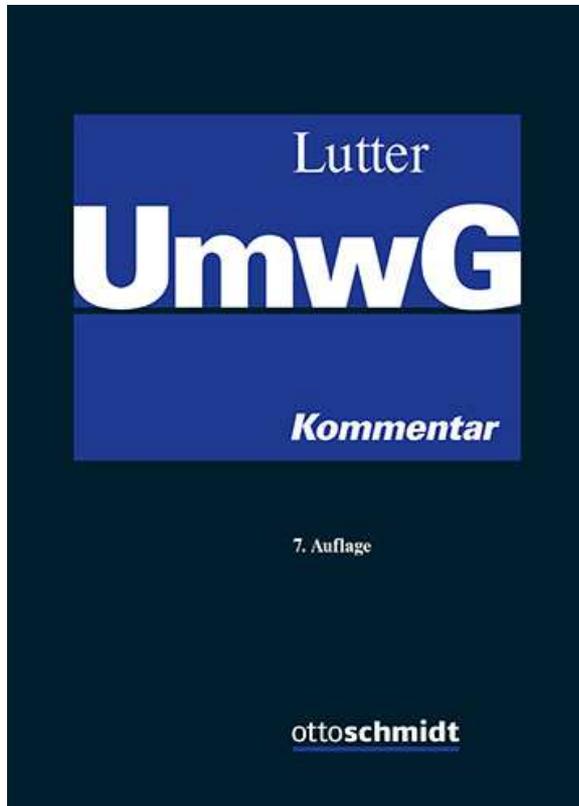


Leseprobe zu

Lutter

**UmwG**

Kommentar



In diesem hochkarätigen Großkommentar zum Umwandlungsgesetz finden Sie alles zu Umwandlungen, was Sie brauchen: Praxisnahe innovative Lösungen, höchstes wissenschaftliches Niveau, richtungweisende Kommentierungen. Mit Erläuterungen zum Umwandlungssteuerrecht, zu Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplan sowie eine Kommentierung des SpruchG.

170 X 240 mm, 7. Auflage 2023, 3.300 Seiten, Kommentar, 2 Bände, Buch Hardcover

349,00 € inkl. MwSt.

ISBN 978-3-504-37021-3

Verlag Dr. Otto Schmidt KG

## Zweiter Teil Besondere Vorschriften (§§ 39–122)

### Erster Abschnitt Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften (§§ 39–45e)

#### Erster Unterabschnitt Verschmelzung unter Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts (§§ 39–39f)

## § 39 Ausschluss der Verschmelzung

**Eine aufgelöste Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann sich nicht als übertragender Rechtsträger an einer Verschmelzung beteiligen, wenn die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung als die Abwicklung durch Liquidation oder als die Verschmelzung vereinbart haben.**

§ 39 mit Wirkung zum 1.1.2024 geändert durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsmodernisierungsgesetz – MoPeG) v. 10.8.2021, BGBl. I 2021, S. 3436.

#### I. Einführung

1. Funktion und Regelungsbereich des Ersten Unterabschnitts (§§ 39–39f UmwG) . . . . .	1
2. Funktion, Normzweck und Entstehungsgeschichte von § 39 UmwG . . . . .	6
3. Verhältnis zu § 3 Abs. 3 UmwG . . . . .	9
4. Eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts (eGbR) als beteiligter Rechtsträger . . . . .	12
5. Europäisches Recht; Auslegungsfragen . . . . .	13

#### II. Inhalt der Vorschrift

1. Ausschluss der Verschmelzungsfähigkeit . . . . .	14
2. Auflösungsfälle . . . . .	16
3. Andere Art der Auseinandersetzung . . . . .	17

#### III. Übernehmender Rechtsträger . . . . . 18

#### IV. Verstoß gegen § 39 UmwG . . . . . 19

**Literatur** *Bayer*, 1000 Tage neues Umwandlungsrecht – eine Zwischenbilanz, ZIP 1997, 1613; *Caspers*, Das Gesetz zur Ergänzung der handelsrechtlichen Vorschriften über die Änderung der Unternehmensform, WM 1969, Sonderheft 3, S. 3; *Egel/Klett*, Aktuelle gesellschaftsrechtliche und steuerliche Aspekte von Anwachungsmodellen – Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm vom 24.6.2010, I-15 Wx 360/09, DStR 2010, 2463; *Lutter*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in GS Heinze, 2005, S. 571; *Nelßen*, Augen auf bei konzerninternen Verschmelzungen!, NZG 2010, 1291; *Neye*, Partnerschaft und Umwandlung, ZIP 1997, 722; *Neye*, Die Änderungen im Umwandlungsrecht nach den handels- und gesellschaftsrechtlichen Reformgesetzen in der 13. Legislaturperiode, DB 1998, 1649; *Priester*, Personengesellschaften im Umwandlungsrecht – Praxisrelevante Fragen und offene Posten, DStR 2005, 788; *Harry Schmidt*, Verschmelzung von Personengesellschaften, in Lutter (Hrsg.), Kölner Umwandlungsrechtstage, 1995, S. 59; *Schöne*, Das Aktienrecht als „Maß aller Dinge“ im neuen Umwandlungsrecht?, GmbHR 1995, 325; *Streck/Mack/Schwedhelm*, Verschmelzung und Formwechsel nach dem neuen Umwandlungsgesetz, GmbHR 1995, 161; *Schwarz*, Das neue Umwandlungsrecht, DStR 1994, 1694; *Werner/Kindermann*, Umwandlung mittelständischer Unternehmen in eine Aktiengesellschaft: Gesellschaftsrechtliche Vor- und Nachteile und Verfahren, ZGR 1981, 17.

## I. Einführung

### 1. Funktion und Regelungsbereich des Ersten Unterabschnitts (§§ 39–39f UmwG)

- 1 Der Erste Unterabschnitt enthält mit den §§ 39–39f UmwG – kommentiert werden im Folgenden die ab dem 1.1.2024 geltenden<sup>1</sup> Regelungen in der Fassung des MoPeG<sup>2</sup> – die besonderen Vorschriften für die Verschmelzung unter Beteiligung von **eingetragenen Gesellschaften bürgerlichen Rechts**. Die Möglichkeit der Teilnahme einer inländischen (§ 1 Abs. 1 UmwG) eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts (eGbR, zur Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister vgl. die §§ 707, 707a BGB i.d.F. des MoPeG) an einer Verschmelzung eröffnet bereits der ab dem 1.1.2024 geltende § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG<sup>3</sup>. Auch wenn die Überschrift zum Ersten Unterabschnitt und die §§ 39, 39a, 39d, 39e und 39f UmwG allgemein auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts abstellen, ist damit nur die eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemeint<sup>4</sup>, da nur diese nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG verschmelzungsfähig ist. Auf die Verschmelzung unter Beteiligung einer Partnerschaftsgesellschaft sind die §§ 39, 39b, 39e und 39f UmwG gem. §§ 45c, 45e UmwG (i.d.F. des MoPeG<sup>5</sup>) entsprechend anzuwenden; vgl. dazu die Kommentierung zu § 45c und zu § 45e. Der Erste Unterabschnitt ergänzt das auch für die Verschmelzung unter Beteiligung einer eGbR anzuwendende allgemeine Verschmelzungsrecht der §§ 2–38 UmwG. Die Regelungen des Ersten Unterabschnitts können die eGbR als übertragenden, übernehmenden oder – im Falle der Verschmelzung durch Neugründung (§ 2 Rz. 2, 27) – neuen Rechtsträger betreffen. Da § 3 Abs. 4 UmwG sowohl die Mischverschmelzung (§ 3 Rz. 34 ff.) als auch die Verschmelzung gleicher Rechtsformen zulässt – zu den Möglichkeiten der Verschmelzung unter Beteiligung der eGbR s. Einl. I Rz. 64 (Schaubild 3, Verschmelzung) –, können die Bestimmungen des Ersten Unterabschnitts auch für alle beteiligten Rechtsträger anzuwenden sein. Im Falle der **Mischverschmelzung** gem. § 3 Abs. 4 UmwG sind für den Rechtsträger, der nicht zum Kreis der eGbR zählt, die für seine Rechtsform maßgeblichen Regelungen des Besonderen Teils des Verschmelzungsrechts heranzuziehen (s. § 3 Rz. 40). Zu den **Steuerfolgen** der Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften vgl. die Kommentierung im Anh. § 122; zu **Kostenfragen** s. § 2 Rz. 48 ff.
- 2 Für die **Spaltung** (§§ 123 ff. UmwG) unter Beteiligung einer eGbR verweist § 125 Abs. 1 UmwG auch auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften des Ersten Abschnitts des Zweiten Teils des Zweiten Buches und damit auf die §§ 39–39f UmwG. Für den **Formwechsel** (§§ 190 ff. UmwG) unter Beteiligung einer eGbR gelten die besonderen Bestimmungen der §§ 214–225 UmwG. An einer **Vermögensübertragung** (§§ 174 ff. UmwG) kann eine eGbR gem. § 175 UmwG nicht teilnehmen (s. § 175 Rz. 3).
- 3 Von den **einzelnen Vorschriften** des Ersten Unterabschnitts schränkt § 39 UmwG die nach § 3 Abs. 3 UmwG unter der Voraussetzung, dass die Fortsetzung des aufgelösten Rechtsträgers beschlossen werden könnte, für übertragende Rechtsträger bestehende Möglichkeit der Verschmelzung aufgelöster Rechtsträger für die eGbR weiter ein; zur Geltung von § 3 Abs. 3 UmwG auch für die eGbR vgl. Rz. 9 ff. § 39a UmwG enthält über § 8 Abs. 3 UmwG hinaus einen weiteren Fall, in dem ein Verschmelzungsbericht entbehrlich ist. Mit der Information der Gesellschafter über den Verschmelzungsvertrag und -bericht befasst sich § 39b UmwG, während § 39e UmwG für den Fall der durch Mehrheitsbeschluss möglichen Verschmelzung einen Anspruch auf eine Prüfung der Verschmelzung begründet und § 39d UmwG die Möglichkeit des Widerspruchs gegen den Verschmelzungsbeschluss vorsieht. § 39f UmwG regelt Fragen der Nachhaftung der Gesellschafter einer übertragenden eGbR. Die wohl wichtigste Bestimmung ist – neben § 39d UmwG – § 39c UmwG, der einerseits den Grundsatz der Einstimmigkeit des Verschmelzungsbeschlusses aufstellt, andererseits aber gesellschaftsvertragliche Mehrheitsklauseln mit Einschränkungen (s. Rz. 7) zulässt; dazu näher § 39c Rz. 1, 10 ff.
- 4 Der Erste Unterabschnitt enthält freilich nicht alle Besonderheiten für die eGbR als beteiligter Rechtsträger einer Verschmelzung. Weitere Regelungen finden sich für den Fall der Verschmelzung mit einer übernehmenden GmbH in den §§ 51, 52 UmwG. Soweit bei dieser nicht alle Stammeinlagen in voller Höhe erbracht sind, bedarf der Verschmelzungsbeschluss bei der übertragenden eGbR – rechtsfähige Personengesellschaft i.S.d. §§ 51, 52 UmwG, vgl. § 705 Abs. 2 BGB<sup>6</sup> i.d.F. des MoPeG – der Zustimmung aller vorhandenen Ge-

<sup>1</sup> Vgl. Art. 137 Satz 1 MoPeG, BGBl. I 2021, S. 3436 (3482).

