Abweichend von den (insoweit unverändert bleibenden) Bestimmungen über die grenzüberschreitende Verschmelzung soll das besondere Verhandlungsverfahren aber nicht nur dann zur Anwendung kommen, wenn in der sich umwandelnden Gesellschaft bereits ein System der Arbeitnehmermitbestimmung bestand (so Art. 133 Abs. 2 GesRRL), sondern bereits dann, wenn in dieser Gesellschaft die durchschnittliche Zahl der Arbeitnehmer 4/5 des nach dem Recht des Wegzugstaates festgelegten Schwellenwerts für die Arbeitnehmermitbestimmung betrug. Die obligatorische Vorschaltung des

Verhandlungsverfahrens unabhängig von der bisherigen Mitbestimmungslage entspricht zwar der Regelung für die SE (Art. 12 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2157/2001 (EG) in Verbindung mit der Richtlinie 2001/86/EG). Mit der Errichtung einer SE ist die grenzüberschreitende Umwandlung jedoch nicht vergleichbar. Ein sachlicher Grund für die Differenzierung gegenüber der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Art. 133 GesRRL) besteht nicht. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass mangels eines im Zeitpunkt der Umwandlung bereits bestehenden Mitbestimmungssystems bei der sich umwandelnden Gesellschaft das besondere Verhandlungsverfahren aufgrund der Auffangregelung die Folge hat, dass in der durch Umwandlung entstehenden Gesellschaft kein System der Arbeitnehmermitbestimmung einzuführen ist (vgl. unten S. 20). Dennoch bedeutet das obligatorisch vorgeschaltete besondere Verhandlungsverfahren in diesen Fällen eine unnötige Erschwernis und vor allem Verzögerung der Umwandlung, insbesondere durch die Zeit, die für die Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums anzusetzen ist, und sodann die Zeit für die Verhandlungen, die nochmals volle sechs Monate in Anspruch nehmen können. Die Voraussetzungen für die obligatorische Einführung eines besonderen Verhandlungsverfahrens sollten deshalb an die Bestimmung des Art. 133 GesRRL angepasst werden.

- b) Auch wenn diesem Vorschlag nicht gefolgt wird, bedarf Art. 86I Abs. 2 des Entwurfs in mehrfacher Hinsicht der Änderung:
- Zunächst ist klarzustellen, dass es sich bei der durchschnittlichen Beschäftigtenzahl von "vier Fünftel" um eine Mindestgröße handelt. Es müsste also formuliert werden "die mindestens vier Fünftel des im Recht des Wegzugmitgliedstaats festgelegten Schwellenwerts entspricht".
 - Voraussetzung für das besondere Verhandlungsverfahren soll gemäß Abs. 2 lit. a weiterhin sein, dass nach dem nationalen Recht des Zuzugmitgliedstaats eine gleichwertige Mitbestimmungsregelung nicht besteht, was wie folgt formuliert ist:

"nicht mindestens den gleichen Umfang an Arbeitnehmermitbestimmung vorsieht, wie er in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestand".

Wenn jedoch gemäß der gegenwärtigen Entwurfsfassung von Abs. 2 gar nicht Voraussetzung des besonderen Verhandlungsverfahrens ist, dass tatsächlich ein System der Arbeitnehmermitbestimmung bei der sich umwandelnden Gesellschaft bestand, geht dieser Vergleich ins Leere. Es müsste deshalb wie folgt formuliert werden:

"(wenn das nationale Recht des Zuzugmitgliedstaates) nicht für Gesellschaften in der Rechtsform der durch die Umwandlung entstehenden Gesellschaft, deren Beschäftigtenzahl den Schwellenwert der Arbeitnehmermitbestimmung des Rechts des Wegzugmitgliedstaats übersteigt, mindestens den gleichen Umfang an Mitbestimmung der Arbeitnehmer vorsieht, der nach dem Recht des Wegzugmitgliedstaats für eine Gesellschaft in der Rechtsform der sich umwandelnden Gesellschaft, deren durchschnittliche Beschäftigtenzahl den Schwellenwert übersteigt, gilt."

c) Darüber hinaus enthält Art. 86I Abs. 2 einen Fehler, der auch bereits in Art. 133 Abs. 2 GesRRL enthalten ist: Voraussetzung für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ist danach (verkürzt):

- bestehende Arbeitnehmermitbestimmung (oder für die Umwandlung: Mindestbeschäftigtenzahl von vier Fünfteln des Schwellenwerts für die Mitbestimmung) oder
- Fehlen gleichwertiger Mitbestimmungsregeln in der Zielrechtsordnung.

Das ist offensichtlich unrichtig. Wenn in der Ausgangslage kein Mitbestimmungssystem bestand (oder die Beschäftigtenzahl unter vier Fünfteln des Schwellenwerts liegt), verbleibt es bei der Anwendung der Mitbestimmungsregeln (oder deren Fehlen) nach der Rechtsordnung des Zuzugstaats. Nur wenn in der Ausgangslage ein Mitbestimmungssystem bestand (Verschmelzung) oder jedenfalls die Beschäftigtenzahl dem Schwellenwert nahekommt (mindestens vier Fünftel) und die Zielrechtsordnung keine

gleichwertige Mitbestimmungsregelung enthält, kommt es zu dem Verhandlungsverfahren. In Art. 86I Abs. 2 sollten deshalb im einleitenden Teilabsatz nach dem Wort "auslöst" die Wörter "oder wenn" gestrichen und durch die Wörter "und wenn" ersetzt werden.

