

Herrn
MR Dr. Eberhard Schollmeyer, LL.M.
Bundesministerium der Justiz
Referat III A 1
11015 Berlin

Düsseldorf, 17. Mai 2022

565

Versand ausschließlich per E-Mail: IIIA1@bmjv.bund.de

Institut der Wirtschaftsprüfer
in Deutschland e. V.

Wirtschaftsprüferhaus
Tersteegenstraße 14
40474 Düsseldorf
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

TELEFONZENTRALE:
+49 (0) 211 / 45 61 - 0

FAX GESCHÄFTSLEITUNG:
+49 (0) 211 / 4 54 10 97

INTERNET:
www.idw.de

E-MAIL:
info@idw.de

BANKVERBINDUNG:
Deutsche Bank AG Düsseldorf
IBAN: DE53 3007 0010 0748 0213 00
BIC: DEUTDE33XXX
UST-ID Nummer: DE119353203

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG)

Sehr geehrter Herr Dr. Schollmeyer,

wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu dem im Betreff genannten Referentenentwurf.

Generelle Anmerkungen

Wir begrüßen, dass die Umwandlungsrichtlinie insoweit überschießend in das deutsche Recht umgesetzt werden soll, als nach § 332 UmwG-E unter bestimmten Voraussetzungen grenzüberschreitende Spaltungen auch zur Aufnahme ermöglicht werden sollen. Bedauerlich ist hingegen, dass in Übereinstimmung mit der Richtlinie der deutsche Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Umwandlungen nicht auch auf Personenhandelsgesellschaften erstreckt werden soll, während de lege lata bereits die grundsätzliche Möglichkeit der grenzüberschreitenden Hineinverschmelzung auf eine deutsche Personenhandelsgesellschaft besteht.

GESCHÄFTSFÜHRENDER VORSTAND:
Prof. Dr. Klaus-Peter Naumann,
WP StB, Sprecher des Vorstands;
Dr. Daniela Kelm, RA LL.M.;
Melanie Sack, WP StB

Seite 2/8 zum Schreiben vom 17.05.2022 an das Bundesministerium der Justiz, Berlin

Zu Artikel 1 Nr. 19: Beschränkung der Möglichkeit der Gewährung zusätzlicher Anteile auf übernehmende oder neue AG (§§ 72a, 72b UmwG-E)

Ausweislich der Begründung soll die Möglichkeit der Gewährung zusätzlicher Anteile anstelle einer baren Zuzahlung wegen eines nicht angemessenen Umtauschverhältnisses bewusst auf übernehmende oder neue Rechtsträger in der Rechtsform der AG, der SE oder der KGaA beschränkt werden. Die Begründung (S. 62) führt dazu aus: „Für andere Gesellschaftsformen einschließlich der überwiegend personalistisch geprägten Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) besteht kein vergleichbarer praktischer Bedarf an der Gewährung zusätzlicher Anteile.“

Wir können diese Beschränkung angesichts der andernfalls entstehenden Schwierigkeiten mit Blick auf übernehmende oder neue Rechtsträger, die *nicht* die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft haben, nachvollziehen. Indes können wir aus konzeptioneller Sicht nicht erkennen, warum nicht auch übernehmenden oder neuen Rechtsträgern in der Rechtsform der GmbH eine Ersetzungsbefugnis eingeräumt werden soll. So wären Rechtsträger in der Rechtsform der GmbH dem Risiko einer ungewissen Liquiditätsbelastung in gleicher Weise ausgesetzt wie Rechtsträger in der Rechtsform der AG, SE oder KGaA. Durch Erweiterung der Ersetzungsbefugnis auf Rechtsträger in der Rechtsform der GmbH könnte auch die Möglichkeit zur Umgehung der *zwingenden* Gewährung zusätzlicher Anteile begrenzt werden (nämlich für diejenigen Konstellationen, in denen sich der Wert der Anteile des übernehmenden Rechtsträgers sehr positiv entwickelt hat und deswegen auf Seiten der Gesellschaft ein Interesse daran besteht, anstelle der zusätzlichen Anteile nun eine bare Zuzahlung zu leisten). Bei Einbeziehung auch der GmbH in den persönlichen Anwendungsbereich könnte sich der die zusätzlichen Anteile schuldende Rechtsträger nicht mehr – gestützt auf § 72a Abs. 3 Nr. 2 UmwG-E – durch einen Formwechsel in eine GmbH dieser Pflicht zugunsten einer Barzuzahlungspflicht entziehen.