<sup>2</sup> Vgl. Art. 60 Nr. 4 MoPeG, BGBl. I 2021, S. 3436 (3469 f.). Zu den noch bis zum 31.12.2023 geltenden §§ 39–45 UmwG, im Folgenden mit dem Zusatz „a.F.“ versehen, s. die Kommentierung in der 6. Aufl. 2019.

<sup>3</sup> I.d.F. des MoPeG, vgl. Art. 60 Nr. 2 MoPeG, BGBl. I 2021, S. 3436 (3469).

<sup>4</sup> Vgl. Begr. zum MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 1 (266), unter „Zu Nummer 5“: „Vorstellung des Ersten Unterabschnitts zur Verschmelzung unter Beteiligung von eingetragenen Gesellschaften bürgerlichen Rechts“.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 60 Nr. 9 und Nr. 10 MoPeG, BGBl. I 2021, S. 3436 (3470).

<sup>6</sup> Vgl. Schäfer, GbR, § 705 BGB Rz. 189.

sellschafter. Diese Regelung ist zwingend und setzt etwaige gesellschaftsvertragliche Mehrheitsklauseln außer Kraft; dazu näher § 39c Rz. 19 und § 51 Rz. 16 ff. Das Vorliegen der Zustimmung aller Gesellschafter ist nach § 52 Abs. 1 UmwG bei der Registeranmeldung zu erklären (dazu § 52 Rz. 1). Bedeutung für den Fall der Verschmelzung unter Beteiligung einer eGmbH können z.B. auch die §§ 29, 33 UmwG erlangen, wobei es sich bei den dort genannten „Verfügungsbeschränkungen“ um vertragliche oder gesetzliche (s. § 711 Abs. 1 Satz 1 BGB i.d.F. des MoPeG, dazu § 39c Rz. 17) Beschränkungen handeln kann.

Die Regelungen der §§ 39–39f UmwG sind **zwingend**; von ihnen kann nur abgewichen werden, wenn das Gesetz es ausdrücklich zulässt, § 1 Abs. 3 UmwG. Praktische Bedeutung hat das für die Regelung über die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen<sup>7</sup>. Die von § 39c Abs. 2 Satz 2 UmwG verlangte qualifizierte Mehrheit (vgl. im Einzelnen § 39c Rz. 13) bildet die Untergrenze, schließt es also aus, die nach allgemeinem Gesellschaftsrecht mögliche einfache Mehrheit für den Verschmelzungsbeschluss im Gesellschaftsvertrag einer eGmbH vorzusehen. Der Numerus clausus der Umwandlungsarten (§ 1 Abs. 2 UmwG) verbietet es nicht, **einer Verschmelzung wirtschaftlich gleichstehende oder nahe kommende Transaktionen** auf Wegen außerhalb des Umwandlungsgesetzes durchzuführen<sup>8</sup>; s. § 1 Rz. 51 ff. Zu denken ist insoweit insbesondere an die Einbringung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers im Wege der *Einzelrechtsnachfolge* bei einer Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung, an die *Einbringung der Anteile* am übertragenden in den übernehmenden Rechtsträger<sup>9</sup> sowie an die „*Anwachungsmodelle*“, bei denen bis auf einen alle Gesellschafter einer eGmbH ausscheiden (s. § 712a Abs. 1 BGB i.d.F. des MoPeG<sup>10</sup>) oder ihre Anteile an der Gesellschaft auf einen Mitgesellschafter übertragen<sup>11</sup>, mit der Folge, dass das Vermögen der vollbeendeten und erloschenen Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den letzten „Gesellschafter“ übergeht (s. auch Einl. I Rz. 66 f.).

## 2. Funktion, Normzweck und Entstehungsgeschichte von § 39 UmwG

Die zwingende (§ 1 Abs. 3 Satz 1 UmwG) Vorschrift behandelt – sowohl für die Verschmelzung durch Aufnahme (§ 2 Nr. 1 UmwG) als auch für die Verschmelzung durch Neugründung (§ 2 Nr. 2 UmwG) – die **Verschmelzungsfähigkeit** der aufgelösten eGmbH (dazu Rz. 1, 12) als übertragender Rechtsträger und schließt sie für den Fall aus, dass als Auseinandersetzungsart nicht die Abwicklung durch Liquidation (Rz. 14) oder Verschmelzung vorgesehen ist; zur Frage der Verschmelzungsfähigkeit einer aufgelösten übernehmenden eGmbH vgl. Rz. 18. § 39 UmwG ergänzt die Regelung des § 3 Abs. 3 UmwG, die für alle Rechtsformen und damit auch für eine eGmbH Grundvoraussetzungen der Verschmelzungsfähigkeit aufgelöster Rechtsträger aufstellt; hierzu näher Rz. 9 ff.

Der **Normzweck** von § 39 UmwG richtet sich darauf, eine Verschmelzung auszuschließen, wenn das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft aufgrund der von der Abwicklung durch Liquidation abweichenden Art der Auseinandersetzung den Gesellschaftern zufließt<sup>12</sup>. Die Regelung knüpft damit an den Grundgedanken von § 3 Abs. 3 UmwG an<sup>13</sup>, eine Verschmelzung nur in denjenigen Fällen zuzulassen, in denen das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft, ggf. auch nur das nach Befriedigung der Gläubiger verbliebene Reinvermögen als Gegenstand der Verschmelzung noch vorhanden ist. Dabei geht es nicht um die Sicherung der Kapitalaufbringung beim übernehmenden Rechtsträger<sup>14</sup>, die bei der Verschmelzung durch Aufnahme (§ 2 Rz. 26)

<sup>7</sup> Vgl. zu § 39 UmwG a.F. Begr., *Ganske*, S. 44.

<sup>8</sup> Vgl. zu § 39 UmwG a.F. Begr., *Ganske*, S. 43 f.; OLG Hamm v. 24.6.2010 – I-15 Wx 360/09, DNotZ 2011, 230 = GmbHR 2010, 985; OLG Frankfurt am Main v. 25.8.2003 – 20 W 354/02, ZIP 2004, 1458 (1459) = GmbHR 2003, 1358; *Kallmeyer*, ZIP 1994, 1747 f.; *H. Schmidt* in *Kölnener Umwandlungsrechtstage*, 1995, S. 59 (65 f.).

<sup>9</sup> Vgl. BGH v. 19.2.1990 – II ZR 42/89, NJW-RR 1990, 798 (799); OLG Frankfurt am Main v. 25.8.2003 – 20 W 354/02, ZIP 2004, 1458 (1459) = GmbHR 2003, 1358.

<sup>10</sup> Vgl. dazu *Menkel*, NZG 2023, 683 ff.

<sup>11</sup> Vgl. BGH v. 5.7.2018 – V ZB 10/18, BeckRS 2018, 21470 (Rz. 10); BGH v. 7.6.2018 – V ZB 252/17, BeckRS 2018, 15661 (Rz. 8); BGH v. 7.7.2008 – II ZR 37/07, NJW 2008, 2992 (2993); OLG Naumburg v. 7.4.2017 – 12 Wx 41/16, BeckRS 2017, 150172 (Rz. 10); LG Erfurt v. 16.12.2022 – 8 O 244/21, BeckRS 2022, 36721 (Rz. 35 f.); zur Übertragung aller Anteile auf einen Dritten s. KG v. 30.11.2018 – 22 W 69/18, NZG 2019, 143 (Rz. 8) = GmbHR 2019, 182. Zu diesen Fällen der wirtschaftlichen Verschmelzung (zur Terminologie *Kallmeyer*, ZIP 1994, 1747) vgl. näher *H. Schmidt* in *Kölnener Umwandlungsrechtstage*, 1995, S. 59 (65 f.); *Priester*, DStR 2005, 788; *Schnitker/Grau*, ZIP 2008, 393 ff.; *Seibt* in *FS Röhrich*, 2005, S. 603 ff.; *Ege/Klett*, DStR 2010, 2463 ff.; *Freiherr v. Proff*, DStR 2016, 2227 ff.

<sup>12</sup> Vgl. zu § 39 UmwG a.F. Begr., *Ganske*, S. 92. Zur Berücksichtigung dieser Begr. bei der Auslegung und Anwendung von § 39 UmwG s. Rz. 8.

<sup>13</sup> So ausdrücklich die Begr. zu § 39 UmwG a.F., *Ganske*, S. 92.

<sup>14</sup> A.A. *Vossius* in *Widmann/Mayer*, § 39 UmwG Rz. 2; wie hier *Ihrig* in *Semler/Stengel/Leonard*, § 39 UmwG Rz. 1 (jew. zu § 39 UmwG a.F.).

von vornherein keine Bedeutung hat und bei der Verschmelzung durch Neugründung (§ 2 Rz. 27) durch das maßgebliche Gründungsrecht erfolgt. Es geht auch nicht um die Sicherung der Vermögenssubstanz als Verschmelzungsgegenstand<sup>15</sup> oder um eine *rein minderheitenschützende* Funktion von § 39 UmwG<sup>16</sup>. Der Grund der Regelung der §§ 3, 39 UmwG ist vielmehr in der Funktion und dem **Wesen der Verschmelzung** zu sehen, das gesamte Vermögen des aufgelösten Rechtsträgers zu übertragen; dies setzt das – durch teilweise Auskehrung des Liquidationserlöses nicht schon teilweise geschmälerte – Vorhandensein dieses Vermögens voraus<sup>17</sup>. Hinzu kommt, dass die Anerkennung der Verschmelzungsfähigkeit aufgelöster Rechtsträger vor allem *Sanierungsfusionen* erleichtern soll<sup>18</sup>. Mit dieser Zielrichtung des Gesetzes wäre es nicht zu vereinbaren, Vermögensteile ganz oder teilweise durch Verlagerung auf die Gesellschafter von der Verschmelzung auszunehmen. Darüber hinaus hat § 39 UmwG auch eine **minderheitenschützende Funktion**<sup>19</sup>. Die Vorschrift hat zur Folge, dass einem Gesellschafter nicht gegen seinen Willen durch einen mehrheitlich gefassten Verschmelzungsbeschluss Rechte entzogen werden können, die daraus resultieren, dass die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung als die Abwicklung durch Liquidation oder die Verschmelzung vereinbart haben (Rz. 14 f.). Anderes gilt dann, wenn die Vereinbarung über die Art der Auseinandersetzung mehrheitlich abgeändert werden kann (s. Rz. 15).

