

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

STEFAN SIMON, DANIEL RUBNER

DIE UMSETZUNG DER RICHTLINIE ÜBER
GRENZÜBERSCHREITENDE VERSCHMELZUNGEN
INS DEUTSCHE RECHT



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT

WORKING PAPER SERIES No. 53



PROF. DR. THEODOR BAUMS
PROF. DR. ANDREAS CAHN

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT

SENCKENBERGANLAGE 31

D-60054 FRANKFURT AM MAIN

TEL: +49 (0)69 / 798-28941

FAX: +49 (0)69 / 798-29018

(INTERNET: [HTTP://WWW.ILF-FRANKFURT.DE](http://www.ilf-frankfurt.de))

Stefan Simon, Daniel Rubner

**Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen
ins deutsche Recht**

Institute for Law and Finance

WORKING PAPER SERIES NO. 53

11/ 2006

Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht*

Von Rechtsanwalt/Steuerberater Dr. *Stefan Simon* und Rechtsanwalt Dr. *Daniel Rubner*,
Bonn**

I. Rechtlicher Rahmen

Wird das bisherige Tempo des Gesetzgebungsverfahrens beibehalten, so dürfte Deutschland eines der ersten Länder sein, das die EU-Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen¹ (im Folgenden IntVRiL) in nationales Recht umsetzt. Geplant ist, dass das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes bereits zum März 2007 in Kraft tritt. Da bis zur Beschlussfassung im Deutschen Bundestag keine wesentlichen Änderungen am Regierungsentwurf vom 12. Oktober 2006² mehr zu erwarten sind, soll im Folgenden überblicksartig dargestellt werden, wie sich eine grenzüberschreitende Verschmelzung in der Praxis voraussichtlich darstellen wird.

Der folgende Beitrag konzentriert sich auf die gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen. Auf eine eingehende Darstellung der steuerrechtlichen und arbeitsrechtlichen Implikationen, die eine grenzüberschreitende Verschmelzung mit sich bringt, soll hier verzichtet werden. Insoweit sind vor allem die umfangreichen Neuregelungen durch das SEStEG³ und die an die Regelungen bei der SE angelehnten Vorschriften zum Mitbestimmungsrecht in dem Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG)⁴ zu beachten.

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag anlässlich der 4. ILF-Konferenz des Institute for Law and Finance der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main zum Thema Grenzüberschreitende Umstrukturierungen am 9. November 2006.

** Dr. *Stefan Simon* ist Partner, Dr. *Daniel Rubner* Mitarbeiter der Sozietät Flick Gocke Schaumburg.

¹ RL 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten (ABl. Nr. L 310 vom 25.11.2005, S. 1).

² BT-Drucks. 16/2919.

³ BR-Drucks. 836/06; der Bundesrat hat dem SEStEG in seiner 828. Sitzung am 24.10.2006 zugestimmt, vgl. Plenarprotokoll, S. 362; zum SEStEG: *Rödter/Schumacher*, DStR 2006, 1481 (Teil I) und 1525 (Teil II).

⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 12.10.2006, BT-Drucks. 16/2922.

II. Problemschwerpunkte der §§ 122 a ff. UmwG-E

1. Systematik

Durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes (2. UmwG-ÄndG) wird kein völlig eigenständiges Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung geschaffen. Vielmehr beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, die Besonderheiten transnationaler Umwandlungsvorgänge in enger Anlehnung an den Text der Richtlinie zu regeln, im Übrigen aber die im Umwandlungsgesetz erprobte Verweisungstechnik beizubehalten.

Grenzüberschreitend ist eine Verschmelzung dann, wenn mindestens ein Rechtsträger einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum angehört, § 122a Abs. 1 UmwG-E. Daraus folgt zugleich, dass im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung naturgemäß nicht nur die §§ 122a ff. UmwG bzw. die sonstigen einschlägigen Vorschriften des deutschen Umwandlungsrechts zu beachten sind, sondern auch die entsprechenden nationalen Regelungen der Staaten, denen die anderen an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger angehören. Die IntVRiL bringt mithin kein Ende der sog. Vereinigungstheorie⁵ mit sich, sondern verankert sie positiv-rechtlich⁶; dies schon deshalb, weil sie ihre Grundlage in international-privatrechtlichen Grundsätzen findet.⁷ Gleichwohl bringt die IntVRiL und ihre Umsetzung in nationales Recht erhebliche Erleichterungen mit sich. Nicht nur wird gesetzlich klargestellt, dass sowohl die Herein- wie auch die Hinausverschmelzung möglich ist.⁸ Es werden auch einheitliche Standards für die grenzüberschreitende Verschmelzung geschaffen, die ihrerseits auf dem geltenden Verschmelzungsrecht und der Verschmelzungsrichtlinie vom 9. Oktober 1978⁹ fußen. Die

⁵ Nach der Vereinigungstheorie sind im Falle einer Verschmelzung über die Grenzen hinweg die Rechte der betroffenen Staaten gleichsam kumulativ anzuwenden, im Falle etwaiger Widersprüchlichkeit kommt das strengere Recht zur Geltung; dazu: *Kindler*, in: MüKo-BGB, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 848 ff.; *Geyrhalter/Weber*, DStR 2006, 146 f.; *Kallmeyer/Kappes*, AG 2006, 224, 230; *Koppensteiner*, Der Konzern 2006, 40, 43 f.; *Spahlinger/Wegen*, NZG 2006, 721 f.

⁶ *Leible/Hoffmann*, RIW 2006, 161, 167.

⁷ Siehe dazu nur Art. 5 bzw. Art. 10b „Vorschlag des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht für eine Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/nationaler Ebene“; dazu: *Kindler*, Der Konzern 2006, ### (in diesem Heft).

⁸ Zur Streitfrage vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit vgl. *Schön*, in: FS Lutter, 2000, S. 685, 702 f.; *Zimmer*, BB 2003, 1, 2; *Drygala*, ZIP 2005, 1995, 1997.

⁹ Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (ABl. Nr. L 295 vom 20.10.1978, S. 36).

Erleichterungen wirken sich auf beiden Ebenen der Vereinigungstheorie aus: Zum einen wird es künftig weniger aufwendig sein, mehrere nationale Verschmelzungsrechte kumulativ zu berücksichtigen, weil diese (weitgehend) vereinheitlicht sind. Damit wird gleichzeitig die subsidiäre Anwendung des strengeren Rechts im Falle widersprüchlicher Regelungen deutlich reduziert.

2. Verschmelzungsfähige Rechtsträger (§ 122b UmwG-E)

Sowohl von der IntVRiL als auch von den Neuregelungen des 2. UmwG-ÄndG werden lediglich Kapitalgesellschaften umfasst. Welche Rechtsformen im Einzelnen als Kapitalgesellschaften anzusehen sind, regelt Art. 2 Nr. 1 IntVRiL i.V.m. Art. 1 der sog. Transparenzrichtlinie¹⁰.

a. Nationale Kapitalgesellschaften

In Deutschland fallen unter den Begriff der Kapitalgesellschaft uneingeschränkt die AG, die GmbH und die KGaA. Von der durch Art. 3 Abs. 2 IntVRiL eröffneten Möglichkeit, Genossenschaften, auch soweit sie unter die Definition des Begriffs „Kapitalgesellschaft“ im Sinne von Art. 2 Nr. 1 IntVRiL fallen, von dem Anwendungsbereich der grenzüberschreitenden Verschmelzungsvorschriften auszunehmen, hat der deutsche Gesetzgeber durch § 122b Abs. 2 Nr. 1 UmwG-E Gebrauch gemacht. Auch Gesellschaften für gemeinsame Kapitalanlagen nach dem Prinzip der Risikostreuung, d.h. insbesondere Kapitalanlagegesellschaften i.S.d. § 1 KAGG, sind ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgenommen, § 122b Abs. 2 Nr. 2 UmwG-E.¹¹

¹⁰ Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Abs. 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (ABl. Nr. L 65 vom 14.3.1968, S. 8).