Zu Artikel 1 Nr. 19: Fehlendes Erfordernis einer Werthaltigkeitsprüfung in den Fällen einer Sachkapitalerhöhung zur Gewährung zusätzlicher Aktien (§ 72b UmwG-E)

Werden in den Fällen des § 72a UmwG-E die zusätzlich zu gewährenden Aktien von der übernehmenden Gesellschaft durch eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage geschaffen, soll Gegenstand der Sacheinlage der gegen die Gesellschaft gerichtete (durch gerichtliche Entscheidung oder gerichtlichen Vergleich festgestellte) Anspruch der anspruchsberechtigten Aktionäre auf Gewährung zusätzlicher Aktien sein (§ 72b Abs. 1 Satz 1 und 2 Halbsatz 1 UmwG-E). In der

Seite 3/8 zum Schreiben vom 17.05.2022 an das Bundesministerium der Justiz, Berlin

Gesetzesbegründung (S. 69) wird klargestellt, dass – soweit § 72b UmwG(-E) keine besonderen Bestimmungen enthält – die Kapitalerhöhungsvorschriften des Aktiengesetzes anwendbar sein sollen und die Gewährung zusätzlicher Aktien im Wege einer Kapitalerhöhung unter Berücksichtigung der aktienrechtlichen Kapitalaufbringungsvorschriften zu erfolgen habe. Der Wert des einzubringenden Anspruchs bemesse sich nach dem Wert, den die zu gewährenden Aktien im Zeitpunkt der (späteren) Einbringung des Anspruchs haben. Bemessungsgrundlage für den Wert dieser Aktien sei damit der aktuelle und nicht der ursprüngliche Unternehmenswert. Es sei daher grundsätzlich eine erneute Prüfung des Unternehmenswerts vorzunehmen.

Unseres Erachtens bedarf es in den Fällen des § 72b UmwG-E ausnahmsweise *keiner* Werthaltigkeitsprüfung nach § 183 Abs. 3 i.V.m. § 33 Abs. 1 bis 3, §§ 34, 35 AktG. In der Entscheidung des Spruchgerichts zu einem nicht angemessenen Umtauschverhältnis ist bereits die Wertung enthalten, dass – wenn die Unangemessenheit zulasten der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers ging – das im Zuge der Verschmelzung übertragene Reinvermögen zum maßgeblichen (seinerzeitigen) Bewertungsstichtag einen höheren Zeitwert hatte als dies im ursprünglich festgelegten Umtauschverhältnis zum Ausdruck kam. Mithin war nach Auffassung des Gerichts die Werthaltigkeit der Sacheinlage und damit auch des später den ehemaligen Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers zuerkannte Nachteilsausgleichsanspruchs gegeben. Unseres Erachtens kommt es allein darauf an, dass es der damalige Zeitwert der Sacheinlage (übergehendes Reinvermögen) gerechtfertigt hätte, Aktien mit einem (in Summe) höheren Ausgabebetrag (Nennwert plus Agio) an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers zu gewähren. Auch in den Fällen, in denen die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses zulasten der Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft erfolgte, bedarf es keiner (neuerlichen) Werthaltigkeitsprüfung: Entweder haben diese Aktionäre in der Vergangenheit ihre Einlagenschuld in Form einer Bareinlage erfüllt oder sie haben eine Sacheinlage geleistet, die damals bereits einer Werthaltigkeitskontrolle unterlegen hat. In Anbetracht dessen sollten a) der erste (vollständige) Absatz in der Gesetzesbegründung auf S. 69 ersatzlos gestrichen und b) in § 72b UmwG-E die Geltung des § 183 Abs. 3 AktG ausgeschlossen werden. Eine Beeinträchtigung des Schutzes der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft (aus einer mangelnden Kapitalaufbringung) wäre damit nicht verbunden. Darüber hinaus wird durch das Abstellen auf den seinerzeitigen Bewertungsstichtag gewährleistet, dass zwischenzeitlich eingetretene Wertveränderungen der übernehmenden Gesellschaft vollständig zulasten oder zugunsten der ursprünglich benachteiligten Anteilsinhaber gehen. Durch das Abstellen auf den seinerzeitigen Wert werden die

Seite 4/8 zum Schreiben vom 17.05.2022 an das Bundesministerium der Justiz, Berlin

benachteiligten Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers exakt so behandelt, wie sie von Anfang an behandelt worden wären, wenn das damals festgelegte Umtauschverhältnis angemessen ermittelt worden wäre.