- 8 § 39 UmwG ist durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG)<sup>20</sup> in das UmwG eingefügt worden<sup>21</sup>, mit Wirkung ab dem 1.1.2024<sup>22</sup>. Am Anfang der **Entstehungsgeschichte** der Vorschrift steht der Gesetzentwurf der vom BMJV eingesetzten Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – **Mauracher Entwurf** – vom April 2020<sup>23</sup>, der eine mit § 39 UmwG inhaltlich übereinstimmende und nahezu wortgleiche Regelung enthielt<sup>24</sup>. Mit der Veröffentlichung des Mauracher Entwurfs durch das BMJV im November 2020 wurde dieser zu einem Referentenentwurf und der Entwurf zu § 39 UmwG fand mit einer geringfügigen sprachlichen Änderung, inhaltlich aber übereinstimmend Eingang in den **Gesetzentwurf der Bundesregierung** vom Januar 2021<sup>25</sup>. Die Stellungnahme des Bundesrates vom März 2021 enthielt zum Entwurf von § 39 UmwG keine Prüfbitten oder Hinweise und der Entwurf wurde unverändert in den nachfolgenden Regierungsentwurf vom 17.3.2021 übernommen<sup>26</sup> und ist so auch Gesetz geworden, nachdem die Empfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom Juni 2021 zu § 39 UmwG keine Änderungen vorgesehen hatte<sup>27</sup>. Die **Gesetzesbegründung** zu § 39 UmwG hält nur fest, dass die Vorschrift „inhaltlich dem geltenden § 39 UmwG“ entspreche<sup>28</sup>. Das bezog sich auf den die Personenhandels-gesellschaft betreffenden und bis zum 31.12.2023 geltenden § 39 UmwG a.F. Wegen dieser inhaltlichen Übereinstimmung können Rechtsprechung und Literatur sowie die Gesetzesbegründung zu § 39 UmwG a.F. auch für die Auslegung und Anwendung von § 39 UmwG n.F. herangezogen werden.

### 3. Verhältnis zu § 3 Abs. 3 UmwG

- 9 § 3 Abs. 3 UmwG eröffnet allgemein für aufgelöste übertragende Rechtsträger die Möglichkeit der Verschmelzung, wenn die Fortsetzung des Rechtsträgers beschlossen werden könnte. Diese Vorschrift ist auch auf die **eGbR** anzuwenden; sie ist rechtsformunabhängig ausgestaltet und beansprucht aufgrund ihrer systematischen Stellung als Teil der allgemeinen Verschmelzungsvorschriften Geltung auch für die eGbR. § 39 UmwG ist weiterhin nicht als eine den § 3 Abs. 3 UmwG verdrängende, sondern ihn ergänzende Sonderregelung zu verstehen. Dies ergibt sich auch daraus, dass neben § 39 UmwG ein funktionaler Anwendungs-

15 Dafür *Meyer-Ladewig*, BB 1969, 1006 f.; *Meyer-Ladewig*, GmbHR 1969, 232 sowie auch *Dehmer*<sup>1</sup>, § 40 UmwG Anm. 7.

16 Dafür *Dauner-Lieb/Tettinger* in KölnKomm. UmwG, § 39 UmwG Rz. 2, 24 (zu § 39 UmwG a.F.).

17 Vgl. zu § 39 UmwG a.F. *Ihrig* in Semler/Stengel/Leonard, § 39 UmwG Rz. 1; *Hörtnagl/Ollech* in Schmitt/Hörtnagl, § 39 UmwG Rz. 3. Ähnl. *Werner/Kindermann*, ZGR 1981, 17 (43) zu § 40 Abs. 2 UmwG 1969.

18 So zu § 39 UmwG a.F. Begr., *Ganske*, S. 47.

19 Für diese *zusätzliche* Funktion auch *Ihrig* in Semler/Stengel/Leonard, § 39 UmwG Rz. 2 (zu § 39 UmwG a.F.).

20 BGBl. I 2021, S. 3436 ff.

21 Vgl. Art. 60 Nr. 4 MoPeG, BGBl. I 2021, S. 3436 (3469).

22 Vgl. Art. 137 Satz 1 MoPeG, BGBl. I 2021, S. 3436 (3482).

23 Abrufbar auf der Website des BMJV.

24 S. Art. 24 Nr. 3 Mauracher Entwurf.

25 Vgl. BR-Drucks. 59/21, 1 (74).

26 Vgl. BT-Drucks. 19/27635, 1 (72).

27 Vgl. BT-Drucks. 19/30942, 1 (108 f.).

28 Vgl. BT-Drucks. 19/27635, 1 (265).

bereich für § 3 Abs. 3 UmwG verbleibt (Rz. 10 f.). § 39 UmwG und § 3 Abs. 3 UmwG sind also **nebeneinander anzuwenden**<sup>29</sup>.

Nach **allgemeinem Gesellschaftsrecht** können die Gesellschafter einer eGdB bis zu deren Vollbeendigung im Grundsatz jederzeit die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft beschließen und damit die Abwicklungsgesellschaft wieder in eine werbende Gesellschaft umwandeln, sobald der Auflösungsgrund beseitigt ist (§ 734 Abs. 1 BGB i.d.F. des MoPeG). Dies gilt auch dann, wenn mit der Verteilung des Liquidationserlöses an die Gesellschafter begonnen worden ist, solange nur dieser Vorgang noch nicht abgeschlossen und deshalb die Vollbeendigung der Abwicklungsgesellschaft noch nicht eingetreten ist<sup>30</sup>; vgl. dazu aber Rz. 11. **Bedeutung** hat die von § 3 Abs. 3 UmwG vorausgesetzte Möglichkeit des Fortsetzungsbeschlusses daher zunächst einmal für Fälle, in denen der Beschluss an besondere Voraussetzungen geknüpft ist. Soweit die Auflösung der Gesellschaft aufgrund einer **behördlichen Entscheidung** erfolgt, setzt die Verschmelzungsfähigkeit daher voraus, dass diese Entscheidung wieder aufgehoben wird<sup>31</sup> (s. auch § 3 Rz. 26). Abweichend von der früheren, bis zur Aufnahme von § 225a InsO in die Insolvenzordnung (dazu § 3 Rz. 27, Anh. I Rz. 2) geltenden Rechtslage<sup>32</sup> ist eine durch Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** aufgelöste eGdB (vgl. § 729 Abs. 1 Nr. 2 BGB i.d.F. des MoPeG) verschmelzungsfähig, ohne dass zuvor das Insolvenzverfahren auf Antrag des Schuldners eingestellt oder nach Bestätigung eines Insolvenzplans, der den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht, aufgehoben sein müsste. Da nach § 225a Abs. 3 InsO im Insolvenzplan jede gesellschaftsrechtlich zulässige Regelung getroffen werden kann, insbesondere auch die *Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft*, und jedes Insolvenzverfahren zu einem Insolvenzplan führen kann, ist jede insolvente eGdB nach § 3 Abs. 3 UmwG als übertragender Rechtsträger verschmelzungsfähig<sup>33</sup>; s. dazu und zu weiteren insolvenzrechtlichen Fragestellungen den Anhang I und zum Ablauf der Verschmelzung insbes. Anh. I Rz. 65 ff.

§ 3 Abs. 3 UmwG kommt für die eGdB weiterhin die Funktion zu, die Verschmelzungsfähigkeit aufgelöster Gesellschaften auf den Fall zu beschränken, dass mit der **Verteilung des Liquidationserlöses** an die Gesellschafter noch nicht begonnen worden ist<sup>34</sup> (a.A. *Drygala*, § 3 Rz. 25). Dies ergibt sich bereits aus Wesen und Funktion der Verschmelzung sowie dem Normzweck (Rz. 7). Mit der Formulierung des § 3 Abs. 3 UmwG soll, auch in Umsetzung von Art. 3 Abs. 2 der 3. Richtlinie<sup>35</sup> – nunmehr aufgegangen in der Richtlinie (EU) 2017/1132<sup>36</sup> (s. Rz. 13) –, sichergestellt werden, dass nur solche aufgelösten Rechtsträger an einer Verschmelzung teilnehmen, deren Vermögen noch nicht an die Anteilshaber teilweise verteilt worden ist<sup>37</sup>. Soweit diese Einschränkung auch aus den für die Kapitalgesellschaft geltenden Anforderungen für den Kapitalerschutz (§ 3 Rz. 25) resultiert, ist ein sachlich überzeugender Grund für eine großzügigere Behandlung der eGdB in diesem Punkt und für eine „gespaltene Auslegung“ von § 3 Abs. 3 UmwG (Rz. 13) nicht zu erkennen; auch die Gesetzesbegründung zu § 39 UmwG a.F. – mit dem § 39 UmwG im Wesentlichen übereinstimmend (Rz. 8) – verweist darauf, dass § 39 UmwG a.F. dem früheren Recht – das eine Verschmelzung nach Beginn mit der Verteilung des Liquidationserlöses ausschloss (§ 40 Abs. 2, § 46 Satz 2 UmwG 1969) – entspreche. Den Gesellschaftern bleibt in diesen Fällen die Möglichkeit, die Fortsetzung der Gesellschaft zu beschließen und damit den Tatbestand der Auflösung zu beseitigen (dazu auch Rz. 15).

29 Allg.M. zu § 39 UmwG a.F., vgl. nur *Ihrig* in Semler/Stengel/Leonard, § 39 UmwG Rz. 6; *Kocher* in Kallmeyer, § 39 UmwG Rz. 2.

30 Vgl. *Servatius*, GbR, § 734 BGB Rz. 1, 7; *Schäfer*, GbR, § 734 BGB Rz. 2.

31 Vgl. zu § 39 UmwG a.F. *Temme* in Habersack/Wicke, § 39 UmwG Rz. 4.

32 Vgl. 4. Aufl., § 39 Rz. 10.

33 S. § 13 Rz. 27, Anh. I Rz. 53; s. zur Personenhandelsgesellschaft und zu § 39 UmwG a.F. *Temme* in Habersack/Wicke, § 39 UmwG Rz. 5; *Kocher* in Kallmeyer, § 39 UmwG Rz. 1; *Madaus*, ZIP 2012, 2134; *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 128; *Kahlert/Gehrke*, DStR 2013, 975 f.

34 So auch zur Personenhandelsgesellschaft und zu § 39 UmwG a.F. *Haggney* in Maulbetsch/Klump/Rose, § 39 UmwG Rz. 5; *Bermel* in Goutier/Knopf/Tulloch, § 39 UmwG Rz. 4; *Hörtnagl/Ollech* in Schmitt/Hörtnagl, § 39 UmwG Rz. 3; *Ihrig* in Semler/Stengel/Leonard, § 39 UmwG Rz. 1, 6 (zumindest nach Gläubigerbefriedigung verbliebenes Reinvermögen muss vorhanden sein). A.A. die h.M., vgl. *Dauner-Lieb/Tettinger* in KölnKomm. UmwG, § 39 UmwG Rz. 18 ff.; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl, § 124 UmwG Rz. 59; *Temme* in Habersack/Wicke, § 39 UmwG Rz. 6; *Kocher* in Kallmeyer, § 39 UmwG Rz. 12; *Vossius* in Widmann/Mayer, § 39 UmwG Rz. 42; *Drinhansen/Keinath* in Habersack/Wicke, § 3 UmwG Rz. 30; *Hoger/Hoger* in MünchHdb. UmwR, § 7 Rz. 35; *Priester*, DStR 2005, 789.

35 Richtlinie 78/855/EWG v. 9.10.1978, ABl. Nr. L 295 v. 20.10.1978; nachfolgend Richtlinie 2011/35/EU v. 5.4.2011, ABl. EU Nr. L 110 v. 29.4.2011.

36 V. 14.6.2017, ABl. EU Nr. L 169 v. 30.6.2017.

37 Begr., *Ganske*, S. 47 f.

## Dritter Teil Grenzüberschreitender Formwechsel (§§ 333–345)

### § 333 Grenzüberschreitender Formwechsel

(1) Ein grenzüberschreitender Formwechsel ist der Wechsel einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum gegründeten Gesellschaft in eine Rechtsform nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraums unter Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes in diesen Staat.