¹¹ Anders als es die Regierungsbegründung vermuten lässt (BT-Drucks. 16/2919, S. 30 f.), beschränken weder Art. 3 Abs. 3 IntVRiL noch der Text des § 122b Abs. 2 Nr. 2 UmwG-E diese Ausnahme auf Gesellschaften i.S.d. Richtlinie 85/611/EWG, also auf sog. Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW). Vielmehr sind nach dem Wortlaut des Gesetzes neben Kapitalanlagegesellschaften, die Wertpapiersondervermögen verwalten (§§ 8 ff. KAGG), auch solche aus dem Kreis der international verschmelzungsfähigen Rechtsträger ausgenommen, die andere Sondervermögensformen verwalten, z.B. Beteiligungssondervermögen (§§ 25a ff. KAGG) oder Grundstückssondervermögen, d.h. offene Immobilienfonds (§§ 26 ff. KAGG).

b. SE

Auf deutscher Seite können grundsätzlich auch Europäische Aktiengesellschaften (SE) als übernehmende oder übertragende Rechtsträger beteiligt sein.¹² Insoweit ist freilich ungeklärt, ob sich eine SE umfassend, d.h. wie eine Aktiengesellschaft, an Umwandlungsvorgängen beteiligen kann oder ob auch für Verschmelzungen die SE-VO abschließend ist. Diese Frage stellt sich insbesondere für die Verschmelzung nationaler Kapitalgesellschaften zur Neugründung einer SE. Art. 2 Abs. 1 SE-VO sieht als einen der möglichen Gründungsvorgänge für eine SE ausdrücklich den Fall der Verschmelzung von Aktiengesellschaften aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten vor. Da der Katalog der SE-Gründungsvorgänge als abschließend konzipiert war¹³, kann zur Neugründung einer SE nicht auf die Vorschriften der §§ 122a ff. UmwG-E zurückgegriffen werden.¹⁴ Auch die Verschmelzung zweier SE aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten dürfte sich nicht nach §§ 122a ff. UmwG-E, sondern ausschließlich nach Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 17 ff. SE-VO richten.¹⁵

Bedenken werden auch gegenüber der Anwendbarkeit der neuen Vorschriften hinsichtlich von Verschmelzungen nationaler Kapitalgesellschaften auf bestehende SE in einem anderen Mitgliedstaat geltend gemacht: Auch insoweit soll die SE-VO abschließend sein, mit der Folge, dass etwa eine nationale AG nur unter Beachtung der Vorschriften der SE-VO, eine nationale GmbH hingegen überhaupt nicht auf eine SE verschmolzen werden kann.¹⁶ Dem ist jedoch zu entgegnen, dass die SE-VO insoweit gerade keine besonderen Regeln enthält, mithin die SE gemäß Art. 10 SE-VO wie eine nationale Aktiengesellschaft zu behandeln ist und daher übernehmender Rechtsträger sein kann.¹⁷ Das gilt auch, soweit der übertragende Rechtsträger keine AG ist, denn hier geht es nicht um die Neugründung einer SE, sondern um die Verschmelzung auf eine bereits bestehende Gesellschaft.¹⁸

Problematisch erscheint dagegen der umgekehrte Fall, eine im EU-Ausland ansässige SE auf eine deutsche AG oder gar GmbH zu verschmelzen. Dagegen könnte sprechen, dass

¹² Begr. RegE v. 12.10.2006, BT-Drucks. 16/2919, S. 31; *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725, 726; *Bayer/Schmidt*, NJW 2006, 401.

¹³ *Schwarz*, SE-VO, 2006, Art. 2 Rn. 10; *Hommelhoff*, AG 2001, 271, 280.

¹⁴ *Louven*, ZIP 2006, 2021, 2024; *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725, 726.

¹⁵ *Louven*, ZIP 2006, 2021, 2024; *Oechsler*, NZG 2006, 161, 162.

¹⁶ Vgl. *Louven*, ZIP 2006, 2021, 2024; *Bayer/Schmidt*, NJW 2006, 401, Fn. 8.

¹⁷ I.E. ebenso *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725, 726.

¹⁸ Vgl. für den Fall der Verschmelzung nationaler Kapitalgesellschaften auf eine im selben Staat ansässige SE auch *Kallmeyer*, AG 2003, 197, 199.

Art. 66 SE-VO für den Formwechsel einer SE lediglich die Möglichkeit einer Umwandlung in eine nationale AG und insoweit zudem eine zweijährige Sperrfrist vorsieht (Art. 66 Abs. 1 Satz 2 SE-VO). Diese Beschränkungen könnten leicht umgangen werden, wenn man statt auf einen Formwechsel nach SE-VO auf eine Verschmelzung nach §§ 122a ff. UmwG-E zurückgreift. Eine Verschmelzung der SE auf nationale Aktiengesellschaften wird daher wohl nur dann zulässig sein, wenn insoweit die Sperrfrist des Art. 66 Abs. 1 Satz 2 SE-VO analog herangezogen wird.¹⁹ Entsprechendes müsste – sofern überhaupt zulässig – für eine Verschmelzung der SE auf eine nationale GmbH gelten.²⁰

3. Verschmelzungsplan (§ 122 c UmwG-E)

a. Form

Abweichend vom Grundkonzept der Verweisungstechnik im Umwandlungsgesetz regelt § 122c UmwG-E eigenständig den Mindestinhalt des sog. Verschmelzungsplans. Der Verschmelzungsplan entspricht dem Verschmelzungsvertrag bei nationalen Verschmelzungsvorgängen (§ 5 UmwG). Letztlich bedeutet der Begriff der Aufstellung des Verschmelzungsplans (§ 122c Abs. 1 UmwG-E) nichts anderes als den Vertragsschluss im nationalen Umwandlungsrecht. Auch die Anforderungen an seinen Inhalt sind weitgehend deckungsgleich mit denen des § 5 UmwG. Der Gesetzgeber hat jedoch „zur Vermeidung von Unklarheiten“ alle von der IntVRiL geforderten Angaben nochmals einzeln festgeschrieben.²¹ Im Sinne einer EU-weiten Kongruenz ist diese Regelungstechnik zu begrüßen. Denn vor dem Hintergrund der Vereinigungstheorie bestünde sonst die Gefahr, dass die beteiligten Rechtsordnungen (wenn auch nur im Detail) abweichende Regelungen formulieren.

Wie der Verschmelzungsvertrag des nationalen Umwandlungsrechts, so muss auch der Verschmelzungsplan notariell beurkundet werden, § 122c Abs. 4 UmwG-E.²² Wenn und soweit auch die auf die anderen beteiligten Rechtsträger anwendbaren einzelstaatlichen

¹⁹ So für die innerstaatliche Verschmelzung einer SE auf eine nationale Kapitalgesellschaft auch *Schwarz*, SE-VO, Art. 3 Rn. 35.

²⁰ *Louven*, ZIP 2006, 2021, 2024.

²¹ Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 33; kritisch zu dieser Gesetzgebungstechnik *Bayer/Schmidt*, NZG 2006, 841, 842.

²² Auch diese Regelung halten *Bayer/Schmidt*, NZG 2006, 841, 842, für überflüssig, da sich das entsprechende Erfordernis bereits aus § 122a Abs. 2 UmwG-E i.V.m. § 5 UmwG ergebe.