- d) In Art. 86I Abs. 2 lit. a heißt es (wie auch in dem insoweit unveränderten Art. 133 Abs. 2 lit. a GesRRL) am Ende:

"wobei dieser Umfang als der Anteil der die Arbeitnehmer vertretenden Mitglieder des Verwaltungs- oder des Aufsichtsorgans oder ihrer Ausschüsse oder des Leitungsgremiums ausgedrückt wird, das für die Ergebniseinheiten der Gesellschaft zuständig ist, wenn eine Arbeitnehmermitbestimmung besteht".

Gemeint ist der Anteil der Arbeitnehmervertreter in demjenigen Gremium, in dem eine Arbeitnehmermitbestimmung besteht. Das sollte in der Formulierung deutlicher gesagt werden, etwa indem das hier kursiv geschriebene Wort "wenn" ersetzt wird durch "in dem oder in denen" – wobei sich diese Relativpronomina auf das jeweilige Gremium oder die Ausschüsse oder ggfs. die Ergebniseinheiten beziehen.

Die gewählte Methode der Verweisung auf die Richtlinie 2001/86/EG ist unübersichtlich und nicht in allen Einzelheiten klar: Gemäß Art. 86I Abs. 3 lit. g soll lit. a des Teils 3 des Anhangs der Richtlinie 2001/86/EG entsprechend anwendbar sein. Lit. a, auf den in dieser Weise verwiesen ist, verweist aber seinerseits auf lit. b. Mit der vorgesehenen Verweisung in Art. 86I wäre auf lit. b nicht verwiesen und dieser deshalb nicht durch Verweisung mit in die Verweisungsnorm einbezogen. Deshalb sollte der verweisende Absatz (also Art. 86I Nr. 3 lit. g) durch den Zusatz ergänzt werden "und den Buchstaben b, soweit auf diesen in Buchstabe a verwiesen ist".

Art. 86m: Vorabbescheinigung

Art. 86m sieht die Ausstellung einer Rechtmäßigkeitsbescheinigung durch eine zu benennende Behörde des Mitgliedstaates vor, aus der sich ergibt, dass die Voraussetzungen der Umwandlung erfüllt und alle Verfahren und Formalitäten im Wegzugsmitgliedstaat ordnungsgemäß erledigt sind. Die Behörden des Zuzugsmitgliedstaats sollen an diese Vorabentscheidung gebunden sein (Art. 86p Abs. 5). Das ist als Konzept sachgerecht.

Vor dem Hintergrund der allgemeinen Beschreibung der Rechtmäßigkeitsprüfung in Abs. 1 erscheint allerdings Abs. 4 entbehrlich. Es geht in Abs. 4 um die gemäß Art. 86d Abs. 1 lit. k vorgeschriebene Angabe im Umwandlungsplan, die schon nach Abs. 1 zu prüfen ist. Es fragt sich auch, ob nicht auf die Regelung in Abs. 5 verzichtet werden sollte, da auch sie keine zusätzliche Klarheit bringt. Im Gegenteil ist zumindest im Hinblick auf den Prüfungsgegenstand nach Abs. 5 lit. c unklar, was genau der Gegenstand der Prüfung sein und welchem Zweck diese Prüfung dienen soll.

Nach Abs. 7 muss die Prüfung innerhalb eines Monats nach Eingang der Information über die Zustimmung der Gesellschafterversammlung zur Umwandlung erfolgen. Diese Frist wird in Art. 86n Abs. 2 Satz 3 für den Fall einer eingehenden Prüfung verlängert, soll im Übrigen aber anscheinend zwingenden Charakter haben. Das hätte zur Folge, dass die zuständige Behörde die Erteilung der Vorabbescheinigung gemäß Abs. 7 lit. b Satz 2 verweigern müsste, wenn nicht innerhalb der Monatsfrist feststeht, dass "alle einschlägigen Voraussetzungen erfüllt" sind. Jedenfalls bei der Erhebung einer Klage gegen die Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses über die Umwandlung ist das jedoch nicht möglich. Zumindest für diesen Fall, wohl aber auch für andere Fälle, in denen ein Hindernis nicht innerhalb der Monatsfrist behoben werden kann, sollte deshalb die Möglichkeit einer Fristverlängerung geschaffen oder zumindest klargestellt werden, dass nach Behebung des Hindernisses eine neue Vorabbescheinigung beantragt werden kann.

Zu Abs. 7 lit. c vgl. die Anmerkungen zu Art. 86n (unten S. 22).

Art. 86n: Eingehende Prüfung

Nach Art. 86m Abs. 7 lit. c soll die zuständige Behörde, die über den Antrag auf Erteilung einer Vorabbescheinigung entscheidet, die Vornahme einer eingehenden Prüfung nach Art. 86n beschließen, wenn sie ernste Bedenken hat, dass es sich bei der grenzüberschreitenden Umwandlung um eine künstliche Gestaltung nach Art. 86 c Abs. 3 handelt. In diesem Fall würde sich die Frist für die Bearbeitung des Antrags auf Erteilung der Vorabbescheinigung bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Beginn der eingehenden Prüfung verlängern (Art. 86n Abs. 2 Satz 3).