(2) Auf den grenzüberschreitenden Formwechsel einer Kapitalgesellschaft (§ 3 Absatz 1 Nummer 2) sind vorbehaltlich der Absätze 3 und 4 die folgenden Vorschriften des Fünften Buches entsprechend anzuwenden, soweit sich aus diesem Teil nichts anderes ergibt:

1. die Vorschriften des Ersten Teils sowie
2. die Vorschriften des Ersten und Dritten Unterabschnitts des Zweiten Abschnitts des Zweiten Teils.

(3) § 245 Absatz 1 Satz 3, Absatz 2 Satz 3 und Absatz 3 Satz 3 ist nicht anzuwenden. § 245 Absatz 4 ist nur dann anzuwenden, wenn die formwechselnde Gesellschaft eine im Anhang I zur Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts genannte Rechtsform hat. Im Fall des Satzes 2 ist § 52 des Aktiengesetzes mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des Zeitpunkts der Eintragung der Gesellschaft neuer Rechtsform der Zeitpunkt der Eintragung der formwechselnden Gesellschaft in das für sie zuständige Register tritt.

(4) § 195 Absatz 2 und § 196 sind nicht anzuwenden.

<b>I. Vorbemerkungen zu den §§ 333–345 UmwG</b> . . . . .	1	a) EU-/EWR-Gesellschaft als Ausgangs- und Zielgesellschaft . . . . .	18
1. Normgenese und unionsrechtliche Grundlagen	2	b) Verlegung des Satzungssitzes . . . . .	19
2. Grundsystematik der §§ 333–345 UmwG . . . . .	7	5. Generalverweis (§ 333 Abs. 2 UmwG) . . . . .	21
<b>II. Die Vorschrift des § 333 UmwG</b>		6. Besonderheiten in Bezug auf die Nachgründung (§ 333 Abs. 3 Satz 1 und Satz 3 UmwG) . . . . .	26
1. Überblick . . . . .	12	7. Besonderheiten in Bezug auf den Sachgründungsbericht (§ 333 Abs. 3 Satz 2 UmwG) . . . . .	28
2. Normgenese, Ratio und unionsrechtliche Grundlagen . . . . .	13	8. Kein Anspruch auf Verbesserung des Beteiligungsverhältnisses (§ 333 Abs. 4 UmwG) . . . . .	29
3. Parallelvorschriften . . . . .	16		
4. Legaldefinition des grenzüberschreitenden Formwechsels (§ 333 Abs. 1 UmwG) . . . . .	17		

**Literatur** Siehe bei § 305 UmwG.

### I. Vorbemerkungen zu den §§ 333–345 UmwG

Der durch das UmRUG<sup>1</sup> m.W.v. 1.3.2023 eingefügte Dritte Teil des Sechsten Buchs (§§ 333–345 UmwG) regelt in Umsetzung von **Titel II Kapitel -I GesRRL<sup>2</sup>** den **grenzüberschreitenden Formwechsel von Kapitalgesellschaften**.

<sup>1</sup> Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie v. 22.2.2023, BGBl. I Nr. 51.

<sup>2</sup> RL (EU) 2017/1132 des EP und des Rates v. 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (Kodifizierter Text), ABL EU Nr. L 169/46 v. 30.6.2017; zuletzt geändert durch VO (EU) 2021/23 des EP und des Rates v. 16.12.2020 über einen Rahmen für die Sanierung und Abwicklung zentraler Gegenparteien und zur Änderung der VO (EU) Nr. 1095/2010, (EU) Nr. 648/2012, (EU) Nr. 600/2014, (EU) Nr. 806/2014 und (EU) 2015/2365 sowie der RL 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2007/36/EG, 2014/59/EU und (EU) 2017/1132, ABL EU Nr. L 22/1 v. 22.1.2021.

## 1. Normgenese und unionsrechtliche Grundlagen

- 2 Die Schaffung eines speziellen europäischen Rechtsrahmens für grenzüberschreitende Formwechsel (grenzüberschreitende statutenwechselnde Sitzverlegungen) stand zwar bereits seit Jahrzehnten auf der rechtspolitischen Agenda. Ein Vorentwurf für eine Sitzverlegungs-RL aus dem Jahr 1997<sup>3</sup> scheiterte jedoch; das Projekt wurde in der Folgezeit immer wieder verschoben<sup>4</sup>.
- 3 Das Blatt wendete sich erst, als der EuGH 2012 in seinem Grundsatzurteil in der Rechtsache *VALE*<sup>5</sup> eindeutig und unmissverständlich die schon 2005 im *SEVIC*-Urteil<sup>6</sup> angedeutete und dann 2008 im *Cartesio*-Urteil<sup>7</sup> *obiter* getroffene Feststellung bestätigte, dass auch der grenzüberschreitende Formwechsel durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) geschützt ist. Anknüpfend hieran entschied der Gerichtshof dann 2017 in der Rechtssache *Polbud*<sup>8</sup>, dass der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit auch den grenzüberschreitenden Formwechsel in Form der isolierten Satzungssitzverlegung umfasst.
- 4 Durch die *UmwRL*<sup>9</sup> (auch bekannt als *MobilRL*) wurde schließlich mit **Titel II Kapitel -I GesRRL** erstmals ein spezieller EU-Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Formwechsel geschaffen.
- 5 Die **Umsetzung** der *UmwRL* in Deutschland erfolgte in gewohnter Manier durch zwei einander komplementierende Gesetze: die gesellschaftsrechtlichen Aspekte wurden durch das **UmRUG** umgesetzt, die mitbestimmungsrechtlichen Aspekte wurden durch das **UmRMitbestG**<sup>10</sup> umgesetzt<sup>11</sup>.
- 6 Die neuen Vorschriften über grenzüberschreitende Formwechsel (§§ 333–345 **UmwG**) wurden zusammen mit den Vorschriften über grenzüberschreitende Verschmelzungen (§§ 305–319 **UmwG**) und über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen (v. 4.1.2023, BGBl. I Nr. 10).

3 Proposal for a Fourteenth European Parliament and Council Directive on the Transfer of the Registered Office of a Company from one Member State to another with a Change of Applicable Law, Dok. XV/D2/6002/97-EN REV.2.

4 Näher zum Ganzen: *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, 6. Aufl. 2018, § 30 m.w.N.

5 EuGH v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 (*Vale*).

6 EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762 (*Sevic*).

7 EuGH v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 (*Cartesio*).

8 EuGH v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 (*Polbud*).

9 RL (EU) 2019/2121 des EP und des Rates v. 27.11.2019 zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. EU Nr. L 321/1 v. 12.12.2019. Dazu *Bayer/J. Schmidt*, BB 2019, 1922 ff.; *Bernard*, RPDA 2020, n° 6, 1 ff.; *Bompoint*, BJS 2020, 56 ff.; *Brehm/Schümmer*, NZG 2020, 538 ff.; *Bungert* in FS Krieger, 2020, S. 109 ff.; *Cathiard*, BJS 2020, 66 ff.; *Corbisier*, trv-rps 2019, 809 ff.; *Deck*, NZG 2021, 629 ff.; *de Raet/Rummel*, DAS 2020/2, 3 ff.; *Habersack*, ZHR 186 (2022), 1; *Heckschen*, NotBZ 2020, 241 ff.; *Lecourt*, Rev. soc. 2020, 338 ff.; *Mastrullo*, BJS 2020, 63 ff.; *Müller-Bonanni/Jenner/Thomas*, NZG 2021, 764 ff.; *M. Noack*, ZGR 2020, 90 ff.; *M. Noack/Habrich*, AG 2019, 908 ff.; *Pütz*, AG 2020, 117 ff.; *Papadopoulos*, ECFR 2021, 980 ff.; *Schlumberger*, BJS 2020, 52 ff.; *Schollmeyer*, ZGR 2020, 62 ff.; *Schollmeyer*, IPRax 2020, 297 ff.; *Schön* in FS Krieger, 2020, S. 879 ff.; *Schulte*, GmbHR 2020, 139 ff.; *Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 2437 ff.; *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, 61 ff.; *Stelmaszczyk*, DK 2021, 1 ff., 48 ff.; *J. Schmidt*, EuZW 2019, 801 f.; *J. Schmidt*, (2019) 16 ECL, 174 f.; *J. Schmidt*, ZEuP 2020, 565 ff.; *J. Schmidt* in FS Hopt, 2020, S. 1097 ff.; *J. Schmidt* in FS Krieger, 2020, S. 841 ff.; *Teichmann*, ZGR 2022, 376 ff.; *Tessier*, BJS 2020, 58 ff.; *Titze*, NZA 2021, 752 ff.; *Verbrugh*, (2020) 17 ECL, 4 ff.

10 Gesetz zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen v. 4.1.2023, BGBl. I Nr. 10.

11 Dazu *Baschnagel/Hilser/Wagner*, RdA 2023, 103 ff.; *Brandi/M. Schmidt*, AG 2023, 309 ff.; *Drescher*, AG 2023, 337 ff.; *Habersack*, ZHR 187 (2023) 48 ff.; *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2023, 317 ff.; *Herzog/Gebhard*, AG 2023, 310 ff.; *Noack*, MDR 2023, 465 ff.; *Pototzky/Gimmy*, BB 2023, 1140 ff.; *Recktenwald*, BB 2023, 643 ff.; *J. Schmidt*, NJW 2023, 1241 ff.; *Schollmeyer*, NJW-Spezial 2023, 207 f.; *Schröter/Neubert*, jurisPR-HaGesR 4/2023 Anm. 1; *Teichmann*, NZG 2023, 345; *Thomale/Schmid*, NotBZ 2023, 91, 125.

**Zu den Referententwürfen:** *Bungert/Reidt*, DB 2022, 1369 ff.; *Bungert/Strothotte*, BB 2022, 1411 ff.; *Drinhausen/Keinath*, BB 2022, 1346 ff.; *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 501 ff.; *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 613 ff.; *Hommelhoff*, NZG 2022, 683 ff.; *Kablitz*, GmbHR 2022, 721 ff.; *Luy/Redler*, notar 2022, 163 ff.; *Müeckl/Blunck*, DB 2022, 1640 ff.; *Müller-Bonanni/Jenner*, AG 2022, 457 ff.; *J. Schmidt* NZG 2022, 579 ff.; *J. Schmidt*, NZG 2022, 635 ff.; *Thole*, ZGR-Sonderheft 26, 2023, 65 ff.; *Wollin*, ZIP 2022, 989 ff.; *Wollin*, AG 2022, 474 ff.

**Zu den Regierungsentwürfen:** *Baschnagel/Hilser*, NZG 2022, 1333 ff.; *Brandi/M. Schmidt*, DB 2022, 1880 ff.; *Bungert/Strothotte*, DB 2022, 1818 ff.; *Drinhausen/Keinath*, BB 2022, 1923 ff.; *Habrich*, AG 2022, 567 ff.; *Harig/Harder*, NZG 2022, 1435 ff.; *Heckschen/Knaier*, ZIP 2022, 2205 ff.; *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, R376 ff.; *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, R260 ff.; *Heckschen*, ZGR-Sonderheft 26, 2023, 101 ff.; *Lieder/Hilser*, ZIP 2022, 2521 ff.; *Lieder/Hilser*, ZIP 2023, 1 ff.; *J. Schmidt*, ECCL-Blog v. 6.7.2022 = NZG 2022, 986 = EuZW 2022, 635; *J. Schmidt*, BB 2022, 1859, 1864 ff.; *J. Schmidt*, Der Konzern 2022, 309 ff.; *J. Schmidt*, ZGR-Sonderheft 26, 2023, 229 ff.; *Schollmeyer*, NZG 2022, 937.