Vorschriften eine notarielle Beurkundung des Verschmelzungsplans vorsehen (was durch die IntVRiL keineswegs zwingend vorgegeben ist), kann an eine einheitliche notarielle Beurkundung für alle beteiligten Rechtsträger gedacht werden. Dies kann auch durch einen ausländischen Notar erfolgen. Allerdings gilt auch für die grenzüberschreitende Verschmelzung, dass eine Auslandsbeurkundung nur anerkannt wird, wenn sie der deutschen gleichwertig ist.²³ Ist dies nicht der Fall und erkennt die ausländische Rechtsordnung ihrerseits die deutsche Beurkundung nicht als der eigenen gleichwertig an, müssen mehrfache Beurkundungen erfolgen. Auch dies ist letztlich Ausfluss der Vereinigungstheorie.

b. Information über Arbeitnehmerrechte

Der Verschmelzungsplan ist – anders als der Verschmelzungsvertrag nach nationalem Umwandlungsrecht, § 5 Abs. 3 UmwG – nicht dem Betriebsrat zuzuleiten. Statt dessen erfolgt bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen eine Zuleitung des Verschmelzungsberichts, § 122e Satz 2 UmwG-E. Dies erklärt sich daraus, dass die mit dem Verschmelzungsvertrag im nationalen Verschmelzungsfall verbundene Informationsfunktion²⁴ hier durch den Verschmelzungsbericht ausgefüllt wird. Dementsprechend ist auch § 122c Abs. 2 Nr. 4 UmwG-E, wonach der Verschmelzungsplan die voraussichtlichen Auswirkungen der Verschmelzung auf die Beschäftigung enthalten muss, trotz des insoweit ähnlichen Wortlauts abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG zu verstehen: Es sind nur solche beschäftigungsbezogenen Informationen in den Verschmelzungsplan aufzunehmen, die für die Anteilseigner relevant sind.²⁵ Für die Gesellschafter regelmäßig interessant sind insbesondere die aktuellen und erwarteten Mitarbeiterzahlen, künftige Mitbestimmungsregeln und mit einem etwaigen Arbeitsplatzabbau verbundene Kosten.

Bedingt durch die umfangreichen Regelungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer, die der Entwurf des MgVG in Umsetzung von Art. 16 IntVRiL enthält, bestimmt § 122c Abs. 2 Nr. 10 UmwG-E, dass der Verschmelzungsplan ggf. auch Angaben zu dem Verfahren enthalten muss, nach dem die Einzelheiten über die Beteiligung der Arbeitnehmer an der Festlegung ihrer Mitbestimmungsrechte in der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft geregelt werden.

²³ BGHZ 80, 76, 78; Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 31.

²⁴ Zur systematischen Kritik hieran statt aller: *Lutter/Drygala*, in: Lutter, UmwG, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 50.

²⁵ So auch *Vetter*, AG 2006, 613, 619 f.

Auch insoweit hat der Verschmelzungsplan allein die beteiligten Gesellschaften und Gesellschafter als Adressaten.

Freilich ist die Frage der künftigen Arbeitnehmer-Mitbestimmung auch für die Gesellschafter von derart zentraler Bedeutung, dass sich die Vertretungsorgane der beteiligten Gesellschaften hier nicht auf die Wiedergabe der abstrakten Gesetzeslage oder grober Umschreibungen des Verfahrens beschränken können. Soweit noch keine Ergebnisse der Verhandlungen mit den Arbeitnehmern vorliegen, kann von den Vertretungsorganen der beteiligten Gesellschaften naturgemäß nicht verlangt werden, konkrete Angaben zur künftigen Mitbestimmungsstruktur im übernehmenden bzw. neuen Rechtsträger zu machen. Die Anteilseigner haben es dann in der Hand, dem Verschmelzungsplan uneingeschränkt zuzustimmen und dabei in Kauf zu nehmen, dass in den Verhandlungen zwischen den Unternehmensleitungen und dem sog. besonderen Verhandlungsgremium (vgl. § 6 ff. MgVG) keine oder eine aus Sicht der Anteilsinhaber ungünstige Mitbestimmungsvereinbarung getroffen wird.²⁶ Allerdings können sie auch die Zustimmung zum Verschmelzungsplan nach § 122g Abs. 1 UmwG-E unter den Vorbehalt einer Bestätigung stellen.

Sedes materiae der Arbeitnehmerinformation bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen ist nach dem Gesagten nicht der Verschmelzungsplan, sondern der Verschmelzungsbericht. Entsprechende Erläuterungen sind daher über den nach § 8 UmwG vorgeschriebenen Inhalt hinaus aufzunehmen, § 122e UmwG-E. Der Verschmelzungsbericht ist dem Betriebsrat oder, wenn ein solcher nicht besteht, den Arbeitnehmern individuell spätestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung zuzuleiten, die über die Verschmelzung beschließt. Konsequenz ist es daher auch, den Anteilseignern grundsätzlich nicht die in § 8 Abs. 3 UmwG vorgesehene Möglichkeit zu geben, auf den Bericht zu verzichten. Allenfalls könnte daran gedacht werden, § 122e Satz 3 UmwG-E für die Fälle teleologisch zu reduzieren, in denen der jeweilige Rechtsträger keine Arbeitnehmer hat.²⁷ Dem dürfte indes der klare Gesetzeswortlaut sowie der Umstand entgegenstehen, dass in den Schutzbereich der Vorschrift neben den Anteilsinhabern und den Arbeitnehmern auch die Gläubiger einbezogen sind, § 122e Satz 1 UmwG-E.

²⁶ Zum Verhältnis von Satzungsautonomie und Vereinbarungsautonomie i.R.d. §§ 22 MgVG vgl. *Habersack*, AG 2006, 345.

²⁷ Vgl. *Louven*, ZIP 2006, 2021, 2026; *Vetter*, AG 2006, 613, 620.

c. Angaben zu Vermögensbewertung und Stichtagen

Eine aus deutscher Sicht neue Regelung enthält § 122c Abs. 2 Nr. 11 UmwG-E. Danach hat der Verschmelzungsplan auch Angaben zur Bewertung des Aktiv- und Passivvermögens der übertragenden Rechtsträger zu enthalten. Auch wenn das Verständnis dieser Regelung sich nicht ohne weiteres erschließt, ist doch klar, dass sie nichts zu tun hat mit dem bereits nach § 122c Abs. 2 Nr. 2 UmwG-E anzugebenden Umtauschverhältnis der Anteile. § 122c Abs. 2 Nr. 11 UmwG-E bezieht sich nur auf das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers, während sich die Umtauschrelation zwingend aus den Vermögenswerten aller beteiligten Rechtsträger errechnet. Die Regelung ist vielmehr so zu verstehen, dass – anders als bei nationalen Verschmelzungen – bereits im Verschmelzungsplan anzugeben ist, wie das übergehende Vermögen im Rechnungswesen des übernehmenden bzw. neuen Rechtsträgers bilanziell übernommen werden soll. Dies entspricht der historischen Wurzel der zu Grunde liegenden Richtlinienregelung in Art. 5 lit. k IntVRiL, die auf das französische Verschmelzungsrecht zurückgeht.²⁸ Danach ist abweichend vom deutschen Konzept in § 24 UmwG bereits im Verschmelzungsvertrag selbst festzulegen, ob die Verschmelzung buchwertverknüpft oder nach dem Anschaffungskostenprinzip und ggf. mit welchen Wertansätzen durchgeführt werden soll. Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung werden nach § 122c Abs. 2 Nr. 11 UmwG-E Angaben erforderlich, die Grundlage für die beabsichtigte bilanzielle Behandlung sind. Allerdings bleibt es aus deutscher Sicht gleichwohl bei dem Bilanzierungswahlrecht des § 24 UmwG für den übernehmenden Rechtsträger. Hinzu kommt, dass § 122c Abs. 2 Nr. 11 UmwG-E teleologisch zu reduzieren ist, wenn die dort geforderten Angaben für die Umsetzung und bilanzielle Abbildung der Verschmelzung (insbesondere wegen § 24 UmwG) nach den beteiligten Rechtsordnungen nicht erforderlich sind.

Ähnlich unklar ist § 122c Abs. 2 Nr. 12 UmwG-E, wonach im Verschmelzungsplan der Stichtag der Bilanzen der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften angegeben werden muss, die zur Festlegung der Bedingungen der Verschmelzung verwendet werden. Auch diese Regelung steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang zur Festlegung des Umtauschverhältnisses, sondern erklärt sich aus den Besonderheiten des französischen Verschmelzungsrechts.²⁹ Letztlich wird man auch hieraus weitere Inhalte für den Verschmelzungsplan nur dann ableiten können, wenn nach dem Recht eines der beteiligten

²⁸ Kiem, WM 2006, 1091, 1095; Vetter, AG 2006, 613, 619.