Zu Artikel 1 Nr. 28: *Betragsmäßige Beschränkung der Haftung der an einer Spaltung beteiligten Rechtsträger (§ 133 Abs. 3 Satz 2 UmwG-E)*

Nach dem neu einzufügenden Satz soll die Haftung derjenigen an einer Spaltung beteiligten Rechtsträger, denen die Verbindlichkeiten (im bilanzrechtlichen Sinne: Schulden) nach § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG im Spaltungs- und Übernahmevertrag nicht zugewiesen worden sind, für diese Verbindlichkeiten neben der bereits bestehenden zeitlichen Begrenzung auch betragsmäßig „auf den Wert des ihnen [d.h. dem jeweiligen Rechtsträger; Klarstellung der Verfasser] am Tag des Wirksamwerdens zugeteilten Nettoaktivvermögens“ beschränkt werden.

Diese Regelung ist in der Sache zu begrüßen. Wir regen indes an, die Regelung in dreierlei Hinsicht sprachlich zu ändern. Zunächst sollte durch die Verwendung des Begriffs „Zeitwert“ (oder „Verkehrswert“) anstelle des generischen Ausdrucks „Werts“ zum Ausdruck kommen, dass der möglicherweise erheblich geringere Buchwert des zugeteilten Nettoaktivvermögens im vorliegenden Kontext unmaßgeblich ist. Weiterhin sollte statt des Begriffs „Nettoaktivvermögen“ der u.E. geläufigere Begriff „Reinvermögen“ (als Saldo von Aktivvermögen und Schulden) verwendet werden. Schließlich sollte aus der Formulierung deutlicher hervorgehen, dass die Haftungsbeschränkung auf den (Zeit-)Wert des Nettoaktiv-/Reinvermögens am Tag des Wirksamwerdens abstellt (was vermutlich auch durch die bisher verwendete Formulierung zum Ausdruck gebracht werden soll). Zusammengenommen könnte die Formulierung lauten: „Die Haftung der in Satz 1 genannten Rechtsträger ist beschränkt auf den Zeitwert des ihnen jeweils zugeteilten Reinvermögens, den dieses Vermögen am Tag des Wirksamwerdens der Spaltung hat.“

Zu Artikel 1 Nr. 49: *Gewährung zusätzlicher Aktien im Falle eines Formwechsels einer Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform in eine AG oder KGaA (§ 248a UmwG-E)*

Nach § 248a Satz 1 UmwG-E sollen die §§ 72a und 72b UmwG-E für einen Formwechsel in eine AG oder eine KGaA entsprechend gelten. Die §§ 72a, 72b UmwG-E sollen es dem übernehmenden oder neuen Rechtsträger (in der Rechtsform der AG, der SE oder der KGaA) einer Verschmelzung oder Auf- oder Abspaltung unter bestimmten Voraussetzungen erlauben, den Anspruchs-

Seite 5/8 zum Schreiben vom 17.05.2022 an das Bundesministerium der Justiz, Berlin

inhabern anstelle einer baren Zuzahlung wegen eines nicht angemessenen Umtauschverhältnisses zusätzliche Aktien zu gewähren. Es ist nicht ersichtlich, auf welchen Anwendungsfall der Gesetzentwurf im Kontext eines Formwechsels abstellt, weil eine Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses der Anteile im Falle eines Formwechsels u.E. nicht in Betracht kommt. Sollte tatsächlich kein Anwendungsfall bestehen, bedürfte es auch der Regelung des § 10a Abs. 3 SpruchG-E nicht.

Zu Artikel 1 Nr. 56: Inhalt der Mitteilung des Vertretungsorgans an das Registergericht bei Anmeldung der Verschmelzung (§ 315 Abs. 4 UmwG-E)

Das Vertretungsorgan einer übertragenden Gesellschaft einer grenzüberschreitenden Verschmelzung soll nach § 315 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 UmwG-E bei der Anmeldung der Verschmelzung dem Registerbericht die Zahl der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verschmelzungsplans, die Zahl der Tochtergesellschaften und ihre jeweiligen geografischen Standorte sowie das Bestehen von Verbindlichkeiten gegenüber der öffentlichen Hand mitteilen.

Die zentralen Begriffe (Arbeitnehmer, Tochtergesellschaften, Standorte und Verbindlichkeiten) werden weder im vorgesehenen Gesetzestext des UmwG noch – soweit ersichtlich – in der Begründung des UmRUG definiert oder zumindest konkretisiert.