**Zu den Berichten des Rechtsausschusses:** *Bungert*, NZG 2022, 1657; *Bungert/Reidt*, DB 2023, 54 ff.; *Goette* DStR 2023, 157 ff.; *Lieder/Hilser*, ZIP 2023, 1 ff.

überschreitende Spaltungen (§§ 320–332 UmwG) in einem **neuen Sechsten Buch des UmwG über grenzüberschreitende Umwandlungen** verankert.

## 2. Grundsystematik der §§ 333–345 UmwG

§§ 333–345 UmwG regeln entsprechend dem Anwendungsbereich von Titel II Kapitel -I GesRRL ausschließlich den **grenzüberschreitenden Formwechsel von Kapitalgesellschaften** (§ 333 Abs. 1, § 334 Satz 1 UmwG, dazu *J. Schmidt* § 334 Rz. 7 f.). Der UmRUG-Gesetzgeber hat sich ungeachtet nachdrücklicher Forderungen aus Wissenschaft und Praxis<sup>12</sup> leider dazu entschieden, keine generelle überschießende Umsetzung für Personengesellschaften vorzunehmen<sup>13</sup>.

Der Anwendungsbereich der §§ 333–345 UmwG beschränkt sich dabei zwangsläufig auf diejenigen Fragen, welche die **Beteiligung einer deutschen Gesellschaft** an einem grenzüberschreitenden Formwechsel betreffen<sup>14</sup>. Nur insoweit kommt dem deutschen Gesetzgeber überhaupt eine Regelungskompetenz zu. Ein grenzüberschreitender Formwechsel bedarf dabei stets des Zusammenspiels der – durch die GesRRL harmonisierten – nationalen Vorschriften der beteiligten Mitgliedstaaten: des Wegzugsmitgliedstaats und des Zielmitgliedstaats.

Konzeptionell bedient sich der Gesetzgeber auch im Rahmen der §§ 333–345 UmwG der bewährten **Verweisungstechnik** des UmwG: Nach § 333 Abs. 2 UmwG finden auf grenzüberschreitende Formwechsel die Bestimmungen über nationale Formwechsel entsprechende Anwendung, soweit sich aus den §§ 333–345 UmwG nichts anderes ergibt (Rz. 21 ff.).

Das in den §§ 333 ff. UmwG in Umsetzung von Art. 86d ff. GesRRL geregelte **Verfahren** des grenzüberschreitenden Formwechsels baut auf dem bewährten „**Europäischen Modell für Strukturmaßnahmen**“ auf<sup>15</sup>. Grundbausteine des Verfahrens sind: (i) Formwechselplan (§ 335 UmwG) und seine Bekanntmachung (§ 336 UmwG), (ii) Formwechselbericht (§ 337 UmwG), (iii) Formwechselprüfung (§ 338 UmwG), (iv) Formwechselbeschluss (§ 339 UmwG) und Rechtmäßigkeitskontrolle (§§ 342–345 UmwG).

Zum **Schutz der Minderheitsgesellschafter** ist in Umsetzung von Art. 86i GesRRL ein Austrittsrecht gegen Barabfindung (§ 340 UmwG) vorgesehen. Den **Schutz der Gläubiger** regelt § 341 UmwG in Umsetzung von Art. 86j GesRRL.

## II. Die Vorschrift des § 333 UmwG

### 1. Überblick

Bei § 333 UmwG handelt es sich quasi um die „Grundnorm“, auf der sämtliche Regelungen der §§ 333 ff. UmwG aufbauen. § 333 Abs. 1 UmwG statuiert eine **Legaldefinition** des Begriffs des **grenzüberschreitenden Formwechsels** i.S.d. §§ 333 ff. UmwG (Rz. 17 ff.). Der in § 333 Abs. 2 UmwG normierte **Generalverweis** erklärt für die Beteiligung einer deutschen **Kapitalgesellschaft** an einem grenzüberschreitenden Formwechsel die relevanten Vorschriften des UmwG über nationale Formwechsel für entsprechend anwendbar, soweit sich aus den §§ 333 ff. UmwG nichts anderes ergibt (Rz. 21 ff.). § 333 Abs. 3 UmwG regelt die Nichtanwendbarkeit der Ausnahmeregelungen der § 245 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 Satz 3 UmwG sowie die modifizierte Anwendbarkeit des § 245 Abs. 4 UmwG (Rz. 26 ff.). § 333 Abs. 4 UmwG bestimmt, dass § 195 Abs. 2 UmwG und § 196 UmwG bei grenzüberschreitenden Formwechseln **keine Anwendung** finden (Rz. 29 f.).

12 *Bayer/J. Schmidt*, BB 2019, 1922 (1935); *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 300 (302); *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 353 (354); *Bungert* in FS Krieger, 2020, S. 109 (110 f.); *Bungert/Becker*, DB 2019, 1609; *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2022, 849 (855); *J. Schmidt*, ZIP 2019, 1093 (1100); *J. Schmidt*, EuZW 2019, 801 (802); *J. Schmidt*, ZEuP 2020, 565 (566); *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, 61 (63); *Wicke*, DStR 2018, 2642 (2643).

13 Näher *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 613 (621 f.); *Luy/Redler*, notar 2022, 163 (165); *J. Schmidt*, NZG 2022, 579 (580).

14 Vgl. zur Parallelproblematik bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung *Bayer/J. Schmidt* § 305 Rz. 11.

15 *J. Schmidt*, NZG 2022, 635; *J. Schmidt*, BB 2022, 1859 (1865).

## 2. Normgenese, Ratio und unionsrechtliche Grundlagen

- 13 § 333 UmwG wurde m.W.v. 1.3.2023 durch das **UmRUG**<sup>16</sup> eingeführt.
- 14 Die Legaldefinition des grenzüberschreitenden Formwechsels in § 333 Abs. 1 UmwG korrespondiert mit derjenigen in Art. 86a Abs. 1 GesRRL und Art. 86b Nr. 2 GesRRL. Dort ist zwar nur von Mitgliedstaaten der Union, also EU-Mitgliedstaaten, die Rede. Durch Beschluss v. 10.7.2019 wurde der Anwendungsbereich der GesRRL 2017 jedoch m.W.v. 1.2.2020 auf die EWR-Staaten ausgedehnt<sup>17</sup>. Die UmwRL soll ebenfalls in das EWR-Abkommen inkorporiert werden; zum Zeitpunkt der Drucklegung gab es allerdings nur einen Entwurf für einen Beschluss des gemeinsamen EWR-Ausschusses.
- 15 Mit dem **Generalverweis** in § 333 Abs. 2 UmwG bedient sich der deutsche Gesetzgeber der bekannten und bewährten Verweisungstechnik des UmwG<sup>18</sup>.

## 3. Parallelvorschriften

- 16 § 305 UmwG für die grenzüberschreitende Verschmelzung und § 320 UmwG für die grenzüberschreitende Spaltung.

## 4. Legaldefinition des grenzüberschreitenden Formwechsels (§ 333 Abs. 1 UmwG)

- 17 Ein grenzüberschreitender Formwechsel i.S.d. §§ 333 ff. UmwG ist nach der Legaldefinition in § 333 Abs. 1 UmwG der Wechsel einer nach dem Recht eines EU- oder EWR-Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft in eine Rechtsform nach dem Recht eines anderen EU- oder EWR-Mitgliedstaats unter Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes in diesen Staat.

### a) EU-/EWR-Gesellschaft als Ausgangs- und Zielgesellschaft

- 18 Ausgangsgesellschaft und Zielgesellschaft muss jeweils eine **nach dem Recht eines EU- oder EWR-Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft** sein. Der Kreis der möglichen Ausgangs- und Zielrechtsformen wird durch § 334 UmwG näher konkretisiert, dazu näher *J. Schmidt* § 334 Rz. 9 ff.

### b) Verlegung des Satzungssitzes

- 19 Erforderlich ist eine **Verlegung des Satzungssitzes** vom Ausgangsmitgliedstaat in den Zielmitgliedstaat. Ohne Verlegung des Satzungssitzes als gesellschaftskollisionsrechtlichem und registerrechtlichem Anknüpfungspunkt ist ein grenzüberschreitender Formwechsel nicht denkbar.
- 20 **Nicht erforderlich** ist dagegen die **Verlegung des Verwaltungssitzes**. Entsprechend Art. 86b Nr. 2 GesRRL erfasst das UmwG – im Einklang mit der überzeugenden Grundsatzentscheidung des EuGH in der Rs. *Polbud*<sup>19</sup> – auch den grenzüberschreitenden Formwechsel im Wege der **isolierten Satzungssitzverlegung**<sup>20</sup>. Der im Zuge des Legislativverfahrens vom EP-Rechtsausschuss unternommene Versuch, das Erfordernis der Ausübung einer „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ („*genuine economic activity*“) auf unbestimmte Zeit einzuführen<sup>21</sup>, ist zum Glück gescheitert; ein solches Erfordernis wäre unvereinbar mit der *Polbud*-Judikatur und klar primärrechtswidrig<sup>22</sup>. Ein grenzüberschreitender Formwechsel im Wege der isolierten Satzungssitzverlegung ist aber freilich nur dann möglich, wenn der Zuzugsstaat für „seine“ Gesellschaften nur einen Satzungssitz im Inland verlangt (wie z.B. Deutschland, vgl. § 4a GmbHG, § 5 AktG); verlangt der Zuzugsstaat hingegen, dass der Verwaltungssitz „seiner“ Gesellschaften in seinem Territorium liegt, so ist ein Formwechsel im Wege der isolierten Satzungssitzverlegung nicht möglich<sup>23</sup>.

16 Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie v. 22.2.2023, BGBl. I Nr. 51.

17 Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 200/2019 zur Änderung des Anhangs XXII (Gesellschaftsrecht) des EWR-Abkommens, ABl. EU Nr. L 298/37 v. 17.11.2022.

18 *J. Schmidt*, NZG 2022, 579 (586).

19 EuGH v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 (*Polbud*).

20 Vgl. zu Art. 86b Nr. 2 GesRRL: *Bayer/J. Schmidt*, BB 2019, 1922 (1927); *J. Schmidt*, ZEuP 2022, 565 (567).

21 Bericht JURI, A8-0002/2019, ErwGr. 7, 22, 27a, 35b, 40, 52; Art. 1a Abs. 17, 86n Abs. 2, 128a Abs. 3 GesR-RL-E-JURI und S. 232. Ähnlich Bundesrat, BR-Drucks. 179/18(B), 1 (Rn. 7).

22 *Bayer/J. Schmidt*, BB 2019, 1922 (1927); *J. Schmidt*, ZEuP 2022, 565 (567); s. ferner auch *J. Schmidt*, ECFR 2019, 222 (233); *Garcimartín/Gandía*, ECFR 2019, 15 (21).

23 *J. Schmidt*, ZEuP 2022, 565 (567); s. ferner auch *Garcimartín/Gandía*, ECFR 2019, 15 (21).

## 5. Generalverweis (§ 333 Abs. 2 UmwG)

Gem. § 333 Abs. 2 UmwG sind auf den grenzüberschreitenden Formwechsel einer Kapitalgesellschaft vorbehaltlich von § 333 Abs. 3 UmwG (Rz. 26 ff.) und § 333 Abs. 4 UmwG (Rz. 29 f.) bestimmte Vorschriften über den nationalen Formwechsel entsprechend anzuwenden, soweit sich aus den §§ 333–345 UmwG nichts anderes ergibt. Dieser **Generalverweis** ist ein zentrales Element der Grundkonzeption, dass die §§ 333–345 UmwG lediglich ergänzende Sonderregelungen enthalten<sup>24</sup>. Zudem zeigt sich hier auch der Gleichlauf mit dem der GesRRL zugrunde liegenden Prinzip der subsidiären Anwendbarkeit des nationalen Rechts (vgl. Art. 86c GesRRL)<sup>25</sup>.

Der Anwendungsbereich des Generalverweises in § 333 Abs. 2 UmwG ist in subjektiver Hinsicht auf **Kapitalgesellschaften i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG** beschränkt. Er gilt also – entsprechend der Regelungskompetenz des deutschen Gesetzgebers (Rz. 8) – nur für **deutsche** Gesellschaften, nämlich die in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG aufgelisteten Rechtsformen der **AG, GmbH** (inklusive des Subtyps der UG, vgl. Einl. I Rz. 64) und **KGaA**. Über Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO gilt er darüber hinaus auch für SE mit Sitz in Deutschland (zur Beteiligung einer SE an grenzüberschreitenden Formwechseln i.S.d. §§ 333 ff. UmwG näher *J. Schmidt* § 334 Rz. 8).

**Verweisungsobjekt** sind nach § 333 Abs. 2 Nr. 1 UmwG zum einen die Vorschriften des Ersten Teils des Fünften Buches, also die allgemeinen Vorschriften über nationale Formwechsel in §§ 190–213 UmwG. Zum anderen sind Verweisungsobjekt nach § 333 Abs. 2 Nr. 2 UmwG aber auch die Vorschriften des Ersten und Dritten Unterabschnitts des Zweiten Abschnitts des Zweiten Teils, also die allgemeinen Vorschriften über den nationalen Formwechsel von Kapitalgesellschaften in §§ 226–227 UmwG sowie die besonderen Vorschriften über den Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform in §§ 238–250 UmwG. Bei der entsprechenden Anwendung der genannten Vorschriften ist stets zu berücksichtigen, dass der grenzüberschreitende Formwechsel – anders als ein nationaler Formwechsel – zweikünftig durchzuführen ist<sup>26</sup>, d.h. es eines Zusammenspiels der beteiligten Rechtsordnungen bedarf.

Die Verweisung steht jedoch ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass sich aus den §§ 333–345 UmwG **„nichts anderes ergibt“**. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn die §§ 333–345 UmwG für einen bestimmten Punkt **ausdrücklich** eine abweichende Sonderregelung enthalten. So enthält z.B. § 337 UmwG eine Sonderregelung zum Formwechselbericht, die *lex specialis* zu den Vorgaben für den Formwechselbericht nach § 192 UmwG ist (*J. Schmidt* § 337 Rz. 9). Ferner bestimmt z.B. § 333 Abs. 4 UmwG, dass § 195 Abs. 2 und § 196 UmwG auf grenzüberschreitende Formwechsel nicht anzuwenden sind (Rz. 29). „Etwas anderes“ kann sich aber gleichermaßen aus dem **Telos** und der **Systematik** der §§ 333–345 UmwG ergeben, speziell im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung<sup>27</sup>.

Zudem gilt die Verweisung explizit nur **vorbehaltlich** der in **Abs. 3 und Abs. 4** getroffenen Sonderregelungen (zu diesen Rz. 26 ff.).

## 6. Besonderheiten in Bezug auf die Nachgründung (§ 333 Abs. 3 Satz 1 und Satz 3 UmwG)

Gem. § 333 Abs. 3 Satz 1 UmwG sind die § 245 Abs. 1 Satz 3 UmwG, § 245 Abs. 2 Satz 3 UmwG und § 245 Abs. 3 Satz 3 UmwG betreffend die Nichtanwendbarkeit der Nachgründungsvorschriften des § 52 AktG im Falle eines grenzüberschreitenden Formwechsels **nicht anwendbar**. Grund ist, dass die genannten Vorschriften auf dem Gedanken beruhen, dass eine nach deutschem Recht gegründete Kapitalgesellschaft bereits die für sie anwendbaren Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften einzuhalten hatte, sodass der Beginn eines erneuten Nachgründungszeitraums gem. § 52 AktG mit der Eintragung der neuen Rechtsform nicht erforderlich ist<sup>28</sup>. Diese Erwägung kann aber nicht schlicht auf den grenzüberschreitenden Formwechsel übertragen werden, da nicht generell gewährleistet ist, dass nach dem Gründungsstatut der jeweiligen Gesellschaft vergleichbare rechtsformspezifische Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften einzuhalten waren<sup>29</sup>.

24 Vgl. zur Parallelproblematik bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung *Bayer/J. Schmidt* § 305 Rz. 31.

25 Vgl. zur Parallelproblematik bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung *Bayer/J. Schmidt* § 305 Rz. 31.

26 BegrRegE UmRUG, BR-Drucks. 371/22, 136.

27 Vgl. zur Parallelproblematik bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung *Bayer/J. Schmidt* § 305 Rz. 34.

28 BegrRegE UmRUG, BR-Drucks. 371/22, 137. Siehe ferner auch *Göthel* § 245 Rz. 64.

29 BegrRegE UmRUG, BR-Drucks. 371/22, 137.

- 27 Etwas anderes gilt jedoch, wenn die formwechselnde Gesellschaft eine in **Anhang I GesRRL genannte Rechtsform** hat, es sich also um eine „Aktiengesellschaft“ nach dem Recht eines anderen EU-/EWR-Mitgliedstaats handelt. Für diese ist nämlich durch Art. 52 GesRRL gewährleistet, dass sie nach ihrem jeweiligen nationalen Recht Nachgründungsvorschriften einhalten müssen. § 333 Abs. 3 Satz 3 UmwG bestimmt deshalb, dass in solchen Fällen **§ 52 AktG mit der Maßgabe** anzuwenden ist, dass an die Stelle des Zeitpunkts der Eintragung der Gesellschaft neuer Rechtsform der Zeitpunkt der Eintragung der formwechselnden Gesellschaft in das für sie zuständige Register tritt. Ein **nach dem Gründungsstatut begonnener Nachgründungszeitraum** wird somit durch den grenzüberschreitenden Formwechsel nicht unterbrochen<sup>30</sup>, sondern der Gesellschaft quasi „angerechnet“. Wenn also z.B. eine französische SA am 30.8.2023 gegründet wurde und am 30.8.2024 ein grenzüberschreitender Formwechsel in eine deutsche AG erfolgt, so wird der Gesellschaft der begonnene Nachgründungszeitraum von einem Jahr angerechnet; der Nachgründungszeitraum endet also bereits am 30.8.2025 (und nicht erst am 30.8.2026).

## 7. Besonderheiten in Bezug auf den Sachgründungsbericht (§ 333 Abs. 3 Satz 2 UmwG)

- 28 Gem. § 333 Abs. 3 Satz 2 UmwG ist **§ 245 Abs. 4 UmwG** nur dann anzuwenden, wenn die formwechselnde Gesellschaft eine in **Anhang I GesRRL genannte Rechtsform** hat, es sich also um eine „Aktiengesellschaft“ nach dem Recht eines anderen EU-/EWR-Mitgliedstaats handelt. Hintergrund ist, dass die durch § 245 Abs. 4 UmwG angeordnete **Nichterforderlichkeit eines Sachgründungsberichts** im Falle eines nationalen Formwechsels einer AG oder KGaA auf eine GmbH auf dem Gedanken beruht, dass die aktienrechtlichen Kapital-schutzvorschriften strenger als diejenigen für die GmbH sind<sup>31</sup>. Auf grenzüberschreitende Formwechsel lässt sich dieser Gedanke aber nur dann übertragen, wenn es sich bei der formwechselnden Gesellschaft um eine in Anhang I GesRRL genannte Rechtsform handelt, denn dann ist durch Art. 49 GesRRL gewährleistet, dass im Falle von Sacheinlagen grundsätzlich eine Prüfung sowie ein Bericht durch einen unabhängigen Sachverständigen erfolgt, sofern nicht eine Ausnahme gem. Art. 50, 51 GesRRL eingreift.

## 8. Kein Anspruch auf Verbesserung des Beteiligungsverhältnisses (§ 333 Abs. 4 UmwG)

- 29 § 333 Abs. 4 UmwG bestimmt, dass **§ 195 Abs. 2 UmwG und § 196 UmwG** betreffend den Anspruch auf Verbesserung des Beteiligungsverhältnisses und den Verweis ins Spruchverfahren bei grenzüberschreitenden Formwechseln **nicht anzuwenden** sind. Hintergrund ist, dass die GesRRL für grenzüberschreitende Formwechsel gerade keinen Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses vorsieht<sup>32</sup>. Es wäre daher unisonrechtswidrig, einen solchen im nationalen Umwandlungsrecht zu gewähren.
- 30 Im Falle eines grenzüberschreitenden Formwechsels können die Anteilshaber die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses folglich gem. **§ 333 Abs. 2 Nr. 1, § 195 Abs. 1 UmwG** im Wege einer Klage gegen den Formwechselbeschluss geltend machen<sup>33</sup>.

# § 334 Formwechselfähige Gesellschaften

**Im Rahmen eines grenzüberschreitenden Formwechsels können formwechselnde Gesellschaften und Gesellschaften neuer Rechtsform Kapitalgesellschaften mit einer in Anhang II zur Richtlinie (EU) 2017/1132 genannten Rechtsform sein, wenn sie**

- 1. nach dem Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum gegründet worden sind und**

30 BegrRegE UmRUG, BR-Drucks. 371/22, 137.

31 BegrRegE UmwG, BT-Drucks. 12/6699, 157; Hörtnagl/Rinke in Schmitt/Hörtnagl, 9. Aufl. 2020, § 245 UmwG Rz. 5.

32 BegrRegE UmRUG, BR-Drucks. 371/22, 137; J. Schmidt, NZG 2022, 579 (584).

33 BegrRegE UmRUG, BR-Drucks. 371/22, 137; Goette, DStR 2023, 157 (159); Schröter/Neubert jurisPR-HaGesR 4/2023 Anm. 1.

# Kommentierung des MgVG

## Teil 1 Allgemeine Vorschriften (§§ 1–5)

### § 1 MgVG Zielsetzung des Gesetzes

(1) Das Gesetz regelt die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) in den Unternehmensorganen der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft. Ziel des Gesetzes ist, die in den an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften erworbenen Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer zu sichern. Diese Rechte sind maßgeblich für die Ausgestaltung der Mitbestimmung in der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft.

(2) Wenn das nationale Recht des Mitgliedstaats, in dem die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat, keinen ausreichenden Schutz zur Sicherung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer gewährt, wird eine Vereinbarung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft getroffen. Kommt es nicht zu einer Vereinbarung, wird die Mitbestimmung der Arbeitnehmer kraft Gesetzes sichergestellt.