²⁹ Vgl. Vetter, AG 2006, 613, 619.

Rechtsträger Angaben zu entsprechenden Stichtagen über den Verschmelzungstichtag und den Stichtag der Schlussbilanz (§ 17 Abs. 2 Satz 1 UmwG) hinaus gefordert werden.

4. Handelsregistereinreichung und Bekanntmachung (§ 122d UmwG-E)

Die Vorschrift des § 122d UmwG-E ähnelt derjenigen des § 61 UmwG. Demnach ist der Verschmelzungsplan oder sein Entwurf spätestens einen Monat vor der Versammlung der Anteilhaber, die über die Verschmelzung beschließen soll, zum Register einzureichen. Das Registergericht wiederum hat einen entsprechenden Hinweis (nicht also den Verschmelzungsplan als solchen) gem. § 10 HGB bekanntzumachen. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf des 2. UmwG-ÄndG³⁰ bezweifelt, dass diese Vorschrift eine getreue Umsetzung des Art. 6 Abs. 1 IntVRiL darstellt.³¹ Diese knüpft nämlich hinsichtlich der Monatsfrist vor der Anteilseignerversammlung nicht an den Termin der Einreichung zum Handelsregister, sondern an die Bekanntmachung an. Auch wenn das Registergericht die Angaben nach Einreichung „unverzüglich“ zu veröffentlichen hat, können sich Verzögerungen ergeben, die im Ergebnis zu einer Bekanntmachung erst nach dem von Art. 6 der IntVRiL vorgesehenen Zeitpunkt führen können. Die dahingehenden Bedenken wurden jedoch von der Bundesregierung nicht aufgenommen. Vielmehr verweist sie in ihrer Gegenäußerung auf § 61 UmwG, der bisher unter europarechtlichen Gesichtspunkten unbeanstandet geblieben sei.³²

Inhaltlich geht § 122d UmwG-E über § 61 UmwG hinaus und erstreckt die Bekanntmachung neben dem Hinweis auf die Einreichung des Verschmelzungsplans bzw. seines Entwurfs und der Nennung der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften auch auf die Modalitäten für die Ausübung der Rechte der Gläubiger und der Minderheitsgesellschafter (vgl. auch §§ 122i, 122j UmwG-E).³³

³⁰ BR-Drucks. 548/06, S. 6.

³¹ Ebenso *Louven*, ZIP 2006, 2021, 2025.

³² Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, BT-Drucks. 16/2919, S. 60.

³³ Siehe dazu unten 7., 8.

5. Verschmelzungsprüfung (§ 122f UmwG-E)

Anders als der Verschmelzungsbericht³⁴ ist die Verschmelzungsprüfung mangels abweichender Bestimmung in § 122f UmwG-E grundsätzlich gem. § 9 Abs. 3 i.V.m. § 8 Abs. 3 UmwG-E verzichtbar.³⁵ Dies entspricht auch dem Telos der Norm, die allein den Schutz der Anteilsinhaber im Auge hat. Eine Verschärfung gegenüber dem innerdeutschen Verschmelzungsrecht ergibt sich aber daraus, dass die Prüfung auch für die GmbH den Regelfall darstellt, also nicht erst auf ausdrückliches Verlangen eines Gesellschafters erfolgt, § 122f Satz 1 2. HS UmwG-E³⁶. Soll keine Prüfung stattfinden, bedarf es also auch bei der GmbH eines ausdrücklichen und einstimmigen Verzichts. Wie bei innerstaatlichen Verschmelzungen ist die Prüfung auch bei transnationalen Up-Stream-Verschmelzungen auf den Alleingesellschafter entbehrlich, § 122f i.V.m. § 9 Abs. 2 UmwG-E.

6. Zustimmungsbeschluss (§ 122g UmwG-E)

Die Zustimmung der Anteilsinhaber zur Verschmelzung kann – wie bereits erwähnt – von einer künftigen Bestätigung der Art und Weise der Mitbestimmung im übernehmenden bzw. neuen Rechtsträger abhängig gemacht werden, § 122g Abs. 1 UmwG-E. Hinsichtlich dieser Bestätigung wird man grundsätzlich dieselben Mehrheitserfordernisse wie für die Zustimmung zur Verschmelzung selbst verlangen müssen. Da aber die Gesellschafterversammlung auch auf einen entsprechenden Bestätigungsvorbehalt ganz verzichten kann, spricht nichts dagegen, in den (bedingten) Verschmelzungsbeschluss die Regelung aufzunehmen, dass für eine Bestätigung der Mitbestimmungsmodalitäten eine geringere, z.B. einfache Mehrheit genügt. Vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist die Möglichkeit, die Kompetenz zur Bestätigung der Mitbestimmungsregeln auf bestimmte Personen, z.B. einen etwa bestehenden Beirat oder Aufsichtsrat zu übertragen. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Regelung dürften aus den genannten Gründen gleichfalls keine grundsätzlichen Bedenken bestehen.

Etwas anderes muss aber wohl dann gelten, wenn zu erwarten ist, dass die mit dem besonderen Verhandlungsgremium getroffenen Vereinbarungen auch in der Satzung des übernehmenden oder neuen Rechtsträger ihren Niederschlag finden werden. Dann wird

³⁴ Hierzu oben 3.b.

³⁵ Müller, NZG 2006, 286, 288; Drinhausen/Keinath, BB 2006, 725, 729.

³⁶ Vgl. Art. 8 Abs. 1 IntVRiL, wonach eine Prüfung ohne ausdrückliches Verlangen durchzuführen ist; Kiem, WM 2006, 1091, 1096.

man den Verschmelzungsbeschluss ohnehin erst nach Abschluss des MgVG-Verfahrens fassen können, zumal der Verschmelzungsplan den Wortlaut der Satzung enthalten muss, § 122b Abs. 2 Nr. 9 UmwG-E.

Eine einstweilen auf grenzüberschreitende Verschmelzungen beschränkte³⁷ Sonderregel für die Up-Stream-Verschmelzung 100-prozentiger Tochtergesellschaften enthält § 122g Abs. 2 UmwG-E. Danach ist ein Zustimmungsbeschluss auf Ebene der Tochtergesellschaft entbehrlich. Ist Muttergesellschaft eine AG, so liegt in dieser Konstellation stets auch ein Fall des § 62 UmwG. Im Ergebnis lassen sich damit Verschmelzungen gestalten ohne Beschlussfassung beim übernehmenden oder übertragenden Rechtsträger.

7. Gläubigerschutz (§ 122j UmwG-E)

Während für Gläubiger übernehmender deutscher Gesellschaften § 22 UmwG unmittelbar anwendbar ist (§ 122a Abs. 2 UmwG-E), enthält § 122j UmwG-E für die Hinausverschmelzung spezielle Regeln, die sich insbesondere im Hinblick auf den Zeitraum, in dem die Gläubiger ihre Forderungen anmelden müssen, von § 22 UmwG unterscheiden: Angesichts des Umstands, dass die Rechtsverfolgung im Ausland u.U. mit zusätzlichen Schwierigkeiten behaftet ist, können die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers innerhalb von zwei Monaten nach Veröffentlichung des Verschmelzungsplans, also vor Eintragung der Verschmelzung, ihre Forderungen anmelden. Das gilt allerdings nur für solche Forderungen, die vor oder innerhalb von 15 Tagen nach Bekanntmachung des Verschmelzungsplans entstanden sind.

Ergänzt wird der materielle Gläubigerschutz durch die Verfahrensnorm des § 122k Abs. 1 Satz 3 UmwG-E. Ähnlich wie bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung der SE kann eine Hinausverschmelzung nur nach einer vom Registergericht vorgenommenen „Ausgangsprüfung“ stattfinden (§§ 122i Abs. 1 Satz 2, 122k Abs. 2 UmwG-E), in deren Rahmen neben der Erfüllung gläubigerschützender Pflichten auch die übrigen Verschmelzungsvoraussetzungen geprüft werden.