Der DAV hat Bedenken gegen die Regelung in Art. 86c Abs. 3 (vgl. dazu oben S. 6 f.); folgt man diesen, werden dadurch zugleich die Regelungen in Art. 86m Abs. 7 lit. c und Art. 86n obsolet. Unabhängig davon dürfte sich auch bei Beibehaltung des Konzepts aus Art. 86c Abs. 3 eine deutliche Kürzung von Art. 86n Abs. 1 empfehlen. Die Aufzählung derjenigen Tatsachen und Umstände, die bei der Prüfung mindestens zu berücksichtigen sein sollen, ist nicht geeignet, eine Hilfestellung für die Prüfung zu geben und sollte entfallen. Der Hinweis auf die Notwendigkeit, "alle relevanten Tatsachen und Umstände" zu prüfen, genügt und bringt größere Klarheit als die im Entwurf anschließend folgende Aufzählung.

Art. 86o: Überprüfung und Übermittlung der Vorabbescheinigung

Abs. 1 regelt den Rechtsschutz gegen die Vorabbescheinigung. Die Vorschrift ist unklar und Bedenken ausgesetzt. Abs. 1 Satz 1 verlangt die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Ausstellung und der Versagung der Vorabbescheinigung. Allerdings soll dieses Recht nur für den Fall bestehen, dass es sich bei der zuständigen Behörde des Wegzugmitgliedstaats nicht um ein Gericht handelt. Wie sich diese Einschränkung zu Abs. 1 Satz 2 verhält, ist unklar. Denn Abs. 1 Satz 2 setzt die Möglichkeit des Rechtsschutzes gegen die Ausstellung einer Vorabbescheinigung anscheinend in jedem Fall voraus, also auch in dem Fall, dass die Vorabbescheinigung durch ein Gericht erteilt wird.

Richtigerweise muss naturgemäß Rechtsschutz gegen die Versagung der Vorabbescheinigung bestehen, und zwar sinnvollerweise auch dann, wenn es sich bei

der für die Vorab-Bescheinigung zuständigen Behörde des Wegzugsmitgliedstaats um ein Gericht handelt. Das Klagerecht gegen eine Versagung der Vorabbescheinigung muss demjenigen zustehen, der die Bescheinigung beantragt hat, d.h. der Gesellschaft.

Weniger klar ist hingegen, aus welchem Grund es nötig sein soll, dass auch gegen die Erteilung einer beantragten Vorabbescheinigung Klage vor einem Gericht erhoben werden kann, warum zum Schutz dieses Rechts die Vorabbescheinigung erst nach Ablauf einer bestimmten Frist soll wirksam werden können und wer die "Parteien" sein sollen, denen das Klagerecht zusteht (Abs. 1 Satz 2). Der Rechtsschutz der Gesellschafter ist grundsätzlich durch deren Recht gewährleistet, den Umwandlungsbeschluss durch Klage anzugreifen, sie benötigen daneben keinen zusätzlichen Rechtsschutz gegen die Erteilung der Vorabbescheinigung. Sichergestellt werden muss lediglich, dass nicht aufgrund einer Vorabbescheinigung die Eintragung im Zuzugsmitgliedstaat trotz noch schwebender Anfechtungsklage erfolgt. Dazu ist aber weder ein eigenständiges Klagerecht gegen die Vorabbescheinigung noch eine Frist für das Wirksamwerden der Vorabbescheinigung erforderlich, sondern es kann den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, wie sie dieses Thema regeln; in Deutschland würde sich eine Regelung nach dem Vorbild von § 16 Abs. 2 u. 3 UmwG anbieten. Für den Schutz der Gläubiger genügt Art. 86k Abs. 2 mit dem dort vorgesehenen Recht, angemessene Sicherheiten zu beantragen. Die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer sind durch Art. 86l, insbesondere dessen Abs. 4 lit. c wohl ausreichend geschützt (vielleicht mit Ausnahme der Verpflichtung nach Art. 86l Abs. 6). Jedenfalls Gläubiger und Arbeitnehmer benötigen deshalb kein Recht, gegen die Erteilung der Vorabbescheinigung zu klagen.

Art. 86s: Rechtsfolgen der grenzüberschreitenden Umwandlung

Die grenzüberschreitende Umwandlung führt dazu, dass die sich umwandelnde Gesellschaft erlischt und an ihre Stelle die aus dem Formwechsel entstehende Gesellschaft tritt. Dabei soll es sich nach Erwägungsgrund 8 und nach der Definition in Art. 86b Nr. 2 um eine Kontinuität der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft im Zielstaat und nicht um die Gründung einer neuen Gesellschaft handeln. Die Regelung in Art. 86s Abs. 1 lit. a und lit. c übernimmt hingegen fälschlich die Formulierung aus Art. 131

GesRRL und geht von einer Vermögensübertragung auf die neue Gesellschaft aus. Vgl. auch schon die Anmerkungen zu Art. 86b Abs. 6 (oben S. 6).

Wie bei der Verschmelzung sollte berücksichtigt werden, dass nationale Vorschriften den grenzüberschreitenden Vermögensübergang von besonderen Zustimmungserfordernissen abhängig machen können. Diese Erfordernisse sollten dann von der aus der Umwandlung hervorgehenden Gesellschaft erfüllt werden können, wenn die sich umwandelnde Gesellschaft bereits gelöscht ist. Um dies klarzustellen, sollte Art. 86s Abs. 1 um folgenden Absatz ergänzt werden (vgl. auch die entsprechende Regelung bei der grenzüberschreitenden Spaltung, Art. 160u Abs. 4):

"Schreibt das anwendbare Recht im Falle einer grenzüberschreitenden Umwandlung von Gesellschaften im Sinne dieser Richtlinie die Erfüllung besonderer Formalitäten vor, bevor die Übertragung bestimmter Vermögensgegenstände, Rechte und Verbindlichkeiten gegenüber Dritten wirksam wird, so können diese Formalitäten auch von der aus der Umwandlung hervorgehenden Gesellschaft erfüllt werden."