- Hinsichtlich der Arbeitnehmer ist zum einen fraglich, auf welchen Arbeitnehmerbegriff abzustellen ist, und zum anderen unklar, ob die Zahl der betroffenen Personen („Köpfe“) oder die der sog. Vollzeitäquivalente maßgeblich ist.
- Die Zahl der Tochtergesellschaften kann in Abhängigkeit von den zugrunde gelegten Rechnungslegungsgrundsätzen (insb. HGB in Umsetzung der EU-Bilanzrichtlinie oder IFRS) variieren. Es sollte in Abhängigkeit von den zur Anwendung kommenden Rechnungslegungsgrundsätzen entweder auf den Begriff des Tochterunternehmens nach § 290 Abs. 1 Satz 1 HGB oder den der „subsidiary“ nach IFRS 10 abgestellt werden.
- Bezüglich der geografischen Standorte bleibt unklar, ob allein der Ort des satzungsmäßigen Sitzes des jeweiligen Tochterunternehmens und/oder der Ort des ggf. davon abweichenden Verwaltungssitzes oder sogar die Orte sämtlicher nicht unbedeutender (Haupt- und Zweig-)Niederlassungen und sonstiger Betriebsstätten mitgeteilt werden müssen.
- Schließlich sollte zumindest in der Begründung klargestellt werden, dass Verbindlichkeiten i.S. des § 315 Abs. 4 Nr. 3 UmwG-E nicht nur gewisse

Seite 6/8 zum Schreiben vom 17.05.2022 an das Bundesministerium der Justiz, Berlin

Verbindlichkeiten im Sinne des Bilanzrechts, sondern auch ungewisse Verbindlichkeiten sein können, die bilanziell in Form von Rückstellungen abgebildet werden.

Vorstehendes gilt gleichermaßen für andere Stellen des Gesetzentwurfs, an denen die zentralen Begriffe ebenfalls verwendet werden (z.B. in § 342 Abs. 4 UmwG-E).

Zu Artikel 1 Nr. 56: Angaben im Spaltungsplan zur Bewertung des bei der übertragenden Gesellschaft verbleibenden Vermögens (§ 322 Abs. 2 Nr. 4 UmwG-E)

Der Spaltungsplan soll u.a. „Angaben zur Bewertung des bei der übertragenden Gesellschaft verbleibenden Aktiv- und Passivvermögens“ enthalten. Da das bei der übertragenden Gesellschaft verbleibende Vermögen im Zuge der Spaltung keinem Rechtsträgerwechsel unterliegt, kann hier nur auf die *Buchwerte* des Aktiv- und Passivvermögens abgestellt werden. Dies sollte indes klargestellt werden.

Zu Artikel 1 Nr. 56: Erfordernis eines Spaltungsberichts für die Arbeitnehmer in bestimmten Konstellationen (§ 324 UmwG-E)

Weil § 324 i.V.m. § 309 Abs. 1 bis 5 UmwG-E insoweit keine Ausnahme vorsieht, müsste auch in solchen Konstellationen ein Spaltungsbericht für Arbeitnehmer bzw. innerhalb des einheitlichen Berichts ein arbeitnehmerspezifischer Abschnitt erstellt werden, in denen nach dem Spaltungsplan kein arbeitsrechtlicher Betriebsteil und (folglich) keine Anstellungsverträge von dem der neuen (oder der übernehmenden) Gesellschaft zuzuteilenden Aktiv- und Passivvermögens umfasst sind. Es sollte in § 324 Abs. 2 oder einem Abs. 3 UmwG-E ergänzt werden, dass es in solchen Konstellationen keines Spaltungsberichts für die Arbeitnehmer bedarf – zumal fraglich ist, welchen Inhalt der Bericht in diesen Fällen haben sollte.

Zu Artikel 3 Nr. 11: Bestimmungen durch das Gericht im Falle der Gewährung zusätzlicher Aktien/Anteile (§ 10a Abs. 1 Nr. 1 SpruchG-E)

Das Spruchgericht sollte in den Fällen des § 72a Abs. 1 und 2 Satz 1 UmwG-E über den zusätzlich zu gewährenden Nennbetrag oder bei Stückaktien die Zahl der zusätzlich zu gewährenden Aktien hinaus (§ 10a Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a

Seite 7/8 zum Schreiben vom 17.05.2022 an das Bundesministerium der Justiz, Berlin

SpruchG-E) auch den sich unter Zugrundelegung des angemessenen Umtauschverhältnisses ergebenden Euro-Betrag bestimmen und diesen Betrag in seinem Beschluss als solchen und für jedermann transparent angeben.