³⁷ Kritisch insoweit *Bayer/Schmidt*, NZG 2006, 841, 843.

8. Abfindungsangebot (§ 122i UmwG-E)

Im Falle der Hinausverschmelzung ist den widersprechenden Anteilshabern der übertragenden deutschen Gesellschaft ein Abfindungsangebot vergleichbar § 29 UmwG zu unterbreiten. Anders als bei der innerdeutschen Verschmelzung ist Schuldner des Abfindungsanspruchs zunächst der übertragende Rechtsträger, weil der deutsche Gesetzgeber dem ausländischen übernehmenden Rechtsträger insoweit keine originären Pflichten auferlegen kann. Die Verbindlichkeit gegenüber den widersprechenden Anteilshabern geht dann im Wege der Universalsukzession auf den übernehmenden Rechtsträger über.³⁸ Auch hier sind die Vorschriften über den Erwerb eigener Anteile zu beachten, § 122i Abs. 1 Satz 2 UmwG-E. Im Ergebnis unterscheidet sich aber diese Regelungstechnik nur unwesentlich von dem Abfindungsangebot nach § 29 UmwG. Auch dieses kann erst nach Wirksamwerden der Verschmelzung gegenüber dem übernehmenden Rechtsträger angenommen werden (§ 31 UmwG).

9. Spruchverfahren (§ 122h UmwG)

Auch das Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung kennt das Spruchverfahren zur Überprüfung der Umtauschrelation und der Barabfindung. Allerdings können die Regelungen der §§ 14 Abs. 2, 15 UmwG nicht uneingeschränkt Anwendung finden, da die nationalen Rechte der meisten anderen EU-Mitgliedstaaten ein Spruchverfahren oder ein diesem vergleichbares Verfahren nicht kennen. Daher erlaubt Art. 10 Abs. 3 IntVRiL ein Spruchverfahren nur, wenn diejenigen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften, deren nationales Recht ein Spruchverfahren nicht vorsieht, bei der Zustimmung zum Verschmelzungsplan die etwaige Durchführung eines Spruchverfahrens (durch die Anteilshaber derjenigen Gesellschaft, deren nationales Recht ein Spruchverfahren vorsieht) ausdrücklich akzeptieren. Diese insbesondere die Hinausverschmelzung betreffende Regelung wurde durch § 122h Abs. 1 UmwG-E in deutsches Recht umgesetzt. § 122h Abs. 2 UmwG-E betrifft vor allem die Hereinverschmelzung.

³⁸ Begr. RegE v. 12.10.2006, BT-Drucks. 16/2919, S. 38.

a. § 122 Abs. 1 UmwG-E

aa. Statthaftigkeit des Spruchverfahrens

Wird eine deutsche Kapitalgesellschaft hinausverschmolzen, so ist für deren Anteilseigner ein Spruchverfahren zum einen dann statthaft, wenn auch die ausländische Rechtsordnung ein Spruchverfahren vorsieht. Dabei bedeutet „vorsehen“ nicht nur, dass die jeweilige Rechtsordnung ein Spruchverfahren überhaupt kennt.³⁹ Vielmehr muss dieses auch im konkreten Fall einer (grenzüberschreitenden) Verschmelzung statthaft sein. Ist dies nicht der Fall, ist ein Spruchverfahren dennoch statthaft, wenn die Anteilseigner aller ausländischen Rechtsträger (deren Rechtsordnung ein Spruchverfahren nicht vorsieht) dessen Durchführung ausdrücklich zustimmen.

bb. Zuständigkeit

Ist danach ein Spruchverfahren statthaft, ergibt sich die internationale Zuständigkeit des deutschen Landgerichts, in dessen Bezirk der übertragende Rechtsträger seinen Sitz hat, aus Art. 5 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO).⁴⁰ Diese Vorschrift, die den Zuständigkeitsregeln des SpruchG vorgeht⁴¹, stellt auf den Erfüllungsort ab.⁴² Im Falle einer Pflicht zur baren Zuzahlung nach § 122h Abs. 1 i.V.m. § 15 UmwG-E ist Erfüllungsort wegen der (ursprünglichen) gesellschaftsrechtlichen Beziehung zwischen Anteilsinhaber und übertragendem Rechtsträger nicht der Sitz des übernehmenden, sondern der des übertragenden Rechtsträgers.⁴³

Ist das Spruchverfahren auch nach dem Recht des übernehmenden Rechtsträgers für die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers statthaft⁴⁴, so besteht daneben die

³⁹ Unklar insoweit *Neye/Timm*, DB 2006, 488, 492.

⁴⁰ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 (ABl. Nr. L 12 v. 16.1.2001, S. 1).

⁴¹ Vgl. nur *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 26. Aufl. 2004, Vor EuGVVO Rn. 2.

⁴² Entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht besteht im Spruchverfahren keine (ausschließliche) Zuständigkeit nach Art. 22 Nr. 2 EuGVVO; vgl. dazu ausführlich *Nießen*, NZG 2006, 441, 442 f.; demnächst *Simon*, in: Simon, SpruchG, 2007, § 2 Rn. 25; a.A. *Wasmann*, in: KK-SpruchG, 2006, § 2 Rn. 21.

⁴³ Vgl. hierzu ausführlich *Nießen*, NZG 2006, 441, 443 ff.; demnächst *Simon*, in: Simon, SpruchG, 2007, § 2 Rn. 26.

⁴⁴ Dies ist beispielsweise in Österreich – jedenfalls für die innerstaatliche Verschmelzung – der Fall, *Bachner*, in: Kalss, Handkommentar zur Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung, 1997, § 225e öAktG Rn. 2.

Möglichkeit, auch das entsprechende ausländische Gericht anzurufen. Dessen Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 EuGVVO, wonach Gesellschaften (hier der übernehmende Rechtsträger) grundsätzlich (auch) an ihrem Sitz verklagt werden können.

b. § 122h Abs. 2 UmwG

aa. Statthaftigkeit des Spruchverfahrens

Bei der Hereinverschmelzung ist ein Spruchverfahren statthaft, wenn auch die Rechtsordnungen der übertragenden Gesellschaften ein Spruchverfahren vorsehen, d.h. ein solches Verfahren konkret statthaft ist⁴⁵ und deutsche Gerichte international zuständig sind, § 122h Abs. 2 UmwG-E.

bb. Zuständigkeit

Eine internationale Zuständigkeit könnte sich nach EuGVVO auf Grund des Umstands ergeben, dass Antragsgegner der übernehmende Rechtsträger ist. Wenn es sich insoweit um einen deutschen Rechtsträger handelt, sind deutsche Gerichte nach Art. 2 Abs. 1 EuGVVO zuständig. Freilich sind die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers im Ausland nicht an diese Zuständigkeit gebunden, da es sich nicht um eine ausschließliche handelt.⁴⁶ Liegt also (auch) nach den dort herrschenden Rechtsauffassungen der Erfüllungsort der baren Zuzahlung am Sitz des übertragenden Rechtsträgers, so haben dessen Anteilsinhaber letztlich die Wahl zwischen ihrem eigenen Gericht (Zuständigkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. a EuGVVO) und den deutschen Gerichten (Zuständigkeit nach Art. 2 Abs. 1 EuGVVO).

Im ungünstigsten Fall wird also die Absicht des Gesetzgebers, durch § 122h Abs. 2 UmwG-E eine Zuständigkeitskonzentration zu schaffen⁴⁷, in ihr Gegenteil verkehrt, nämlich dann, wenn im soeben geschilderten Fall Anteilseigner der übertragenden ausländischen Gesellschaft sowohl im eigenen Land als auch in Deutschland als dem Sitzstaat des übernehmenden Rechtsträgers Spruchverfahren einleiten können.

⁴⁵ Dazu oben 9.a.

⁴⁶ Vgl. *Nießen*, NZG 2006, 441, 442.