Abs. 3 sieht einen für grenzüberschreitende Umwandlungen neuen Haftungstatbestand vor. Die aus dem Formwechsel hervorgegangene Gesellschaft soll danach für alle Schäden haften, die aus den Unterschieden zwischen den nationalen Rechtssystemen der beteiligten Mitgliedstaaten erwachsen, sofern die jeweilige Vertragspartei nicht vor dem Vertragsabschluss über den Formwechsel informiert worden ist. Zweck der Regelung ist augenscheinlich, den Vertragspartnern der formwechselnden Gesellschaft Nachteile zu ersetzen, die sich aus etwaigen Unterschieden der anwendbaren Rechtssysteme ergeben, sofern sie darauf nicht vor Vertragsschluss hingewiesen wurden. Gegen eine solche Haftung spricht, dass die formwechselnde Gesellschaft vor Durchführung der Umwandlung den Umwandlungsplan und den Bericht eines unabhängigen Sachverständigen (Art. 86h Abs. 1 lit. a und lit. b) sowie ergänzend dazu einen Hinweis an Gesellschafter, Gläubiger und Mitarbeiter zur Einreichung von Kommentaren (Art. 86h Abs. 1 lit. c) veröffentlichen muss. Neben dieser generellen Offenlegung noch eine individuelle Unterrichtung einzelner Vertragspartner zu allen relevanten Rechtsunterschieden zwischen den beteiligten Mitgliedstaaten zu verlangen, widerspricht dem Sinn der Offenlegungsvorschriften und ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Bei Verträgen, die schon seit längerem laufen, wäre eine Unterrichtung vor dem Vertragsschluss auch gar nicht möglich. Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung ist eine derartige Haftung daher nicht vorgesehen (vgl. Art. 131 GesRRL).

Art. 86t: Haftung der unabhängigen Sachverständigen

Die Regelung weicht von den bestehenden Parallelvorschriften in Art. 107 und Art. 152 GesRRL inhaltlich ab, ohne dass der Grund dafür nachvollziehbar wäre. In Art. 107 GesRRL werden mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften zur zivilrechtlichen Haftung der Sachverständigen nur im Hinblick auf eine Haftung gegenüber den Aktionären verlangt, in gleicher Weise dürfte – wenn auch unklar – Art. 152 GesRRL zu verstehen sein. Art. 86t soll eine solche Beschränkung auf die Haftung gegenüber Aktionären hingegen nicht enthalten. Überdies sprechen sowohl Art. 107 als auch Art. 152 GesRRL von der Haftung des Sachverständigen "für schuldhaftes Verhalten", während Art. 86t von "Fehlverhalten" sprechen will. Wahrscheinlich soll sich damit kein Unterschied verbinden, der Begriff "Fehlverhalten" sollte aber vermieden werden, weil er auf objektives Fehlverhalten gerichtet ist, während es für eine Haftung natürlich auch des Verschuldens bedarf.

Kapitel III: Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften

Art. 119: Begriffsbestimmungen

In Art. 119 Nr. 2 lit. c GesRRL wird bislang schon der Fall der Konzernverschmelzung einer 100%-Tochter erfasst. Nunmehr sollen durch den neuen lit. d weitere Formen der Konzernverschmelzung definiert werden, und zwar solche Verschmelzungen, die ohne Gewährung von Anteilen erfolgen können. Genannt wird zum einen die Konstellation, dass eine Person direkt oder indirekt alle Anteile an allen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften hält, und zum zweiten die Konstellation der Verschmelzung von Schwestergesellschaften, deren Anteile in derselben Proportion von denselben Anteilsinhabern gehalten werden.

Die Vereinfachungen, die für diese Verschmelzungsformen gelten, sollen in Art. 132 geregelt werden, allerdings unvollständig: Der bisherige Art. 132 Abs. 1 GesRRL befreit im Fall der 100%-Konzernverschmelzung von dem Erfordernis der Gewährung von Anteilen und dem Erfordernis der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Die vorgesehene Neufassung von Art. 132 Abs. 1 erfasst zum einen den Fall der 100%-Konzernverschmelzung, wobei es abweichend von Art. 119 Nr. 2 lit. c GesRRL genügen soll, wenn der Mutter alle stimmberechtigten Anteile gehören. Zum anderen sollen die Erleichterungen auch für den Fall gelten, dass eine Person direkt oder indirekt alle Anteile an allen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften hält. Es fehlt aber eine Regelung für den in Nr. 2 lit. d zusätzlich definierten Fall der Verschmelzung von Schwestergesellschaften, an denen dieselben Anteilhaber proportional gleich beteiligt sind. Die neue Definitionsnorm in Nr. 2 lit. d indiziert, dass auch in diesem Fall die in Art. 132 genannten Erleichterungen in Anspruch genommen werden können. Eine entsprechende Regelung der Rechtsfolge fehlt jedoch in der Entwurfsfassung von Art. 132 Abs. 1.

Art. 121: Voraussetzungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen

S. dazu die Anmerkung zu Art. 86c Abs. 3 (oben S. 6 f.)

Art. 122: Gemeinsamer Plan für grenzüberschreitende Verschmelzung

Zu lit. m vgl. die Anmerkung zu Art. 86d Abs. 1 lit. i (oben S. 8); zu Unterabs. 2 vgl. die Anmerkungen zu Art. 86d Abs. 2 (oben S. 8).

Art. 122a: Rechnungslegungsstichtag

Nach Erwägungsgrund 30 soll der für Rechnungslegungszwecke geltende Stichtag nach klaren Regeln bestimmt werden, und die Mitgliedstaaten sollen verpflichtet werden, dafür zu sorgen, dass der Stichtag nach dem nationalen Recht aller an der Verschmelzung beteiligten Parteien für Rechnungslegungszwecke als einziger verbindlicher Stichtag gilt. Dieser Leitlinie werden die in Art. 122a vorgesehenen Regeln nicht gerecht:

Ausgangspunkt ist die Verpflichtung, im Verschmelzungsplan den Zeitpunkt für den Wechsel der Rechnungslegung festzulegen (Art. 122 lit. f GesRRL). Das ist der Stichtag, zu dem die übertragende Gesellschaft zum letzten Mal in ihrer Schlussbilanz Rechnung legt. Das kann sie nur, solange ihre Organe noch aktionsfähig sind, so dass der Stichtag notwendig vor dem Wirksamwerden der Verschmelzung liegt. Deshalb geht es an der Sache vorbei, wenn Art. 122a Abs. 1 Unterabs. 2 davon ausgeht, dass der Rechnungslegungsstichtag regelmäßig mit dem Tag des Wirksamwerdens der Verschmelzung zusammenfällt und die beteiligten Gesellschaften nur einen anderen Stichtag festlegen können. Tatsächlich muss der im Verschmelzungsplan zu bestimmende Rechnungslegungsstichtag notwendig vor dem Wirksamwerden der Verschmelzung liegen.

Verfehlt ist auch die Regelung in Abs. 1 Unterabs. 1, wonach für die Festlegung des Rechnungslegungsstichtags die für die aufnehmende Gesellschaft maßgeblichen Rechnungslegungsstandards bestimmend sein sollen. Das kollidiert mit der Leitlinie in Erwägungsgrund 30, wonach die Mitgliedstaaten dafür sorgen müssen, dass der im Verschmelzungsplan als Rechnungslegungsstichtag festgelegte Stichtag der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft nach dem nationalen Recht aller an der Verschmelzung beteiligten Parteien als einzig verbindlicher Rechnungslegungsstichtag anzuerkennen ist.

Die in Abs. 2 vorgesehene Regelung stellt lediglich klar, dass mit "Rechnungslegungsstichtag" das Datum gemeint ist, das im Verschmelzungsplan nach Art. 122 lit. f GesRRL als Stichtag für den Wechsel der Rechnungslegung festzulegen ist. Abs. 2 ist jedenfalls dann überflüssig, wenn einleitend in Art. 122a der "Rechnungslegungsstichtag" durch Verweis auf Art. 122 lit. f GesRRL definiert wird.

Zusätzlich regelt Abs. 3, dass für den Ansatz und die Bewertung von Aktiva und Passiva in der Rechnungslegung vom Wechsel der Rechnungslegung an die für die aufnehmende Gesellschaft maßgeblichen Bilanzierungsregeln anzuwenden sind. Das erscheint sachgemäß, verhindert allerdings die nach deutschem Verschmelzungsrecht (§ 24 UmwG) zulässige Fortführung der Buchwerte. Dabei geht es wohlgerne nicht um eine Regelung zur Unternehmensbewertung und zum Bewertungsstichtag für die Festlegung des Umtauschverhältnisses.

Art. 124: Bericht des Leitungs- oder des Verwaltungsorgans für die Gesellschafter

Hier gelten dieselben Anmerkungen wie zu Art. 86e (oben S. 9 f.).

Art. 124a: Bericht des Leitungs- oder des Verwaltungsorgans für die Arbeitnehmer

Hier gelten dieselben Anmerkungen wie zu Art. 86f (oben S. 10 f.). Oben S. 10 iVm S. 9 ist vorgeschlagen worden, die Fristen zu harmonisieren. Da die Frist für den Antrag auf Bestellung des unabhängigen Sachverständigen in Art. 86g unzweckmäßig erscheint (vgl. oben S. 11), erscheint es richtig, es bezüglich der Fristen für den Bericht an die Arbeitnehmer(vertretungen) bei der Regelung des Art. 124a zu belassen.

Klargestellt werden könnte in Abs. 4, ob die Stellungnahme nur den Gesellschaftern derjenigen Gesellschaft zuzuleiten ist, von deren Arbeitnehmern sie stammt, oder den Gesellschaftern jeder der sich verschmelzenden Gesellschaften.

Art. 126: Zustimmung der Gesellschafterversammlung

Die Regelungen werden (mit den notwendigen Anpassungen bzgl. Umtauschverhältnis und Bewertung) weitgehend an den neuen Art. 86i angepasst. Insoweit gelten die Anmerkungen dazu entsprechend (oben S. 13). Allerdings fehlt es hier an einer Festlegung der Mindestanforderungen an die Beschlussmehrheit, die ergänzt werden sollte.

Art. 126a: Schutz der Gesellschafter

Die Regelungen entsprechen weitgehend (mit den für die Verschmelzung notwendigen Anpassungen) den Bestimmungen des Art. 86j. Insoweit gelten die Anmerkungen oben S. 13 f. entsprechend. Wesentlicher Unterschied ist, dass das Spruchverfahren hier auch für die Bestimmung des Umtauschverhältnisses gilt.

Abs. 5 sieht vor, dass der unabhängige Sachverständige prüft, ob die Barabfindung und das Umtauschverhältnis angemessen sind. Dies erscheint sinnvoll und entspricht der Rechtslage nach deutschem Verschmelzungsrecht. Missverständlich ist allerdings die Regelung, der Sachverständige solle den "Wert der Gesellschaft ohne die Auswirkungen der geplanten Verschmelzung" berücksichtigen. Richtigerweise geht es nicht um die Bewertung der durch die Verschmelzung entstehenden Gesellschaft, sondern um die Werte der sich verschmelzenden Gesellschaften; das sollte im Text deutlicher werden. Hilfreich ist die Klarstellung, dass diese Werte „ohne die Auswirkungen der geplanten Verschmelzung“, d.h. auf Stand Alone-Basis, zu bemessen sind.

Gemäß Art. 126a Abs. 8 und 9 ist vorgesehen, dass eine gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses sowohl zu Gunsten der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft als auch zu Gunsten der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft möglich ist und ein Ausgleich auch durch zusätzliche Anteile der übernehmenden Gesellschaft gewährt werden kann. Das ist zu begrüßen. Jedoch ist auf Folgendes hinzuweisen:

- Wenn eine Nachbesserung des Umtauschverhältnisses (durch eine Barzahlung oder die Gewährung zusätzlicher Anteile) zu Gunsten der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft erfolgt, steht dieser Leistung keine an die Gesellschaft erbrachte Einlage der von der Korrektur begünstigten Gesellschafter gegenüber. Es handelt sich der Sache nach um eine Sonderdividende an die Altgesellschafter der übernehmenden Gesellschaft oder eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nur zu ihren Gunsten. Beide Maßnahmen haben dann den Effekt, dass durch Minderung des Wertes der Gesellschaft oder Erhöhung der Gesamtzahl der ausgegebenen Anteile der Wert eines Anteils so gemindert wird, dass der Wert der an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ausgegebenen Anteile dem Wert ihrer Einlage entspricht.
- Solche Maßnahmen sind möglicherweise mit den sonst geltenden Grundsätzen der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung unvereinbar (siehe z. B. Art. 47 GesRRL). Es sollte deutlich gemacht werden, dass die sonst geltenden

Grundsätze einem Ausgleichsmechanismus der dargestellten Art nicht entgegenstehen.

Außerdem sollte – sowohl für die Überprüfung einer Barabfindung, nach Abs. 7 als auch für die Überprüfung der Umtauschverhältnisse nach Abs. 8 und 9 – eine einheitliche Gerichtszuständigkeit, sinnvollerweise der für den Sitz der übernehmenden Gesellschaft zuständigen Gerichte begründet werden. Ohne einheitliche Gerichtszuständigkeit (und zwingende Verfahrensverbinding) wären divergierende Entscheidungen denkbar, bis hin zu der Möglichkeit, dass in einem Verfahren die Barabfindung oder das Umtauschverhältnis als zu nachteilig für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft und in einem anderen Verfahren als zu ungünstig für die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft korrigiert werden.

Art. 126b: Gläubigerschutz

Siehe dazu die Anmerkungen zu Art. 86k (oben S. 15 ff.).

Art. 133: Mitbestimmung der Arbeitnehmer

Hier gelten die redaktionellen Anmerkungen zu Art. 86l (oben S. 17 ff.) entsprechend. Außerdem sollte aus Anlass der vorgeschlagenen Richtlinie ein Fehler der deutschen Fassung des Art. 133 Abs. 6 GesRRL korrigiert werden. Nach dieser Bestimmung soll unter den in ihr genannten Voraussetzungen

"diese Regelung des Abs. 2 auf die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft angewandt werden".

Das ist inhaltlich unrichtig und entspricht weder dem englischen noch dem französischen Text der GesRRL. Richtig müsste es etwa wie folgt heißen:

"so soll ein solches System gemäß den in Abs. 2 genannten Vorschriften auf die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft angewandt werden".

Art. 133a: Haftung der unabhängigen Sachverständigen

Die vorgesehene Neuregelung der Haftung der unabhängigen Sachverständigen entspricht in ihrem Inhalt der Entwurfsregelung zu Art. 86t; vgl. dazu oben S. 25.

Kapitel IV: Grenzüberschreitende Spaltung von Kapitalgesellschaften

Art. 160a: Anwendungsbereich

Die Bestimmung des Anwendungsbereichs in Abs. 1 folgt der für die grenzüberschreitende Verschmelzung geltenden Regelung in Art. 118 GesRRL. Auch die Regeln zur grenzüberschreitenden Spaltung sollen nur auf Kapitalgesellschaften, in Deutschland also auf AG, KGaA und GmbH anwendbar sein.

Art. 160b: Begriffsbestimmungen

Die Definition der Spaltung in Nr. 3 umfasst nicht die Spaltung zur Aufnahme durch eine bestehende Gesellschaft. Die grenzüberschreitende Spaltung, und zwar sowohl die Aufspaltung nach lit. a als auch die Abspaltung nach lit. b, soll nur möglich sein auf eine oder mehrere neu gegründete Gesellschaften. Der Grund für diese Beschränkung ist nicht ersichtlich und wird von der Kommission auch nicht dargelegt. In Erwägungsgrund 38 führt die Kommission lediglich aus, dass es sehr komplexe Regelungen erfordern würde, wenn eine Spaltung zur Aufnahme durch mehr als eine bestehende Gesellschaft erlaubt würde. Das mag richtig sein, aber es fehlt eine Begründung, weshalb nicht eine Abspaltung auf eine bestehende Gesellschaft im anderen Mitgliedstaat zugelassen wird.

Der Entwurf akzeptiert mit Recht, dass die grenzüberschreitende Spaltung nicht notwendig verhältnismäßig sein muss, sondern auch als nicht verhältnismäßige Spaltung zum Zwecke der Realteilung eingesetzt werden kann. Das zeigen die im Entwurf vorgesehenen umfangreichen Regelungen zur Begründung und Überprüfung des Umtauschverhältnisses (s. Art. 160g Abs. 2 lit. b und Art. 160i Abs. 3), die nur für den Fall der nicht verhältnismäßigen Spaltung Sinn machen.

Art. 160d: Voraussetzungen für grenzüberschreitende Spaltungen

Zu dem Missbrauchsvorbehalt in Abs. 3 siehe die Anmerkungen zur entsprechenden Regelung für die Umwandlung in Art. 86c Abs. 3 (oben S. 6 f.).

Art. 160e: Plan für die grenzüberschreitende Spaltung

Zu Abs. 1 lit. d und lit. g, Abs. 4 vgl. die Anmerkungen zu Art. 86d Abs. 1 lit. d und lit. i, Abs. 2 (oben S. 8).

Art. 160f: Rechnungslegungsstichtag

Die Regelungen entsprechen weitgehend den in Art. 122a vorgesehenen Regelungen zum Stichtag für den Wechsel der Rechnungslegung bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung. Insofern wird auf die Anmerkungen zu Art. 122a Bezug genommen (oben S. 27).

Zusätzlich soll in Abs. 1 Unterabs. 3 lit. b bestimmt werden, dass das Datum für den Wechsel der Rechnungslegung mit Bezug auf eine aufnehmende Gesellschaft nicht vor dem Datum ihrer Gründung liegen darf. Das ist verfehlt. Bei der Spaltung zur Neugründung wird eine Schlussbilanz der Ausgangsgesellschaft zugrunde gelegt, die notwendig auf einen Stichtag aufgestellt wird, der vor Eintragung der aufnehmenden neuen Gesellschaft liegt. Da die Rechnungslegung der neuen Gesellschaft an die letztmalige Rechnungslegung der Ausgangsgesellschaft in deren Schlussbilanz nahtlos anknüpft, muss der Wechsel der Rechnungslegung auf ein Datum festgelegt werden, das notwendig vor der Eintragung der durch die Spaltung entstehenden neuen Gesellschaft liegt. Für die Zwecke der Rechnungslegung wird die neue Gesellschaft als bereits bestehend fingiert. Im deutschen Umwandlungsrecht entspricht dies der anerkannten Praxis. (Drygala in: Lutter UmwG, 5. Aufl. 2014, § 5 Rn. 74; Schröder in: Semler/Stengel UmwG, 4. Aufl. 2017, § 5 Rdn. 53; Ulrich/Böhle GmbHR 2006, 644 f.)

Art. 160g: Bericht des Leitungs- oder des Verwaltungsorgans für die Gesellschafter

Hier gelten dieselben Anmerkungen wie zu Art. 86e. (oben S. 9 f.).

Art. 160h: Bericht des Leitungs- oder des Verwaltungsorgans für die Arbeitnehmer

Hier gelten dieselben Anmerkungen wie zu Art. 86f. (oben S. 10.).

Art. 160i: Prüfung durch einen unabhängigen Sachverständigen

Die Regelung entspricht mit Ausnahme von Abs. 3 lit. a bis lit. d der Regelung in Art. 86g; insoweit kann auf die Anmerkungen oben S. 11 f. Bezug genommen werden. Abs. 3 lit. a bis lit. d beschreiben sachgerechte Prüfungsaufgaben des Sachverständigen und Inhalte seines Berichts.

Art. 160j: Offenlegung

Die Vorschrift entspricht Art. 86h; vgl. daher oben S. 13.

Art. 160k: Zustimmung der Gesellschafterversammlung

Vgl. die Anmerkung zu Art. 86i (oben S. 13).

Art. 160l: Schutz der Gesellschafter

Vgl. zunächst die Anmerkungen zu Art. 86j (oben S. 13 f.) und Art. 126a (oben S. 28 ff.).

Zur gerichtlichen Überprüfung und ggfs. Korrektur des Umtauschverhältnisses sehen Abs. 7 und 8 gleiche Bestimmungen vor wie Art. 126a Abs. 8 und 9 für die grenzüberschreitende Verschmelzung. Da nach dem Entwurf eine grenzüberschreitende Spaltung nur zur Neugründung (und nicht zur Aufnahme durch eine bestehende Gesellschaft) vorgesehen ist, kann es einen Anlass für die Überprüfung des Umtauschverhältnisses nur für den Fall einer nicht verhältnismäßigen Spaltung geben, bei welcher also die Beteiligungsverhältnisse an

den nach der Spaltung bestehenden Gesellschaften nicht identisch sind mit denjenigen an der sich spaltenden Gesellschaft vor der Spaltung. Wenn eine solche nicht verhältnismäßige Spaltung nicht ohnehin der einstimmigen Zustimmung aller Gesellschafter bedarf (wie das nach geltendem deutschem Recht der Fall ist, § 128 UmwG), müsste genauer bestimmt werden, wie die Korrektur des Umtauschverhältnisses erfolgen soll. Bewirkt die Spaltung z. B. eine vollständige Realteilung in zwei getrennte Gesellschaften, an deren einer ein Teil der bisherigen Gesellschafter der gespaltenen Gesellschaft beteiligt ist, während an der anderen die anderen Gesellschafter beteiligt sind, so kann ein Ausgleich nur dadurch erfolgen, dass die benachteiligten Gesellschafter Anspruch auf Ausgleichsleistung (ob durch Anteile oder Barzahlung) gegen die andere Gesellschaft haben. Sind dagegen alle Gesellschafter an jeder der beiden Gesellschaften beteiligt, jedoch in unterschiedlichen Verhältnissen, so kommt (je nach dem Ausmaß des auszugleichenden Nachteils) ein Ausgleich entweder bei beiden Gesellschaften oder ggfs. auch nur bei einer der beiden Gesellschaften in Betracht, an der die ausgleichsberechtigten Gesellschafter ebenfalls beteiligt sind. Die schlichte Übernahme des Wortlauts des (für die grenzüberschreitende Verschmelzung geltenden) Art. 126a Abs. 8 und 9 geht diesen Themenkreis zu pauschal an. Eine Konkretisierung der möglichen Anwendungsfälle und Korrekturmechanismen wären wünschenswert, damit die Mitgliedstaaten wissen, wie sie diese Vorschriften umsetzen können und sollen. Alternativ kommt auch in Betracht, die Ausgestaltung den Mitgliedstaaten zu überlassen. Es sollte dann aber zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten in der Richtlinie ausdrücklich gesagt werden, dass die Mitgliedstaaten die Einzelheiten einschließlich der Festlegung des Ausgleichschuldners regeln können.

Art. 160m: Schutz der Gläubiger

Vgl. dazu zunächst die Anmerkungen zu Art. 86k (oben S. 15 ff.).

Art. 160m Abs. 4 sieht eine Mithaftung der sich spaltenden Gesellschaft(en) vor, wenn Gläubiger, deren Forderungen auf eine begünstigte Gesellschaft übertragen wurden, keine Befriedigung erlangen. Diese Mithaftung ist sachgerecht, sollte allerdings – wie im deutschen Recht (§ 133 UmwG) – auf z.B. fünf Jahre zeitlich begrenzt werden, allerdings ggf. in Verbindung mit einem Recht der Gläubiger, ihre Forderungen vorzeitig

(vor Ablauf der fünf Jahre) fällig zu stellen, wenn die Gefahr besteht, dass die begünstigte Gesellschaft, welcher die Verbindlichkeit zugewiesen ist, zur Befriedigung der Forderung nicht in der Lage sein wird.

Abs. 4 ist überdies fehlerhaft formuliert, wenn dort von einem Gläubiger die Rede ist, "dessen Forderung" auf eine begünstigte Gesellschaft übertragen wird. Übertragen wird nicht die Forderung des Gläubigers, sondern die Verbindlichkeit. Es ist zwar evident, was gemeint ist, gleichwohl ist eine korrekte Formulierung wünschenswert.

Art. 160n: Mitbestimmung der Arbeitnehmer

Hier gelten grundsätzlich dieselben Anmerkungen wie zu Art. 86l (oben S. 17 ff.).

Abs. 3 verweist auf diejenigen Vorschriften der Richtlinie 2001/86/EG, die die Gründung einer SE durch Umwandlung betreffen. Das ist im Ausgangspunkt richtig. Allerdings besteht eine Unklarheit. Gemäß Abs. 3 lit. a wird verwiesen auf Art. 3 Abs. 2 lit. a Ziff. i der Richtlinie 2001/86/EG. Danach wirken die Arbeitnehmer „der betroffenen Tochtergesellschaften“ bei der Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums mit. Der Begriff „betroffene Tochtergesellschaft“ ist in Art. 2 lit. d der Richtlinie 2001/86/EG definiert. Es ist unklar, ob im Falle der Abspaltung Arbeitnehmer von Tochtergesellschaften, die bei der abspaltenden Gesellschaft verbleiben, als Arbeitnehmer der betroffenen Tochtergesellschaften gelten. Da die Richtlinie 2001/86/EG den Fall der Spaltung nicht betrifft, ergibt sich aus ihr dazu nichts.

Art. 160o: Vorabbescheinigung

Die Regelung entspricht Art. 86m; vgl. daher oben S. 21.

Art. 160p: Eingehende Prüfung

Die Regelung entspricht Art. 86n; vgl. daher oben S. 22.

Art. 160q: Überprüfung und Übermittlung der Vorabbescheinigung

Die Regelung entspricht Art. 86o; vgl. daher oben S. 22f.

Art. 160u: Wirkungen der grenzüberschreitenden Spaltung

Abs. 2 Unterabs. 2 sieht eine Haftung der sich spaltenden Gesellschaft für Verluste vor, die sich aus den Unterschieden zwischen den nationalen Rechtsordnungen der beteiligten Gesellschaften ergeben. Eine solche Haftung kommt entgegen dem Wortlaut nur bei der Abspaltung in Betracht, da bei der Aufspaltung die Gesellschaft, die die Spaltung vornimmt, erlischt (Art. 160u Abs. 1 lit. d). Siehe im Übrigen die Anmerkungen zu Art. 86s Abs. 3 (oben S. 24 f).

Art. 160v: Haftung des unabhängigen Sachverständigen

Die Regelung entspricht Art. 86t; vgl. daher oben S. 25.