Weitere Anregung

Wird ein innerstaatlicher Formwechsel durch Eintragung in das Register erst nach dem Abschlussstichtag, aber vor der (Beendigung der) Aufstellung des Jahresabschlusses des betreffenden Rechtsträgers für das abgelaufene Geschäftsjahr wirksam, bestimmen sich die Rechnungslegungs-, Prüfungs- und Offenlegungspflichten bzgl. dieses Abschlusses nach den Vorschriften, die für die Rechtsform des formwechselnden Rechtsträgers am Abschlussstichtag maßgeblich waren (vgl. *IDW RS HFA 41*, Tz. 24).

Die Frage nach den maßgeblichen Vorschriften stellt sich gleichermaßen bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel, wenn dieser rechtswirksam wird, bevor der Jahresabschluss und etwaige weitere für das abgelaufene Geschäftsjahr aufzustellende Rechnungslegungsunterlagen noch nach Maßgabe des (Konzern-)Bilanzrechts des bisherigen Sitzstaats aufgestellt, geprüft und/oder offengelegt worden sind, was oftmals der Fall sein wird. Auch wenn das (Konzern-)Bilanzrecht in allen EU-/EWR-Staaten auf die EU-Bilanzrichtlinie zurückgeht, dürfte es im Detail Unterschiede bei den Anforderungen geben. Beim Hineinformwechsel in die deutsche AG können sich zusätzliche Anforderungen aus dem AktG ergeben, die von der AG bei der Aufstellung des Jahresabschlusses beachtet werden müssen oder können. Vor diesem Hintergrund wäre es u.E. auch für den grenzüberschreitenden Formwechsel sachgerecht, sich an der Lösung für den innerstaatlichen Formwechsel zu orientieren, was die Regelungen zur Aufstellung und zur Prüfung anbelangt. Für die Offenlegung muss zwischen einem Hinein- und einem Hinausformwechsel differenziert werden:

- Für einen Hineinformwechsel könnte eine Regelung (im UmwG oder im HGB) geschaffen werden, wonach ungeachtet des Umstands, dass der betreffende Rechtsträger hinsichtlich der Rechnungslegungsunterlagen für das zuletzt abgelaufene Geschäftsjahr möglicherweise (auch) noch nach dem Rechtsregime des bisherigen Sitzstaats (Wegzugsstaat) zur Offenlegung verpflichtet ist, diese Unterlagen im Inland in deutscher oder englischer Sprache offenzulegen sind. Dadurch würde den Schutzinteressen/ Informationsbedürfnissen derjenigen inländischen Akteure Rechnung getragen, die fortan mit dem Rechtsträger neuer deutscher Rechtsform in Geschäftsbeziehung treten.

Seite 8/8 zum Schreiben vom 17.05.2022 an das Bundesministerium der Justiz, Berlin

- Für einen Hinausformwechsel eines inländischen Rechtsträgers könnte der deutsche Gesetzgeber (im UmwG oder im HGB) bestimmen, dass dieser Rechtsträger nach dem Wirksamwerden des Formwechsels hinsichtlich der Rechnungslegungsunterlagen für das zuletzt abgelaufene Geschäftsjahr im Inland keinen Offenlegungspflichten mehr unterliegt. Dies würde aber bedeuten, dass inländische Adressaten, die z.B. im zuletzt abgelaufenen Geschäftsjahr in Geschäftsbeziehungen zu dem Rechtsträger standen, nur über ein ausländisches Register Zugriff auf die Rechnungslegungsunterlagen für dieses Geschäftsjahr hätten. Ungeachtet der elektronischen Offenlegung über BRIS könnte dies als eine Benachteiligung der inländischen Adressaten gewertet werden. Vor diesem Hintergrund regen wir an, dass ein unterjährig hinausformgewechselter Rechtsträger die Rechnungslegungsunterlagen für das zuletzt abgelaufene Geschäftsjahr, in dem er unzweifelhaft noch dem inländischen Bilanzrecht unterlag, unbeschadet einer Offenlegung im neuen Sitzstaat (Zuzugsstaat), (auch) im Inland in deutscher Sprache offenlegen muss oder hilfsweise im Inland die Fundstelle offenzulegen hat, über welches Register die inländischen Adressaten auf die Rechnungslegungsunterlagen für das zuletzt abgelaufene Geschäftsjahr in englischer Sprache elektronisch zugreifen können.

Für etwaige Rückfragen zu unseren Anmerkungen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Naumann

Prof. Dr. Stibi, WP StB
Fachleiter Rechnungslegung