⁴⁷ Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 34.

Neben der Hereinverschmelzung wird von § 122h Abs. 2 UmwG-E auch der Fall der Hinausverschmelzung unter Beteiligung weiterer (ausländischer) übertragender Rechtsträger erfasst. In diesen Fällen dürfte es erst recht schwer fallen, über § 122h Abs. 2 UmwG-E zu einer Zuständigkeitskonzentration zu gelangen. Denn die Zuständigkeit deutscher Gerichte für den Antrag der Anteilseigner ausländischer übertragender Rechtsträger lässt sich in diesen Fällen jedenfalls dann nicht begründen, wenn nicht auch der übernehmende Rechtsträger in Deutschland ansässig ist, vgl. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO.

c. Gemeinsamer Vertreter der nicht antragsberechtigten Anteilsinhaber, § 6c SpruchG-E

Die Anteilsinhaber der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften, die im Spruchverfahren nicht antragsberechtigt sind, haben das Recht, die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zur Wahrung ihrer Interessen zu beantragen, § 6c SpruchG-E. Diese Vorschrift trifft jedenfalls auf Anteilseigner ausländischer übertragender Rechtsträger zu, deren nationales Recht kein Spruchverfahren vorsieht.⁴⁸ Der Wortlaut des § 6c SpruchG-E ist jedoch weiter: Nicht antragsberechtigt sind neben den Anteilseignern ausländischer übertragender Rechtsträger regelmäßig auch die Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers.⁴⁹

Ein gemeinsamer Vertreter ist danach auch für die (nicht antragsberechtigten) Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers zu bestellen. An der Sinnhaftigkeit dieser Regelung kann aber schon aus grundsätzlichen Erwägungen gezweifelt werden. Denn der übernehmende Rechtsträger ist Antragsgegner im Spruchverfahren (§ 5 Nr. 4 SpruchG), weshalb seine Interessen und die seiner (Alt-)Anteilseigner durch die gesetzlichen Vertreter bereits vollumfänglich wahrgenommen werden. Hinzu kommt, dass jede Rechtsordnung ohnehin einen eigenen Rechtsschutzmechanismus für die Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers vorhält (in Deutschland ist dies die Anfechtungsklage).

Um die Reichweite des § 6c SpruchG-E zu bestimmen, wird man daher insbesondere die gesetzgeberische Zielsetzung in den Blick nehmen müssen, den Anteilseignern einer ausländischen Gesellschaft die Zustimmung zu einem Spruchverfahren im Rahmen des

⁴⁸ Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 47.

⁴⁹ Anders die Situation in Österreich: Dort sind im sog. Überprüfungsverfahren auch die Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers antragsberechtigt, § 225c Abs. 1 öAktG.

§ 122h Abs. 1 UmwG-E zu erleichtern.⁵⁰ Nur wenn und soweit eine solche Zustimmung erforderlich ist, sollte nach § 6c SpruchG ein gemeinsamer Vertreter bestellt werden. Im Übrigen ist eine teleologische Reduktion angezeigt (also insbesondere für inländische übernehmende Rechtsträger⁵¹).

Sind verschiedene ausländische Rechtsträger an der Verschmelzung beteiligt, deren Anteilseigner im Spruchverfahren nicht antragsberechtigt sind, so wird auch im Falle mehrfacher Anträge nur ein gemeinsamer Vertreter bestellt, der die Interessen aller Anteilseigner, die nicht antragsberechtigt sind, vertritt. Es findet also nicht pro beteiligter Gesellschaft die Bestellung je eines gemeinsamen Vertreters statt. Dies entspricht der Regelung des gemeinsamen Vertreters der Antragsberechtigten, die nicht selbst Antragsteller sind, § 6 SpruchG.

d. Alternative: Anfechtung

Sofern weder in allen Ländern der beteiligten Rechtsträger Spruchverfahren vorgesehen sind noch die Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger der Durchführung eines Spruchverfahrens für die Anteilseigner der deutschen beteiligten Gesellschaft zustimmen, kommen die §§ 14 Abs. 2, 15 UmwG nicht zur Anwendung, mit der Folge, dass das Umtauschverhältnis allein mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann. Dies wird der Regelfall sein⁵², da zum einen außer Deutschland nur Österreich und Portugal ein dem Spruchverfahren vergleichbares Verfahren kennen und zum zweiten diejenigen Anteilsinhaber, deren Gesellschaft in einem Land liegt, dass das Spruchverfahren nicht kennt, einer solchen Verfahrensweise in der Regel die Zustimmung verweigern werden. Denn die am Ende eines Spruchverfahrens häufig zugesprochene bare Zuzahlung zu Gunsten der Antragsteller ginge dann einseitig zu Gunsten der Anteilseigner der deutschen, österreichischen bzw. portugiesischen Gesellschaft und zu Lasten der anderen beteiligten Gesellschaften. Dieser Nachteil wird auch durch die erhöhte Anfechtungsfestigkeit der Verschmelzung (vgl. § 14 Abs. 2 UmwG) kaum aufzuwiegen sein.

⁵⁰ Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 47.

⁵¹ So auch demnächst *Leuering*, in: Simon, SpruchG, 2007, § 6a-c Rn. 6.

⁵² Vgl. *Vetter*, AG 2006, 613, 622.

e. Überprüfung des Abfindungsangebots, § 122i UmwG-E

Für die Statthaftigkeit des Spruchverfahrens zur Überprüfung des Abfindungsangebots im Verschmelzungsplan⁵³ gilt das zum Spruchverfahren nach § 122h UmwG-E Gesagte entsprechend: Auch hier findet ein Spruchverfahren nur dann statt, wenn die Rechtsordnungen der anderen beteiligten Gesellschaften ein solches ebenfalls vorsehen oder die Anteilsinhaber dem zustimmen. Auch das zur internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte Gesagte gilt entsprechend, § 122i Abs. 2 UmwG-E.

10. Eintragungsverfahren

Die Verschmelzung wird zunächst im Register der übertragenden Gesellschaft mit dem Vermerk eingetragen, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung unter den Voraussetzungen des Rechts des Staates, dem die übernehmende oder neue Gesellschaft unterliegt, wirksam wird, § 122k Abs. 2 Satz 2 UmwG-E. Die Nachricht über die Eintragung gilt zugleich als Verschmelzungsbescheinigung i.S.d. § 122k Abs. 2 Satz 1 UmwG-E. Diese ist sodann innerhalb von sechs Monaten nach ihrer Ausstellung zusammen mit dem Verschmelzungsplan der zuständigen Stelle (z.B. Register) des Staates vorzulegen, dessen Recht die übernehmende oder neue Gesellschaft unterliegt, § 122k Abs. 3 UmwG-E. Die im Staat des übernehmenden bzw. neuen Rechtsträgers zuständige Stelle (in Deutschland: Handelsregister) prüft sodann ihrerseits die Eintragungsvoraussetzungen und trägt ggf. die Verschmelzung ein. Die Eintragung wird dann den zuständigen Stellen in den anderen Ländern mitgeteilt und dort entsprechend vermerkt, §§ 122i Abs. 3, 122k Abs. 4 UmwG-E. Im Unterschied zum innerdeutschen Recht wird hinsichtlich der im Ausland vorzunehmenden Vollzugsakte bei Hinausverschmelzung nicht auf die Eintragung im Register, sondern auf das Wirksamwerden der Verschmelzung abgestellt. Diese Zeitpunkte können – anders als im deutschen Recht, § 20 Abs. 1 UmwG – auseinanderfallen, vgl. Art. 12 IntVRiL.⁵⁴

Hinsichtlich der Wirkungen der Verschmelzung enthalten §§ 122a ff. UmwG-E keine eigenständige Regelung. Vielmehr gilt insoweit § 122a Abs. 2 i.V.m. § 20 UmwG-E. Einer besonderen Regelung der Verschmelzungswirkungen bedurfte es nicht, weil Art. 14 IntVRiL keine Besonderheiten gegenüber § 20 UmwG enthält.