(3) Die Vorschriften dieses Gesetzes sowie die nach Absatz 2 zu treffende Vereinbarung sind so auszulegen, dass das Ziel der Europäischen Union, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft sicherzustellen, gefördert wird.

I. Überblick .....	1	IV. Mitbestimmung kraft Vereinbarung oder kraft Gesetzes (§ 1 Abs. 2 MgVG) .....	7
II. Regelungsziel (§ 1 Abs. 1 Satz 1 MgVG) .....	4	V. Grundsätze zur Auslegung (§ 1 Abs. 3 MgVG) .....	8
III. Vorher-Nachher-Prinzip (§ 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 MgVG) .....	5	VI. Streitigkeiten .....	10

**Literatur** *Annuß/Kühn/Rudolph/Rupp*, Europäisches Betriebsräte-Gesetz – EBRG, SEBG, MgVG, SCEBG, 2014; *Borrmann/Stelmaszczyk*, Grenzüberschreitende Spaltungen und Formwechsel nach dem EU-Company Law Package, ZIP 2019, 353; *Brandes*, Mitbestimmungsvermeidung mittels grenzüberschreitender Verschmelzungen, ZIP 2008, 2193; *Breit*, Societas Europaea (SE) und Societas Cooperativa Europaea (SCE) – Bewertung der Rechtsgrundlagen und ihrer Auswirkungen aus der Sicht der Arbeitnehmer deutscher Unternehmen, 2010; *Bungert/Rogier*, Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten für die unternehmerische Mitbestimmung nach dem AÜG-Änderungsgesetz, DB 2016, 3022; *Bungert/Wansleben*, Grenzüberschreitende Spaltungen nach dem Richtlinienentwurf der EU-Kommission, DB 2018, 2094; *Cannistra*, Das Verhandlungsverfahren zur Regelung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei Gründung einer Societas Europaea und bei Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, 2014; *Drinhausen/Keinath*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung inländischer Gesellschaften nach Erlass der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in Europa, RIW 2006, 81; *Drinhausen/Keinath*, Mitbestimmung bei grenzüberschreitender Verschmelzung mitbestimmungsfreier Gesellschaften, AG 2010, 398; *Egel/Grzimek/Schwarzfischer*, Der Zementierungseffekt bei der Mitbestimmung bei Gründung eines SE und grenzüberschreitender Verschmelzung, DB 2011, 1205; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht hrsg. v. Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 23. Aufl. 2023 (zit.: ErfKomm.); *Forst*, Zum Begriff des abhängigen Unternehmens im europäischen Arbeitsrecht, ZESAR 2010, 154; *Forsthoff*, Internationale Verschmelzungsrichtlinie: Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit und Vorwirkung – Handlungszwang für Mitbestimmungsreform, DStR 2006, 613; *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022; *Gaull/Ludwig/Forst* (Hrsg.), Europäisches Mitbestimmungsrecht, 2015; *Grambow*, Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Fragen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen unter Beteiligung einer Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea – SE), Der Konzern 2009, 97; *Grambow*, Auslegung der Auffangregelungen zur Mitbestimmung bei Gründung einer Societas Europaea, BB 2012, 902; *Grambow/Stadler*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Beteiligung einer Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea – SE), BB 2010, 977; *Grobys*, SE-Betriebsrat und Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, NZA 2005, 84; *Guggemos*, Die Unternehmensmitbestimmung und das Anti-Arbeitsrecht, in FS Klebe, 2018, S. 132; *Güntzel*, Die Richtlinie über die Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, 2006; *Habersack*, Grundsatzfragen der Mitbestimmung in SE und SCE sowie bei grenzüberschreitender Verschmelzung, ZHR 171 (2007), 613; *Habersack*, Das Mitbestimmungsstatut der SE: „Ist“ oder „Soll“?, AG 2018, 823; *Habersack*, Sekundärrechtlicher grenzüber-

schreitender Formwechsel ante portas, ZHR 182 (2018), 495; *Habersack/Drinhausen* (Hrsg.), SE-Recht mit grenzüberschreitender Verschmelzung, 3. Aufl. 2022; *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018; *Henssler*, Konzernrechtliche Abhängigkeit im Mitbestimmungsrecht der Europäischen Aktiengesellschaft – Der Abhängigkeitsbegriff im Europäischen Mitbestimmungsrecht, EBRG, SEBG und nationalem AktG, in FS K. Schmidt, 2009, S. 601; *Henssler*, Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Mitbestimmungsrechtliche Reformvorschläge, ZHR 173 (2009), 222; *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 10. Aufl. 2022; *Heuschmid*, Mitbestimmung – Unternehmensmitbestimmung nach der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, AuR 2006, 184; *Jares/Vogt*, Das Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren bei SE-Gründung in der unternehmerischen Praxis, DB 2020, 223; *Kallmeyer*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft – Anmerkungen zum Regierungsentwurf des SE-Beteiligungsgesetzes, ZIP 2004, 1442; *Kiem*, Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Entwicklungsstand, ZHR 173 (2009), 156; *Kolb/Rothenfußer*, Festschreibung des Mitbestimmungsniveaus durch grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus Deutschland und dem Vereinigten Königreich, GmbHR 2014, 130; *Kraft*, Die Europäisierung der deutschen Mitbestimmung durch das SE-Beteiligungsgesetz, 2005; *Krause*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, BB 2005, 1221; *Krause/Janko*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Arbeitnehmermitbestimmung, BB 2007, 2194; *Kurzböck/Weinbeck*, Societas Europaea – Dauerhafte Zementierung eines rechtswidrigen Mitbestimmungsstatus durch Umwandlung?, BB 2019, 244; *Lunk/Hinrichs*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem MgVG, NZA 2007, 773; *Lutter/Hommelhoff/Teichmann* (Hrsg.), SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015; *Luy*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem Company Law Package, NJW 2019, 1905; *Morgenroth/Salzmann*, Grenzüberschreitende Umwandlungen in der EU und unternehmerische Mitbestimmung, NZA-RR 2013, 449; *Mücl*, Mitbestimmung bei Gründung einer Societas Europaea (SE) – „Sein“ oder Sollen?, BB 2018, 2868; *Mücl/Götte*, Unternehmensmitbestimmung und grenzüberschreitende Unternehmensmobilität – Mitbestimmungsrecht im Vorschlag für eine Richtlinie in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, BB 2018, 2036; *Müller-Bonanni/Jenner*, Unternehmensmitbestimmung bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Spaltungen und Verschmelzungen – Der Referentenentwurf zum MgFSG, AG 2022, 457; *Müller-Bonanni/Müntefering*, Arbeitnehmerbeteiligung bei SE-Gründung und grenzüberschreitender Verschmelzung im Vergleich, BB 2009, 1699; *Müller-Bonanni/Müntefering*, Grenzüberschreitende Verschmelzung ohne Arbeitnehmerbeteiligung? – Praxisfragen zum Anwendungsbereich und Beteiligungsverfahren des MgVG, NJW 2009, 2347; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht hrsg. v. Kiel/Lunk/Oetker, 5. Aufl. 2021/2022 (zit.: MHdB ArbR); *Nagel*, Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, NZG 2006, 97; *Nagel*, Das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen (MgVG), NZG 2007, 57; *Nagel/Preis/Kleinsorge*, SEBG, SCEBG, MgVG – Beteiligung der Arbeitnehmer im Unternehmen auf der Grundlage des europäischen Rechts, 3. Aufl. 2018; *Nikoleyczik/Führ*, Mitbestimmungsgestaltung im grenzüberschreitenden Konzern – Unter besonderer Berücksichtigung der SE und grenzüberschreitender Verschmelzungen, DStR 2010, 1743; *Noack/Kraft*, Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität – der Richtlinienvorschlag im Company Law Package, DB 2018, 1577; *Nomos* Kommentar – Europäische Aktiengesellschaft SE hrsg. v. Manz/Mayer/Schröder, 3. Aufl. 2019 (zit.: NK-SE); *Nomos* Kommentar – Gesamtes Arbeitsrecht hrsg. v. Boecken/Düwell/Diller/Hanau, 2. Aufl. 2023 (zit.: NK-GA); *Oetker*, Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) im Überblick, ZESAR 2005, 3; *Preis/Sagan* (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019; *Pütz*, Die Unternehmensmitbestimmung nach dem „Company Law Package“ der EU – Erste Überlegungen zur Umsetzung der neugefassten Mobilitäts-Richtlinie (EU) 2017/1132 in das deutsche Recht, AG 2020, 117; *Rieble*, SE-Mitbestimmungsvereinbarung: Verfahren, Fehlerquellen und Rechtsschutz, in Rieble/Junker (Hrsg.), Vereinbarte Mitbestimmung in der SE, 2008, S. 73; *Roßmann*, Unternehmensmitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzungen in der Europäischen Union, 2012; *Sagan*, Missbrauch der Europäischen Aktiengesellschaft, in Bieder/Hartmann (Hrsg.), Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2012, S. 171; *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021 (zit.: Schaub, ArbR-HdB); *Scheibe*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE unter besonderer Berücksichtigung des monistischen Systems, 2007; *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2. Aufl. 2021; *J. Schmidt*, EU Company Law Package, Der Konzern 2018, 273; *C. Schubert*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitender Verschmelzung, RdA 2007, 9; *C. Schubert*, Wegfall der Mehrstaatlichkeit der SE und deren Auswirkungen auf die Arbeitnehmerbeteiligung, AG 2020, 205; *Schwarz*, SE-VO – Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – Kommentar, 2006; *Seibt*, Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats in der SE, ZIP 2010, 1057; *Selent*, Die Mitbestimmung nach dem Company Law Package aus Perspektive des deutschen Kompromissvorschlags zur europäischen Mitbestimmung, NZG 2018, 1171; *Teichmann*, Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung, Der Konzern 2007, 89; *Teichmann*, Grundlinien eines europäischen Umwandlungsrechts – Das „EU-Company Law Package 2018“, NZG 2019, 241; *Teichmann*, Der „Zankapfel“ unternehmerische Mitbestimmung im Entstehungsprozess der Mobilitätsrichtlinie 2019, in FS Windbichler, 2021, S. 395; *Thüsing*, SE-Betriebsrat kraft Vereinbarung – Grundlagen und Grenzen des Verhandlungsmandats nach § 21 SEBG, ZIP 2006, 1469; *Trost*, Mitbestimmungsgestaltung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, 2016; *Van Hulle/Maul/Drinhausen* (Hrsg.), Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), 2. Aufl. 2022; *Weng*, Zulässigkeit und Durchführung grenzüberschreitender Verschmelzungen, 2008; *Wicke*, Optionen und Komplikationen bei der Umsetzung des Richtlinienvorschlags zum grenzüberschreitenden Formwechsel (Teil II), DStR 2018, 2703; *Winter*, Planung und Vorbereitung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung – Gesellschafts-, steuer- und mitbestimmungsrechtliche Rahmenbedingungen, Der Konzern 2007, 24; *Wisskirchen/Prinz*, Das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE), DB 2004, 2638; *Ziegler/Gey*, Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat der Europäischen Gesellschaft (SE) im Vergleich zum Mitbestimmungsgesetz, BB 2009, 1750.

## I. Überblick

Das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (**MgVG**) schaut auf eine unionsrechtliche Vorgeschichte zurück. Im Dezember 2005 hat der EuGH in der Rs. *Sevic Systems* entschieden, dass es mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) unvereinbar ist, wenn das nationale Recht zwar die Verschmelzung inländischer Gesellschaften zulässt, dies aber generell verweigert, wenn eine der beteiligten Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat<sup>1</sup>. Dabei erkannte der EuGH an, dass der Schutz der Interessen von Arbeitnehmern als zwingender Grund des Allgemeininteresses die Niederlassungsfreiheit beschränkende Maßnahmen rechtfertigen könne; der vollständige Ausschluss grenzüberschreitender Verschmelzung sei zu diesem Zweck jedoch nicht erforderlich<sup>2</sup>. Schon kurze Zeit zuvor hatte die damalige EG die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten erlassen, die von den Mitgliedstaaten bis zum Dezember 2007 umzusetzen gewesen ist<sup>3</sup>. **Art. 16 RL 2005/56/EG** regelte die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung. Danach sollte im Grundsatz das Recht zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer desjenigen Mitgliedstaates Anwendung finden, in dem die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat (Art. 16 Abs. 1 RL 2005/56/EG). In bestimmten Ausnahmefällen sollte der Sache nach das Mitbestimmungsregime der SE-RL Anwendung finden, das in Art. 16 Abs. 2–7 RL 2005/56/EG mannigfaltigen Änderungen und Ergänzungen unterworfen wurde. Insoweit blieb es bei der aus dem SE-Recht bekannten Dichotomie von vorrangiger Verhandlungslösung und subsidiär anwendbarer Auffanglösung. In Umsetzung von Art. 16 RL 2005/56/EG<sup>4</sup> trat am 29.12.2006 das MgVG in Kraft<sup>5</sup>, das – unionsrechtlich vorgegeben – weitgehende Übereinstimmungen mit dem SEBG aufweist.

Im Jahr 2017 erließ die EU die ursprüngliche GesRRL, die unter anderem die unionsrechtlichen Vorschriften zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen auf eine neue Rechtsgrundlage stellte und im Gegenzug die ältere Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG aufhob (Art. 166 GesRRL). Für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung traten keine Änderungen ein. Der vormalige Art. 16 RL 2005/56/EG wurde zunächst inhaltsgleich in **Art. 133 GesRRL** fortgeführt. Änderungen erfolgten mit der als Teil des Company Law Packages verabschiedeten RL (EU) 2019/2121, die insbesondere die sog. Vier-Fünftel-Regel für das Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren einführte (Art. 133 Abs. 2 GesRRL; vgl. § 5 MgVG Rz. 5 ff.), die Schutzfrist bei nachfolgenden innerstaatlichen Umwandlungen von drei auf vier Jahre ausdehnte (vgl. § 30 MgVG Rz. 1 und 6) und eine neue Pflicht zur Mitteilung über die etwaige Aufnahme von Verhandlungen sowie deren Ergebnis schuf (Art. 133 Abs. 8 GesRRL; vgl. § 19a MgVG Rz. 1 ff.). An diese europäischen Vorgaben hat der deutsche Gesetzgeber das MgVG mit einer zum 31.1.2023 in Kraft getretenen Gesetzesreform angepasst<sup>6</sup>.

Aufgrund der Verweisungen in Art. 133 Abs. 3 GesRRL auf die SE-RL stimmt das MgVG in erheblichem Umfang mit dem SEBG überein<sup>7</sup>. Die wesentlichen **Unterschiede zum SEBG** sind<sup>8</sup>:

- Das SEBG regelt die Beteiligung der Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 8 und 9 SEBG) und fasst hierunter einerseits die „betriebsverfassungsrechtliche“ **Unterrichtung und Anhörung** (§ 2 Abs. 10 und 11 SEBG), insbesondere des SE-Betriebsrats, sowie andererseits die unternehmerische Mitbestimmung im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE (§ 2 Abs. 12 SEBG). Das MgVG beschränkt sich auf die unternehmerische Mitbestimmung (§ 2 Abs. 7 MgVG).
- Nach § 4 MgVG findet grundsätzlich das Mitbestimmungsrecht des Mitgliedstaates Anwendung, in dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat; sog. **Sitzstaatsprinzip**. Im Gegensatz zur SE ist die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens normativ nicht der Regel-, sondern der in § 5 MgVG geregelte Ausnahmefall.

1 EuGH v. 13.12.2005 – C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762, AG 2006, 80 = NJW 2006, 425 Rz. 31 (*Sevic Systems*).

2 EuGH v. 13.12.2005 – C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762, AG 2006, 80 = NJW 2006, 425 Rz. 28 ff. (*Sevic Systems*).

3 ABl. EU Nr. L 310 v. 25.11.2005, S. 1; berichtigt ABl. EU Nr. L 28 v. 1.2.2008, S. 40.

4 BT-Drucks. 16/2922, S. 15.

5 BGBl. I 2006, 3332.

6 BGBl. 2023 I Nr. 10 v. 4.1.2023; s. auch BT-Drucks. 20/3822, S. 30.

7 Rechtsprechung und Literatur zum Recht der SE werden im Folgenden sinngemäß zum Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung zitiert.

8 Dazu aus der Handbuch- und Kommentarliteratur *Annuß/Rudolph* in Van Hulle/Maul/Drinhausen, § 14 Rz. 337 ff.; *Habersack* in Habersack/Henssler, Einl. MgVG Rz. 21 ff.; *Jacobs* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, Vor SEBG Rz. 56 ff.; *Kleinsorge* in Nagel/Freis/Kleinsorge, Einf. MgVG Rz. 18 ff. und 48 ff.; *Thüsing/Forst* in Habersack/Drinhausen, Einl. MgVG Rz. 29; aus der Aufsatzliteratur *Brandes*, ZIP 2008, 2193; *Habersack*, ZHR 171 (2007), 613; *Müller-Bonanni/Müntefering*, BB 2009, 1699; *Nagel*, NZG 2006, 97; *C. Schubert*, RdA 2007, 9; *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89.

- Das Sitzstaatsrecht gilt im Fall des § 4 MgVG **dynamisch**, so dass etwa eine Gesellschaft, die aus der Verschmelzung mitbestimmungsfreier Gesellschaften hervorgegangen ist, im Laufe der Zeit in die Mitbestimmung „hineinwachsen“ kann, indem sie die Schwellenwerte des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 1 Abs. 1 DrittelbG überschreitet. Bei einer mitbestimmungsfrei gegründeten SE kommt die nachträgliche Einführung der Mitbestimmung typischerweise nur im Fall einer strukturellen Änderung nach Maßgabe des § 18 Abs. 3 SEBG in Betracht.
- Die Leitungen der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften haben nach § 15 Abs. 3 MgVG das Recht, sich **ohne vorhergehende Verhandlungen** mit der Arbeitnehmerseite für die Anwendung der Mitbestimmung kraft Gesetzes nach den §§ 23 ff. MgVG zu entscheiden. Eine entsprechende Befugnis ist im SEBG nicht vorgesehen.
- Trifft das bVG einen sog. **Nichtverhandlungsbeschluss** nach § 16 Abs. 1 SEBG, findet gem. § 16 Abs. 2 Satz 2 SEBG die Mitbestimmung kraft Gesetzes keine Anwendung. Im Fall des § 18 MgVG richtet sich die Mitbestimmung bei einem entsprechenden Beschluss hingegen nach dem Recht, in dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz haben wird. Die in § 18 Abs. 1 SEBG vorgesehene Wiederaufnahme der Verhandlungen nach einem Nichtverhandlungsbeschluss findet im MgVG keine Entsprechung.
- Eher eine Detailfrage ist, dass die Geltung der Mitbestimmung kraft Gesetzes ohne Beschluss des bVG nach § 34 Abs. 1 Nr. 2 SEBG – vereinfacht formuliert – eine „**Mitbestimmungsquote**“ von 25 %, nach § 23 Abs. 1 Satz 2 MgVG jedoch von 33 % voraussetzt.
- § 43 Satz 1 SEBG verbietet den **Missbrauch** einer SE, um Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten. Eine solche Regelung findet sich im MgVG nicht. Es enthält lediglich Sonderbestimmungen zu nachfolgenden innerstaatlichen Umwandlungen in § 30 MgVG und nachfolgenden grenzüberschreitenden Verschmelzungen in § 30a MgVG. Auch bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen gilt allerdings das Verbot des Missbrauchs von Unionsrechten als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts (vgl. § 30 MgVG Rz. 3).

## II. Regelungsziel (§ 1 Abs. 1 Satz 1 MgVG)

- 4 Mit lediglich deklaratorischer Wirkung stellt § 1 Abs. 1 Satz 1 MgVG fest, dass das MgVG die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft regelt. Der Gesetzgeber formuliert sein subjektives **Regelungsziel**, mit dem MgVG die Vorgaben des Art. 133 GesRRL in deutsches Recht umzusetzen. Der Geltungsbereich des Gesetzes ergibt sich aus § 3 Abs. 1 MgVG (vgl. § 3 MgVG Rz. 1).

## III. Vorher-Nachher-Prinzip (§ 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 MgVG)

- 5 § 1 Abs. 1 Satz 2 MgVG spiegelt das in ErwGr. 18 Satz 1 SE-RL niedergelegte Ziel wider, die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in den an der grenzüberschreitenden Verschmelzung unmittelbar beteiligten Gesellschaften (§ 2 Abs. 2 MgVG) zu sichern. Im Gegensatz zum bloßen Erwägungsgrund einer Richtlinie handelt es sich um eine verbindliche **Zielvorgabe**, die jedoch nur in den vom Unionsrecht und vom MgVG gesteckten Rahmen zu verwirklichen ist. Maßgeblich ist insoweit das sog. **Vorher-Nachher-Prinzip**, das ErwGr. 18 Satz 2 SE-RL formuliert. § 1 Abs. 1 Satz 3 MgVG greift dies auf, indem er bestimmt, dass die vor der Verschmelzung in den beteiligten Gesellschaften bestehenden Mitbestimmungsrechte für die Ausgestaltung der Mitbestimmung in der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft maßgeblich sind. In diesem Sinne stellen verschiedene Vorschriften des MgVG auf die vor der Verschmelzung bestehenden Mitbestimmungsrechte ab. Nach diesen Rechten richten sich (1) die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens im Fall des § 5 Nr. 2 MgVG, (2) die Minderung von Mitbestimmungsrechten nach § 17 Abs. 3 und 4 MgVG, (3) die Anwendung der Mitbestimmung kraft Gesetzes nach § 23 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 MgVG sowie (4) deren Umfang nach § 24 Abs. 1 Satz 2 MgVG.
- 6 Keine Einigkeit herrscht darüber, welches Mitbestimmungsregime dem Vorher-Nachher-Vergleich zugrunde zu legen ist. Entscheidend kann entweder die Mitbestimmung sein, die nach den jeweils einschlägigen Mitbestimmungsgesetzen rechtlich geboten ist (**Soll-Zustand**)<sup>9</sup>, oder die Mitbestimmung, die aufgrund eines

---

9 *Thüsing/Forst* in Habersack/Drinhausen, Einl. MgVG Rz. 17; zur SE OLG Frankfurt a.M. v. 27.8.2018 – 21 W 29/18, NZG 2018, 1254 Rz. 21 ff. =AG 2019, 252 (§ 35 Abs. 1 SEBG); OLG München v. 26.3.2020 – 31 Wx 278/18,