



# Stellungnahme

## des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Handelsrecht

### zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für ein Viertes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes

Stellungnahme Nr.: 47/2018

Berlin, im September 2018

#### Mitglieder des Ausschusses Handelsrecht

- RA Prof. Dr. Gerd Krieger, Düsseldorf (Vorsitzender)
- 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
- RA Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking, Düsseldorf
- RA Dr. Hans-Christoph Ihrig, Mannheim
- RA Dr. Thomas Kremer, Bonn
- RA Dr. Marc Löbbe, Frankfurt/Main (Berichterstatter)
- RA Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, LL.M., Köln
- RA Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner, Frankfurt/Main
- RA Prof. Dr. Andreas Pentz, Mannheim (Berichterstatter)
- RAin Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M., Stuttgart (Berichterstatterin)
- 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](mailto: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](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

[www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

#### Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RA Max Gröning

## **Verteiler**

---

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 –

GfK

Die Aktiengesellschaft

GmbH-Rundschau

NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

WM Wertpapiermitteilungen

ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Börsenzeitung

Handelsblatt

Juris

Frankfurter Allgemeine Zeitung

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 Anwaltvereins ist das Regelungsvorhaben grundsätzlich zu begrüßen. Die generelle Öffnung grenzüberschreitender Verschmelzung auch auf Personenhandelsgesellschaften ist auf Basis der Systematik des geltenden deutschen Umwandlungsrechts konsequent und als zusätzliche Gestaltungsoption für Unternehmen im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr zu unterstützen. Bedenken bestehen allerdings hinsichtlich der (wohl) auf das Verschmelzungsverfahren beschränkten Anerkennung der Gesellschaften aus dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland. Zudem wäre es wünschenswert, die Hineinverschmelzung auch in eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) zuzulassen. Zu diesem Zweck sollte das sachlich nicht einleuchtende Sacheinlageverbot bei der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG gestrichen werden.

## I.

### **Vorbemerkungen**

Der bevorstehende Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland – Vereinigtes Königreich – aus der Europäischen Union (Brexit) hat für nach englischem Recht gegründete Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland weitreichende Konsequenzen. Aufgrund des mit einem solchen Austritt verbundenen Wegfalls der Niederlassungsfreiheit werden diese Gesellschaften in Deutschland nach dem Brexit nicht mehr als ausländische Gesellschaft anerkannt. Dies führt nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dazu, dass die betreffenden Gesellschaften zukünftig als offene Handelsgesellschaft (OHG) behandelt werden, wenn sie ein Handelsgewerbe betreiben, bzw. andernfalls als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Verfügen sie nur über einen Gesellschafter gelten sie als Einzelunternehmen. Dieses Schicksal droht derzeit ca. 8.000-10.000 in der Rechtsform einer "private company limited by shares"

(Ltd.) – Limited – gegründeten Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland haben. Für ihre Gesellschafter bedeutet dies, dass sie den auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftungsschutz verlieren würden und dem Risiko einer unbeschränkten persönlichen Haftung ausgesetzt wären.

Das Anliegen des Gesetzesentwurfs, den hiervon betroffenen Unternehmen die Möglichkeit zu geben, ihre Gesellschaften in einer anderen Rechtsform mit beschränkter Haftung fortzuführen, ist deshalb berechtigt. Bereits nach geltendem Recht haben diese Gesellschaften die Option, ihr Unternehmen als deutsche Kapitalgesellschaft, insbesondere als GmbH, fortzuführen, indem sie auf eine GmbH verschmolzen werden. Der damit für diese Unternehmen verbundene Nachteil besteht darin, dass sie ein Stammkapital von mindestens EUR 25.000 aufbringen müssen, um ihre Haftungsbeschränkung aufrechtzuerhalten. Dies stellt für die in der Praxis oftmals kapitalschwachen Unternehmen, die als Ltd. organisiert sind, eine nicht unerhebliche Belastung dar. Durch die nunmehr vorgesehene Möglichkeit einer Verschmelzung auf eine Personenhandelsgesellschaft, z.B. in Form einer UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG, kann diese Problematik vermieden werden. Das Regelungsvorhaben ist deshalb im Grundsatz zu begrüßen. Zwar besteht durch entsprechende rechtliche Gestaltungen bereits *de lege lata* die Möglichkeit eines Wechsels in eine solche Rechtsform, etwa durch Übertragung der Anteile an der Ltd. auf eine neu zu gründende oder bereits bestehende UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG. Dennoch kann es für Unternehmen sinnvoll sein, den Weg einer Verschmelzung auf eine solche Gesellschaft zu wählen, der nunmehr vom Gesetzgeber eröffnet werden soll.

Der Regelungsansatz des Referentenentwurfs geht jedoch über den Anlass der Gesetzesänderung hinaus und löst nicht nur das sich aus dem Brexit ergebende Problem für als Ltd. organisierte Unternehmen mit Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland, sondern ermöglicht nunmehr generell das Hereinverschmelzen von Kapitalgesellschaften aus anderen EU-Staaten und anderen Vertragsstaaten des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum auf inländische Personenhandelsgesellschaften. Dieser Schritt ist zu begrüßen und erweitert die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten grenzüberschreitender Verschmelzungen. Bislang sah das Umwandlungsgesetz die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nur für Kapitalgesellschaften vor. Da das

Umwandlungsgesetz auch bei inländischen Gesellschaften die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf Personenhandelsgesellschaften zulässt, erscheint es nur konsequent, diese Option auch für grenzüberschreitende Vorgänge vorzusehen. Der Referentenentwurf sieht demgegenüber keine Möglichkeit der Verschmelzung einer Ltd. auf eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) vor.

## **II.**

### **Zu Art. 1 Nr. 1 und 2**

Die Verortung der vorgesehenen Hereinverschmelzung von Kapitalgesellschaften auf Personenhandelsgesellschaften in §§ 122a ff. UmwG ist systematisch konsequent. Die Vorgaben der Richtlinie (EU) 2017/1132 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts steht angesichts ihres auf Kapitalgesellschaften beschränkten Anwendungsbereichs nicht entgegen. In der Überschrift ersetzt die Angabe „§ 122m“ allerdings nicht die Angabe „§ 122I“, sondern ist nach dieser einzufügen.

### **Zu Art. 1 Nr. 3 (§ 122a Abs. 2 UmwG-E)**

Die Verweisung auf die Vorschriften des Ersten Teils (Allgemeine Vorschriften) und des für die Verschmelzung von Personengesellschaften geltenden Zweiten Teils erscheint folgerichtig.

### **Zu Art. 1 Nr. 4 (§ 122b UmwG-E)**

Die vorgesehene Fassung von § 122b Abs. 1 Nr. 1 UmwG entspricht inhaltlich dem bisherigen Recht und führt zu keiner Rechtsänderung. Die Ergänzung in § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG ist eine Konsequenz des geplanten Regelungsvorhabens.

### **Zu Art. 1 Nr. 5 (§ 122c UmwG-E)**

Bei der Ergänzung in § 122c Abs. 2 Nr. 9 UmwG handelt es sich ebenfalls um eine Konsequenz des geplanten Vorhabens.

Die Regelung in § 122c Abs. 2 Nr. 13 UmwG entspricht § 40 Abs. 1 UmwG.

#### **Zu Art. 1 Nr. 6 (§ 122e UmwG-E)**

Diese Regelung ermöglicht einen Verzicht auf den Verschmelzungsbericht für den Fall, dass alle Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger auf seine Erstattung verzichten oder sich alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden. Vor dem Hintergrund der geplanten Vereinfachung überzeugt sie mit Blick auf die hiervon betroffenen, typischerweise kleineren Unternehmen. Insofern erscheint es auch nicht erforderlich, den Verzicht von der Zustimmung der Arbeitnehmer bzw. eines etwaigen Betriebsrats abhängig zu machen. Auf die Möglichkeit des Verzichts auf den Verschmelzungsbericht nach §§ 122a Abs. 2, 41 UmwG für den Fall, dass eine besondere Unterrichtung nicht erforderlich ist, weil alle Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sind, weist der Referentenentwurf zutreffend hin.

Wird auf die Erstattung eines Verschmelzungsberichts nicht verzichtet, erscheint die Anwendung des § 122e UmwG überzeugend. Strukturelle Unterschiede, die insoweit eine Abweichung gegenüber der Rechtslage bei der Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich.

#### **Zu Art. 1 Nr. 7 (§ 122f UmwG-E)**

Eine Prüfung des Verschmelzungsplanes oder seines Entwurfs ist grundsätzlich vorgeschrieben, weil dies der Linie des europäischen Gesetzgebers folgt. Da § 122f S. 1 auf § 9 Abs. 3 UmwG verweist, ist eine Prüfung indes wiederum dann entbehrlich, wenn alle Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger auf Erstattung verzichten oder alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers sich in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden; der Verzicht muss auch hier notariell beurkundet werden

## **Zu Art. 1 Nr. 8 (§ 122m UmwG-E)**

Vor dem Hintergrund, dass nach einem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union die dort gegründeten, aber in der Bundesrepublik Deutschland mit ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz tätigen Gesellschaften nicht mehr als EU-ausländische Gesellschaften anerkannt werden, besteht die Gefahr, dass eine noch nicht vollzogene Verschmelzung nicht mehr nach den Bestimmungen der §§ 122a ff. UmwG durchgeführt werden kann bzw. (im Falle einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts) sogar rechtlich ausgeschlossen ist.

Um den betreffenden Gesellschaftern hinreichend Zeit zum Abschluss der Verschmelzungen zu geben, sieht der Referentenentwurf vor, dass als grenzüberschreitende Verschmelzung im Sinne der §§ 122a ff. UmwG auch eine solche gilt, an der neben der dem deutschen Recht unterliegenden übernehmenden oder neuen Gesellschaft eine dem Recht des Vereinigten Königreichs unterliegende übertragende Kapitalgesellschaft beteiligt ist, sofern der Verschmelzungsplan nach § 122c Abs. 4 UmwG vor dem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs oder vor dem Ablauf einer in diesem Zusammenhang etwa vereinbarten Übergangsfrist notariell beurkundet worden ist. Die Verschmelzung muss unverzüglich, spätestens aber zwei Jahre nach dem vorstehenden Zeitpunkt mit den erforderlichen Unterlagen zur Registereintragung angemeldet werden. Es soll also nicht erforderlich sein, dass die Verschmelzung im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Austritts des Vereinigten Königreichs bzw. des Ablaufs einer etwaigen Übergangsfrist bereits im Handelsregister eingetragen ist, sofern der Verschmelzungsplan zuvor bereits notariell beurkundet worden ist.

Diese Regelung beschränkt sich ihrem Wortlaut nach auf bereits eingeleitete Verschmelzungsverfahren (§ 122m UmwG-E: *"gilt als grenzüberschreitende Verschmelzung im Sinne dieses Abschnitts"*), was auch durch die Begründung des Referentenentwurfs bestätigt wird. (*"Ferner ergibt sich aus der Neuregelung, dass diese Gesellschaften in ihrer bisherigen Rechtsform auch über das Wirksamwerden des Brexit oder den Ablauf einer Übergangsfrist hinaus als fortbestehend behandelt werden, soweit dies für die Durchführung und den Abschluss des Verschmelzungsverfahrens erforderlich ist."*) Eine solche Regelung greift zu kurz. Jedenfalls in der vorgesehenen



zweijährigen Phase nach Wirksamwerden des Austritts bzw. des Ablaufs einer etwaigen Übergangsfrist würde die bis dahin als dem Recht des Vereinigten Königreichs unterliegende und als solche anerkannte Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland nicht mehr als ausländische Gesellschaft anerkannt werden. Dies hätte die im Referentenentwurf zutreffend beschriebene Folge einer persönlichen und unbeschränkten Haftung der Gesellschafter. Darüber hinaus würde sich die Frage stellen, welche Folgerungen aus dem im Personengesellschaftsrecht geltenden Prinzip der Selbstorganschaft für die dann als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder als offene Handelsgesellschaft im Inland fortbestehende Gesellschaft zu ziehen wären. Zudem würden Probleme auch dadurch entstehen, dass die in der Bundesrepublik Deutschland als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder offene Handelsgesellschaft anzusehende Personengesellschaft im Vereinigten Königreich aufgrund der dort geltenden Gründungstheorie weiter als Gesellschaft des dortigen Rechts angesehen würde (Statutenverdoppelung). Die Behandlung der Gesellschaft im Rechtsverkehr würde damit von ihrer Stellung im umwandlungsrechtlichen Verfahrensrecht abweichen.

Vor diesem Hintergrund erscheint es vorzugswürdig, die nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründeten Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland nicht nur für das Verschmelzungsverfahren, sondern generell als solche anzuerkennen, sofern der Verschmelzungsplan im betreffenden Zeitpunkt bereits notariell beurkundet ist. Sofern diese Rechtsfolge schon mit § 122m UmwG-E beabsichtigt sein sollte, wäre eine Klarstellung im Gesetz wünschenswert.

### **III.**

#### **Verschmelzung der Limited mit einer Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)**

Im Referentenentwurf wird zutreffend darauf hingewiesen, dass angesichts der typischerweise geringen Kapitalausstattung der in der Bundesrepublik Deutschland tätigen Gesellschaften in der Rechtsform der Limited im Rahmen der Verschmelzung regelmäßig eine solche auf eine Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) & Co. KG in Betracht kommen dürfte.

Mit Blick auf diesen Befund sollte erwogen werden, die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) als solche für die Verschmelzung stärker als bisher zu öffnen. Sie steht als Unterform der GmbH und damit als Kapitalgesellschaft strukturell der Ltd. näher als eine Personengesellschaft. Es erscheint mit Blick auf die Komplexität der Rechtsverhältnisse in einer Kapitalgesellschaft & Co. KG auch nicht sachgerecht, dem bzw. den Gesellschafter(n) einer Limited zum Ausschluss der persönlichen Haftung lediglich die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) & Co. KG zur Verfügung zu stellen. Dies gilt ungeachtet der Überlegung, dass die Gesellschafter die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) im Anschluss an die Verschmelzung durch Übertragung sämtlicher Kommanditanteile zum alleinigen Rechtsträger machen können.

Der Verschmelzung auf eine Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) steht zumindest in den Fällen, in denen das Stammkapital nicht mindestens EUR 25.000 erreicht, das Sacheinlageverbot des § 5a Abs. 1 S. 2 GmbHG entgegen. Die diesem Verbot zugrunde liegende Erwägung, Sacheinlagen seien bei der Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) nicht erforderlich und deshalb nicht zuzulassen, trifft in dieser Allgemeinheit und insbesondere in der vorliegenden Konstellation nicht zu. Das Sacheinlageverbot des § 5 Abs. 2 S. 2 GmbHG sollte daher als nicht sachgerecht gestrichen und so den Gesellschaftern einer Limited der Weg eröffnet werden, auch ohne Erreichen eines Mindestvermögens von 25.000 € die Verschmelzung auf eine Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) durchzuführen.