⁵³ Vgl. oben 8.

⁵⁴ Siehe auch Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 38.

III. Offene Fragen

Da sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, die Vorgaben der IntVRiL in nationales Recht umzusetzen, enthalten die §§ 122a ff. UmwG-E weder Vorschriften zur Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften noch zur grenzüberschreitenden Spaltung.

1. Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften

Spätestens seit der „SEVIC“-Entscheidung des EuGH⁵⁵ besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen auch jenseits des Anwendungsbereichs der IntVRiL möglich sein müssen, wenn das jeweilige nationale Recht eine entsprechende Verschmelzung erlaubt.⁵⁶ Ob dies nur für den vom EuGH ausdrücklich entschiedenen Fall der Hereinverschmelzungen⁵⁷ gilt oder ob man auch die Hinausverschmelzung als von der Niederlassungsfreiheit gedeckt ansehen muss⁵⁸, soll hier nicht vertieft werden. Denn jedenfalls die Hereinverschmelzung ausländischer Gesellschaften muss unabhängig davon möglich sein, ob übertragender und/oder übernehmender Rechtsträger die Rechtsform einer Kapital- oder Personenhandelsgesellschaft⁵⁹ haben.

Bis zu einer ausdrücklichen Regelung wird man bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen hinsichtlich der beteiligten Personengesellschaften auf Hilfskonstruktionen zurückgreifen müssen. Dabei ist namentlich die Vereinigungstheorie zu beachten. Primär sind damit die für die einzelnen Gesellschaften geltenden Vorschriften kumulativ anwendbar. Wird also eine ausländische Gesellschaft auf eine deutsche Personengesellschaft verschmolzen, so gelten für diese neben den allgemeinen Regeln der §§ 4 ff., 36 ff. UmwG grundsätzlich die Besonderheiten der §§ 39 ff. UmwG. Wird eine ausländische Personen- auf eine deutsche Kapitalgesellschaft verschmolzen, so gilt Entsprechendes im Hinblick auf die §§ 46 ff., 60 ff., 78 UmwG. Fraglich ist, ob diese Vorschriften (teilweise) durch speziellere Regelungen der §§ 122a ff. UmwG-E verdrängt

⁵⁵ EuGH, Der Konzern 2006, 66.

⁵⁶ *Leible/Hoffmann*, RIW 2006, 161, 167.

⁵⁷ Vgl. *Kappes*, NZG 2006, 101 f.; *Leible/Hoffmann*, RIW 2006, 161, 165.

⁵⁸ So die Schlussanträge des Generalanwalts *Tizzano*, Der Konzern 2005, 513, 517; dazu: *Drygala*, ZIP 2005, 1995, 1997 ff.; *Bungert*, BB 2006, 53, 56; *Siems*, EuZW 2006, 135, 138

⁵⁹ Die GbR fällt zwar unter den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nach Art. 48 EG, nicht aber unter die verschmelzungsfähigen Rechtsträger nach § 3 UmwG und kann daher auch von einer grenzüberschreitenden Verschmelzung ausgenommen bleiben (so auch *Geyrhalter/Weber*, DStR 2006, 146, 151).

werden. Dem scheint zwar der Wortlaut des § 122b Abs. 1 UmwG-E entgegenzustehen, wonach der Anwendungsbereich dieser Vorschriften auf grenzüberschreitende Verschmelzungen beschränkt ist, an der ausschließlich Kapitalgesellschaften beteiligt sind. Das schließt jedoch nicht aus, wesentliche Rechtsgedanken dieser Regelungen heranzuziehen, weil und sofern es sich insoweit um Modifikationen des für innerstaatliche Verschmelzungen geltenden Regimes handelt, die gerade den Besonderheiten der grenzüberschreitenden Konstellation geschuldet sind. Umgekehrt heißt das aber auch, dass Regeln, die speziell die Verschmelzung unter (ausschließlicher) Beteiligung von Kapitalgesellschaften im Blick haben oder die nur mit Besonderheiten des Gesetzgebungsverfahrens zur IntVRiL (vgl. § 122b Abs. 2 Nr. 11, 12 UmwG-E⁶⁰) zu erklären sind, im Falle der grenzüberschreitenden Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften nicht anzuwenden sind.

2. Grenzüberschreitende Spaltung

Anders als noch der Referentenentwurf⁶¹ enthält der Regierungsentwurf des 2. UmwG-ÄndG eine Änderung des § 125 Satz 1 UmwG, durch die die Vorschriften der §§ 122a ff. UmwG-E von der generellen Verweisung des Spaltungs- auf das Verschmelzungsrecht ausgenommen werden.⁶² Da aber auch die grenzüberschreitende Spaltung (jedenfalls soweit es um die Hereinspaltung geht) von der Niederlassungsfreiheit umfasst ist⁶³, muss die deutsche Rechtsordnung einen solchen Vorgang ermöglichen, auch wenn es insoweit an ausdrücklichen Regeln fehlt. Im Wesentlichen gilt das zur Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften Gesagte entsprechend: Die §§ 122a ff. UmwG-E sind heranzuziehen, soweit es sich um der transnationalen Konstellation geschuldete Regeln handelt und soweit sie auf die jeweilige Spaltungskonstellation sinnvollerweise Anwendung finden können.⁶⁴

⁶⁰ Dazu oben II.3.c.

⁶¹ Vgl. dazu *Kallmeyer/Kappes*, AG 2006, 224, 238.

⁶² Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 40 f.

⁶³ *Bungert*, BB 2006, 53, 55; *Geyrhalter/Weber*, DStR 2006, 146, 150; *Kallmeyer/Kappes*, AG 2006, 224, 234; a.A. *Kindler*, in: MüKo-BGB, IntGesR Rn. 878.

⁶⁴ Ähnlich mit Bezug auf die IntVRiL *Kallmeyer/Kappes*, AG 2006, 224, 235.

IV. Zusammenfassung

Das 2. UmwG-ÄndG bringt hinsichtlich der grenzüberschreitenden Verschmelzung einen erheblichen Gewinn an Rechtssicherheit. Weil die §§ 122a ff. UmwG-E weitgehend eine getreue Umsetzung der IntVRiL darstellen, werden künftige transnationale Verschmelzungen erleichtert; dies jedenfalls dann, wenn auch die anderen EU-Mitgliedstaaten die Richtlinie alsbald umsetzen.

Anders als bei innerstaatlichen Verschmelzungen sind die für die Arbeitnehmer wesentlichen Informationen nicht im Verschmelzungsvertrag bzw. -plan, sondern im Verschmelzungsbericht enthalten. Dementsprechend ist dieser nicht verzichtbar. Sofern ein Verhandlungsverfahren über die künftige Mitbestimmung nach MgVG stattfindet, können sich die Anteilseigner die Bestätigung der dort erzielten Ergebnisse vorbehalten (§ 122g Abs. 1 UmwG-E), wenn die Verhandlungen im Zeitpunkt der Zustimmung zur Verschmelzung noch nicht beendet sind. Für die Bestätigung können andere Beschlussmodalitäten vorgesehen werden als für den Verschmelzungsbeschluss selbst.

§ 122c Abs. 2 Nr. 11, 12 UmwG-E ist dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass die dort geforderten Angaben entfallen können, wenn sie für die Umsetzung und bilanzielle Abbildung der Verschmelzung nach den beteiligten Rechtsordnungen nicht erforderlich sind.

Eine Zustimmung der Anteilseigner ausländischer Rechtsträger zur Durchführung eines Spruchverfahrens wird regelmäßig nicht zu erlangen sein. In diesem Fall sind die Gesellschafter des deutschen übertragenden Rechtsträgers – abweichend von § 14 Abs. 2 UmwG – auf die Anfechtungsklage verwiesen. Findet demgegenüber ein Spruchverfahren statt, insbesondere weil alle beteiligten Rechtsordnungen ein solches vorsehen, wird die vom Gesetzgeber gewünschte Zuständigkeitskonzentration kaum je zu erreichen sein. Regelmäßig werden nämlich die Gerichte in den Sitzstaaten sowohl des übertragenden als auch des übernehmenden Rechtsträgers international zuständig sein.

Die Vorschrift des § 6c SpruchG-E ist dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass ein gemeinsamer Vertreter nur für solche Anteilseigner zu bestellen ist, deren Zustimmung nach § 122h Abs. 1 UmwG-E zur Durchführung des Spruchverfahrens erforderlich ist.

Auch in den vom 2. UmwG-ÄndG nicht geregelten Fälle internationaler Umwandlungen (insbesondere Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften und Spaltung) kann weitgehend auf die in §§ 122a ff. UmwG-E enthaltenen Rechtsgedanken zurückgegriffen werden.

WORKING PAPERS

- 1 Andreas Cahn Verwaltungsbefugnisse der Bundesanstalt für
Finanzdienstleistungsaufsicht im Übernahmerecht und
Rechtsschutz Betroffener
(publ. in: ZHR 167 [2003], 262 ff.)
- 2 Axel Nawrath Rahmenbedingungen für den Finanzplatz Deutschland: Ziele
und Aufgaben der Politik, insbesondere des
Bundesministeriums der Finanzen
- 3 Michael Senger Die Begrenzung von qualifizierten Beteiligungen nach § 12
Abs. 1 KWG
(publ. in: WM 2003, 1697-1705)
- 4 Georg Dreyling Bedeutung internationaler Gremien für die Fortentwicklung
des Finanzplatzes Deutschland
- 5 Matthias Berger Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz – Schwerpunkt
Börsen- und Wertpapierrecht
- 6 Felicitas Linden Die europäische Wertpapierdienstleistungsrichtlinie-
Herausforderungen bei der Gestaltung der Richtlinie
- 7 Michael Findeisen Nationale und internationale Maßnahmen gegen die
Geldwäsche und die Finanzierung des Terrorismus – ein
Instrument zur Sicherstellung der Stabilität der
Finanzmärkte
- 8 Regina Nößner Kurs- und Marktpreismanipulation – Gratwanderung
zwischen wirtschaftlich sinnvollem und strafrechtlich
relevantem Verhalten
- 9 Franklin R. Edwards The Regulation of Hedge Funds: Financial Stability and
Investor Protection
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and
Regulation, 2004, S. 30 ff.)
- 10 Ashley Kovas Should Hedge Fund Products be marketed to Retail
Investors? A balancing Act for Regulators
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and
Regulation, 2004, S. 91 ff.)
- 11 Marcia L. MacHarg Waking up to Hedge Funds: Is U.S. Regulation Taking a
New Direction?
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and
Regulation, 2004, S. 55 ff.)

- 12 Kai-Uwe Steck Legal Aspects of German Hedge Fund Structures
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and
Regulation, 2004, S. 135 ff.)
- 13 Jörg Vollbrecht Investmentmodernisierungsgesetz – Herausforderungen bei
der Umsetzung der OGAW – Richtlinien
- 14 Jens Conert Basel II – Die Überarbeitung der
Eigenkapitalmarktregelungen der Kreditinstitute im Fokus
von Wirtschaft- und Wettbewerbspolitik
- 15 Bob Wessels Germany and Spain lead Changes towards International
Insolvencies in Europe
- 16 Theodor Baums /
Kenneth E. Scott Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate
Governance in the United States and in Germany
- 17 Bob Wessels International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in
Europe, in particular against (groups of) Companies
- 18 Michael Gruson Die Doppelnotierung von Aktien deutscher Gesellschaften
an der New Yorker und Frankfurter Börse: Die sogenannte
Globale Aktie
(publ. in: Die AG 2004, 358 ff.)
- 19 Michael Gruson Consolidated and Supplementary Supervision of Financial
Groups in the European Union
(publ. in: Der Konzern 2004, 65 ff. u. 249 ff.)
- 20 Andreas Cahn Das richterliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter
und seine Folgen
(publ. in: Der Konzern 2004, 235 ff.)
- 21 David C. Donald The Nomination of Directors under U.S. and German Law
- 22 Melvin Aron Eisenberg The Duty of Care in American Corporate Law
(deutsche Übersetzung publ. in: Der Konzern 2004, 386 ff.)
- 23 Jürgen Than Rechtsfragen bei der Festlegung von Emissionsbedingungen
für Schuldverschreibungen unter besonderer
Berücksichtigung der Dematerialisierung und des
Depotgesetzes
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 3 ff.)

- 24 Philipp von Randow Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 25 ff.)
- 25 Hannes Schneider Die Änderung von Anleihebedingungen durch Beschluß der
Gläubiger
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 69 ff.)
- 26 Hans-Gert Vogel Die Stellung des Anleihetreuhänders nach deutschem Recht
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 94 ff.)
- 27 Georg Maier-Reimer Rechtsfragen der Restrukturierung, insbesondere der
Ersetzung des Schuldners
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 129 ff.)
- 28 Christoph Keller Umschuldung von Staatenanleihen unter Berücksichtigung
der Problematik einer Aggregation aller Anleihegläubiger
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 157 ff.)
- 29 René Bösch Die Emission von Schuldverschreibungen nach
schweizerischem Recht – ein Rechtsvergleich mit dem
geplanten deutschen Schuldverschreibungsrecht
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 189 ff.)
- 30 Lachlan Burn Bond Issues under U.K. law: How the proposed German
Legislation compares
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 219 ff.)
- 31 Patrick S. Kenadjian Bond Issues under New York and U.S. Law: Considerations
for the German Law Maker from a U.S. Perspective
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 245 ff.)
- 32 Andreas Cahn Bankgeheimnis und Forderungsverwertung
(publ. in: WM 2004, 2041 ff.)
- 33 Michael Senger Kapitalkonsolidierung im Bankkonzern
- 34 Andreas Cahn Das neue Insiderrecht
(publ. in: Der Konzern 2005, 5 ff.)

- 35 Helmut Siekmann Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach dem geltenden Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für Europa
- 36 Michael Senger Gemeinschaftsunternehmen nach dem Kreditwesengesetz
- 37 Andreas Cahn Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz
- 38 Helmut Siekmann Die Verwendung des Gewinns der Europäischen Zentralbank und der Bundesbank
- 39 Guido Ferrarini Contract Standards and the Markets in Financial Instruments Directive (MiFID): An Assessment of the Lamfalussy Regulatory Architecture
- 40 David C. Donald Shareholder Voice and Its Opponents
(publ. in: The Journal of Corporate Law Studies, Vol. 5, Issue 2, 2005)
- 41 John Armour Who should make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition
- 42 David C. Donald The Laws Governing Corporations formed under the Delaware and the German Corporate Statutes
- 43 Garry J. Schinasi/
Pedro Gustavo Teixeira The Lender of the Last Resort in the European Single Financial Market
- 44 Ashley Kovas UCITS – Past, Present and Future in a World of Increasing Product Diversity
- 45 Rick Verhagen A New Conflict Rule for Securitization and other Cross-Border Assignments – A potential threat from Europa
- 46 Jochem Reichert/
Michael Senger Berichtspflicht des Vorstands und Rechtsschutz der Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals im Wege der allgemeinen Feststellungsklage
- 47 Guido A. Ferrarini One Share – One Vote: A European Rule?
- 48 Theodor Baums Die Fremdkapitalfinanzierung der Aktiengesellschaft durch das Publikum
- 49 Ulrich Segna Anspruch auf Einrichtung eines Girokontos aufgrund der ZKA-Empfehlung „Girokonto für jedermann“?

- | | | |
|----|-----------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| 50 | Andreas Cahn | Eigene Aktien und gegenseitige Beteiligungen |
| 51 | Hannes Klühs/
Roland Schmidtbleicher | Beteiligungstransparenz im Aktienregister von REIT-
Gesellschaften |
| 52 | Theodor Baums | Umwandlung und Umtausch von Finanzinstrumenten im
Aktien- und Kapitalmarktrecht |

ILF



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT