

Grenzüberschreitende Verschmelzungen

**- zugleich ein Beitrag zur Europäisierung des
Umwandlungsrechts -**

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Wirtschaftswissenschaft
(doctor rerum oeconomicarum)
am Fachbereich Wirtschaftswissenschaft
- Schumpeter School of Business and Economics -
der Bergischen Universität Wuppertal

vorgelegt von
Dipl.-Ök. Oliver Lange
aus Solingen

Wuppertal, im Januar 2010

Die Dissertation kann wie folgt zitiert werden:

urn:nbn:de:hbz:468-20110705-105409-5

[<http://nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn=urn%3Anbn%3Ade%3Ahbz%3A468-20110705-105409-5>]

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	II
Abbildungsverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	VII
Anhangsverzeichnis	XII
1 Einleitung	1
1.1 Problemstellung und Zielsetzung	1
1.2 Aufbau	4
2 Entwicklung und Grundzüge des deutschen Umwandlungsrechts	7
2.1 Entstehungsgeschichte des deutschen Umwandlungsrechts	8
2.1.1 Umwandlungsgesetz	8
2.1.2 Umwandlungssteuergesetz	10
2.2 Arten der Umwandlung	11
2.2.1 Systematik des Umwandlungsgesetzes	13
2.2.2 Verschmelzung	14
2.2.2.1 Arten der Verschmelzung	15
2.2.2.2 Verschmelzungsfähige Rechtsträger	17
2.2.2.3 Vor- und Nachteile der Verschmelzung als Form der Unternehmensumstrukturierung	19
2.2.3 Ablauf einer Verschmelzung	20
2.2.3.1 Verschmelzungsvertrag	20
2.2.3.2 Verschmelzungsbericht	23
2.2.3.3 Verschmelzungsprüfung und Prüfungsbericht	27
2.2.3.4 Verschmelzungsbeschluss	30
2.2.3.5 Kapitalerhöhung	32
2.2.3.6 Registereintragung der Verschmelzung	36
2.2.3.7 Besondere Regelungen bei der Verschmelzung durch Neugründung	38
2.2.4 Spaltung	40
2.2.4.1 Arten der Spaltung	42
2.2.4.2 Spaltungsfähige Rechtsträger	44

2.2.4.3	Ablauf einer Spaltung.....	45
2.2.5	Vermögensübertragung.....	48
2.2.6	Formwechsel.....	50
2.2.6.1	Unterschiede zum Verschmelzungs- und Spaltungsrecht.....	50
2.2.6.2	Formwechselfähige Rechtsträger	51
2.2.6.3	Grundsätzlicher Ablauf eines Formwechsels	52
2.2.6.4	Arten des Formwechsels.....	53
2.3	Das Umwandlungssteuergesetz.....	57
2.3.1	Gründe und Folgen der Neufassung durch das SEStEG - ein Überblick	57
2.3.2	Aufbau des Umwandlungssteuergesetzes und Zusammenspiel mit dem Umwandlungsgesetz.....	59
2.3.3	Bewertungsgrundsätze und steuerliche Auswirkungen.....	60
2.3.4	Kritische Würdigung einiger Aspekte des SEStEG und der damit einhergehenden Neufassung des UmwStG	64
3	Die grenzüberschreitende Verschmelzung	67
3.1	Begriffsdefinition und Motive für eine grenzüberschreitende Verschmelzung	67
3.2	Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung	68
4	Die Europäische Aktiengesellschaft	71
4.1	Entstehungsgeschichte der Societas Europaea.....	72
4.2	Rechtliche Grundlagen.....	73
4.3	Rechtsnatur.....	76
4.4	Besteuerung der Societas Europaea.....	77
4.5	Organisationsverfassung.....	80
4.6	Gründungsmöglichkeiten der Europäischen Aktiengesellschaft.....	81
4.6.1	Gründung durch Verschmelzung.....	83
4.6.2	Verschmelzungsverfahren zur SE-Gründung.....	85
4.6.3	Weitere Gründungsformen	93
4.7	Bewertung der Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft.....	94
4.8	Die Societas Privata Europaea – ein Ausblick	96

5	Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Verschmelzung	101
5.1	Begriffsdefinition.....	101
5.2	Bedeutsame EuGH-Entscheidungen in Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit.....	103
5.2.1	Daily Mail.....	103
5.2.2	Centros.....	104
5.2.3	Überseering.....	105
5.2.4	Inspire Art.....	106
5.2.5	Cartesio.....	106
5.2.6	Zusammenfassung.....	108
5.3	Vorabentscheidungsverfahren SEVIC Systems	109
5.3.1	Sachverhalt	109
5.3.2	Inhalt der Entscheidung.....	110
5.3.3	Bewertung der Entscheidung	113
5.4	Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Verschmelzung bei Personengesellschaften	116
6	Zwischenergebnis.....	118
7	Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten	119
7.1	Entstehungsgeschichte	119
7.2	Motivation.....	120
7.3	Inhalt der Richtlinie.....	121
7.3.1	Anwendungsbereich und Begriffsbestimmung	122
7.3.2	Voraussetzungen und Verfahren einer grenzüberschreitenden Verschmelzung	124
7.3.3	Rechtmäßigkeitskontrolle.....	128
7.3.4	Wirksamkeit, Eintragung und Wirkungen der Verschmelzung.....	129
7.3.5	Konzernverschmelzung.....	131
7.3.6	Mitbestimmung der Arbeitnehmer	132
7.4	Bewertung	135
8	Zwischenergebnis.....	137

9	Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in nationales Recht	138
9.1	Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes	139
9.1.1	Sachlicher Anwendungsbereich	139
9.1.2	Persönlicher Anwendungsbereich	141
9.1.3	Anwendbares Recht bei grenzüberschreitender Verschmelzung	143
9.1.4	Ablauf einer grenzüberschreitenden Verschmelzung	144
9.1.4.1	Verschmelzungsplan	146
9.1.4.2	Bekanntmachung des Verschmelzungsplans	153
9.1.4.3	Verschmelzungsbericht	156
9.1.4.4	Verschmelzungsprüfung und Prüfungsbericht	162
9.1.4.5	Zustimmungsbeschlüsse der Anteilseigner	165
9.1.4.6	Schutz der Minderheitsgesellschafter	171
9.1.4.7	Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft	180
9.1.4.8	Rechtmäßigkeitskontrolle	184
9.1.4.9	Wirkung der Verschmelzung und Rechtsfolgen	193
9.1.5	Zusammenfassung und Bewertung	196
9.2	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung	197
9.2.1	Zielsetzung und Regelungskonzept	197
9.2.2	Anwendbares Recht	199
9.2.3	Unternehmensmitbestimmung kraft Vereinbarung	200
9.2.4	Unternehmensmitbestimmung kraft Gesetzes	204
9.2.5	Der Umgehungsschutz nach § 30 MgVG	208
9.2.6	Zusammenfassung und Bewertung	210
10	Fazit	212
	Literaturverzeichnis	215
	Materialien	230

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1: Umwandlungsarten.....	12
Abb. 2: Arten der Verschmelzung	17
Abb. 3: Verschmelzungen nach dem Umwandlungsgesetz	18
Abb. 4: Prüfungspflicht bei Verschmelzungsprüfung.....	28
Abb. 5: Arten der Spaltung.....	43
Abb. 6: Aufbau des UmwStG	59
Abb. 7: Bewertungsmöglichkeiten des UmwStG.....	62
Abb. 8: Rechtsquellenpyramide der Societas Europaea	75
Abb. 9: Ermittlung des zu versteuernden Einkommens	79
Abb. 10: Gründung durch Verschmelzung	85
Abb. 11: Ablauf einer grenzüberschreitenden Verschmelzung	145

Abkürzungsverzeichnis

Abb.	Abbildung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union (EGV-Lissabonner Fassung)
a.F.	alte Fassung
AfA	Absetzung für Abnutzung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht
BB	Betriebs-Berater
BC	Bilanzbuchhalter und Controller
BewG	Bewertungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR	Bundesrat
BStBl	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BV	Besloten vennootschap
BVG	Besonderes Verhandlungsgremium
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CAPM	Capital Asset Pricing Model

DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
DCF	Discounted Cash-Flow
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat
Drucks.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
dt.	deutsch
EBITDA	Earnings before Interests, Taxes, Depreciation and Amortisation
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossen- schaftsregister sowie das Unternehmensregister
EPG	Europäische Privatgesellschaft
EstG	Einkommensteuergesetz
et al.	et alii = und andere
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
e.V.	eingetragener Verein
evtl.	eventuell
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
ff.	fort folgende
FR	Finanz-Rundschau
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GrEStG	Gründerwerbsteuergesetz
Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HV	Hauptversammlung
i.d.F.	in der Fassung
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
insb.	Insbesondere
i.R.d.	im Rahmen der
i.S.d.	im Sinne des
IStR	Internationales Steuerrecht
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KapGes.	Kapitalgesellschaft
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KStG	Körperschaftsteuergesetz
lt.	laut
Ltd.	Limited
MA	Musterabkommen
MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MittBayNot	Mitteilungen der Bayerischen Notarkammer
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
o.J.	ohne Jahr
o.O.	ohne Ort
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe
PLC	Public Limited Company
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
Rs.	Rechtssache
S.	Satz
SCE	Societas Cooperativa Europaea
SE	Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft)
SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft
SEEG	Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft
SEStEG	Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften

SEStEG-E	Entwurf des Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 08. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
sog.	so genannte
SolZG	Solidaritätszuschlaggesetz
SPE	Societas Privata Europaea
SPE-VOE	Entwurf für eine Verordnung über das Statut einer Societas Privata Europaea
SpruchG	Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren
u.a.	unter anderem
UmwBerG	Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
v.	vom
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VRL	Verschmelzungsrichtlinie
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
WFBV	Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen; zu deutsch: Gesetz über formal ausländische Gesellschaften
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
z.B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
zzgl.	zuzüglich

Anhangsverzeichnis

Anhang I: Muster - Verschmelzungsvertrag.....	232
---	-----

1 Einleitung

1.1 Problemstellung und Zielsetzung

Bei der Gründung eines Unternehmens spielen vielfältige wirtschaftliche und rechtliche Faktoren eine Rolle, welche die Wahl der Rechtsform beeinflussen. Allerdings können sich diese Faktoren im Laufe der Zeit ändern, z.B. durch Änderung der allgemeinen Wirtschaftslage, einen Wechsel des wirtschaftspolitischen Kurses, das Wachsen des Unternehmens oder auch durch Veränderungen von Steuergesetzen, z.B. durch die Unternehmensteuerreform 2008.¹ Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften steuerlich unterschiedlich behandelt werden.² Aufgrund dieser Tatsachen muss den Unternehmen die Möglichkeit gegeben werden, sich den veränderten Verhältnissen durch einen Wechsel der Rechtsform anzupassen.³ Aber auch die stärker zusammenwachsenden Märkte zwingen die wirtschaftlichen Akteure immer mehr dazu, ihren Blick über die Grenze zu richten. Ein offensichtliches Mittel hierzu sind vor diesem Hintergrund die grenzüberschreitenden Umwandlungen, um die wirtschaftliche Aktivität auf fremde Märkte auszudehnen und Unternehmen aus verschiedenen Ländern zusammenzuschließen.⁴

Die Idee der grenzüberschreitenden Verschmelzung trat nicht erst in den letzten Jahren auf, da sich bereits im Jahre 1901 das Kammergericht hiermit beschäftigen musste. In diesem Fall sollte eine deutsche Aktiengesellschaft auf eine luxemburgische Société anonym verschmolzen werden. Zwar wurde die Eintragung der Auflösung der deutschen AG im Handelsregister noch vorgenommen, die Umschreibung des gesamten Vermögens auf die aufnehmende luxemburgische Gesellschaft wurde jedoch durch das deutsche Registergericht verweigert. In diesem Zusammenhang wurde auf die

¹ Vgl. Wöhe, G. (2002), Seiten 802-803.

² Vgl. Madl, R. (2008), Seiten 4-5.

³ Vgl. Wöhe, G. (2002), Seiten 802-803.

⁴ Vgl. Spahlinger, A. / Wegen, G. (2006), Seite 721.

ausschließliche Möglichkeit einer Verschmelzung auf eine Gesellschaft mit Sitz innerhalb des Deutschen Reiches verwiesen.⁵

Für lange Zeit war die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung für deutsche Gesellschaften ausgeschlossen. Begründet wurde dies durch die Vorschriften des § 1 (1) UmwG, wonach ausschließlich Rechtsträger mit Sitz im Inland umgewandelt werden können. Auch andere Länder, z.B. die Niederlande, Schweden, Irland oder Dänemark, erlaubten keine grenzüberschreitenden Verschmelzungen, wohingegen sie nach italienischem, portugiesischem und spanischem Recht zulässig waren. Eine Möglichkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) am 08.10.2004 geschaffen. Demnach ist seitdem zumindest eine grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften zur Gründung einer Europäischen Gesellschaft innerhalb der Grenzen der europäischen Gemeinschaft möglich. Aufgrund des strengen numerus clausus der Gründungsmöglichkeiten dürfte diese Form der grenzüberschreitenden Verschmelzung allerdings nur für eine geringe Zahl von Unternehmen von Interesse sein.⁶

Eine entscheidende Wendung brachte die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache SEVIC Systems AG am 13.12.2005.⁷ Laut Entscheidung des EuGH ist die generelle Verweigerung der Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung mit der Niederlassungsfreiheit dann nicht vereinbar, „wenn innerstaatliche Verschmelzungen bei Erfüllung bestimmter Anforderungen eingetragen werden.“⁸ Fast zeitgleich trat am 15.12.2005 die Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten in Kraft. Seit Inkrafttreten dieser Richtlinie dürfen die Gerichte eine grenzüberschreitende Verschmelzung nicht mehr mit der Begründung ablehnen, dass ein an der Verschmelzung beteiligter Rechtsträger

⁵ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 1.

⁶ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 1-2.

⁷ EuGH, RS. C-411/03 v. 13.12.2005 – Sevic Systems AG.

⁸ Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 2.

seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat. Außerdem sind nach Art. 19 dieser Richtlinie die Bundesrepublik Deutschland sowie die anderen Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, diese bis zum 31.12.2007 in nationales Recht umzusetzen.⁹ Diese Umsetzung erfolgte durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.04.2007¹⁰ sowie durch das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen¹¹ noch vor Ablauf der Umsetzungsfrist Ende 2007. Mit Hilfe dieser Gesetze wurde erstmals das Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften normiert und ein für die Praxis handhabbarer Regelungsrahmen geschaffen.¹²

Ziel dieser Arbeit ist es, in einem ersten Schritt die einzelnen Arten der nationalen Verschmelzung sowie deren Ablauf aufzuzeigen und zu beschreiben. Der Grund für diese Betrachtung ist, dass die Vorschriften bezüglich der grenzüberschreitenden Verschmelzung eine Art Sondervorschrift darstellen und diese teilweise auf die Regelungen zur innerstaatlichen Verschmelzung verweisen. Ferner zielt diese Arbeit darauf ab, die einzelnen Entwicklungsschritte der grenzüberschreitenden Verschmelzung darzustellen und zu erläutern. In diesem Zusammenhang wird zunächst die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft mittels Verschmelzung als die erste Form der grenzüberschreitenden Verschmelzung dargestellt. In einem nächsten Schritt wird die Frage nach der Vereinbarkeit von Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV und grenzüberschreitender Verschmelzung behandelt, wobei insbesondere die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache SEVIC Systems AG hervorzuheben ist. Ein weiterer wichtiger Schritt ist die Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten und deren Umsetzung in nationales Recht.

⁹ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 2-3.

¹⁰ BGBl. Teil I, Nr. 15 vom 24.04.2007, Seiten 542-548.

¹¹ BGBl. Teil I, Nr. 65 vom 28.12.2006, Seiten 3332-3342.

¹² Vgl. Klein, S. (2007), Seite 566.

1.2 Aufbau

Die Arbeit befasst sich zunächst mit einer kurzen Einführung in die Thematik einer Umwandlung. In diesem Zusammenhang wird zunächst ein Überblick über die Entstehungsgeschichte des deutschen Umwandlungsrechts gegeben, aufgegliedert in das Umwandlungsgesetz und das Umwandlungssteuergesetz. Daran anschließend werden die verschiedenen Arten einer Umwandlung dargestellt, im Einzelnen die Verschmelzung, die Spaltung, die Vermögensübertragung sowie der Formwechsel. Aufgrund des thematischen Zusammenhangs liegt der Schwerpunkt dieser Betrachtung auf der Verschmelzung. Ferner werden die einzelnen Schritte einer Verschmelzung beschrieben. Abschließend werden in diesem Kapitel einige Änderungen innerhalb des Umwandlungssteuergesetzes in Zusammenhang mit dem Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) kurz dargestellt.

Im Anschluss an diese nationale Betrachtung erfolgen eine kurze Definition des Begriffs der grenzüberschreitenden Verschmelzung sowie eine Darstellung einzelner Motive hierfür. Des Weiteren wird die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nach altem Recht, also vor der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache SEVIC Systems AG, der Richtlinie 2005/56/EG sowie deren Umsetzung in nationales Recht aufgezeigt.

Das nachfolgende Kapitel befasst sich mit der Europäischen Aktiengesellschaft. Da die Societas Europaea bzw. SE die erste Form der grenzüberschreitenden Verschmelzung darstellt, ist sie im Hinblick auf die Thematik dieser Arbeit von nicht unbeträchtlicher Bedeutung. Die Betrachtung der SE beginnt mit einer kurzen Einführung in die Entstehungsgeschichte. In einem nächsten Schritt werden die rechtlichen Grundlagen der SE aufgezeigt. Daran anschließend werden sowohl die Rechtsnatur als auch die Organisationsverfassung der SE in Grundzügen dargelegt. Hauptaugenmerk dieses Kapitels liegt auf den Gründungsmöglichkeiten der SE, hauptsächlich der Gründung mittels Verschmelzung. Im Anschluss daran erfolgt eine Bewertung dieser

supranationalen Rechtsform. Den Abschluss dieses Kapitels bildet ein kurzer Ausblick auf die geplante Rechtsform der Societas Privata Europaea.

Das nächste Kapitel dieser Arbeit befasst sich mit der Niederlassungsfreiheit sowie der grenzüberschreitenden Verschmelzung. Hierbei wird insbesondere auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache SEVIC Systems AG eingegangen und die Folgen dieser Entscheidung dargestellt und gewürdigt. Allerdings finden auch weitere Entscheidungen des EuGH die Niederlassungsfreiheit betreffend in diesem Kapitel Erwähnung. Abschließend wird die Frage nach der Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Personengesellschaften behandelt.

Im nächsten Abschnitt wird die Richtlinie 2005/56/EG (Verschmelzungsrichtlinie) einer genaueren Betrachtung unterzogen. Die Betrachtung beginnt mit der Entstehungsgeschichte dieser Richtlinie. Daran anschließend werden der Inhalt sowie der Anwendungsbereich aufgezeigt. Abschließend erfolgt eine kurze Bewertung der Verschmelzungsrichtlinie.

Hauptaugenmerk dieser Arbeit liegt auf der Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in nationales Recht. Es werden in diesem Zusammenhang sowohl die Vorschriften des neu eingeführten Zehnten Abschnitts im Zweiten Buch des Umwandlungsgesetzes mit dem Titel „Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften“ als auch die des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung ausführlich dargelegt und bewertet.

Die Betrachtung der Neuregelungen des Umwandlungsgesetzes beginnt mit dem sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich dieser Bestimmungen. Im Anschluss daran wird die Frage nach dem anwendbaren Recht bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beantwortet. Nachfolgend werden die einzelnen Verfahrensschritte einer grenzüberschreitenden Verschmelzung dargelegt. Abschließend erfolgt eine zusammenfassende Bewertung der vorangegangenen Betrachtung.

Hinsichtlich des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung werden zunächst die Zielsetzung und das Regelungskonzept sowie das anwendbare Recht aufgezeigt. Nachfolgend erfolgt eine Darstellung sowohl der Mitbestimmung kraft Vereinbarung als auch der Mitbestimmung kraft Gesetz. Der Umgehungsschutz nach § 30 MgVG wird ebenfalls kurz behandelt. Auch hier erfolgt abschließend eine zusammenfassende Bewertung.

Ihren Abschluss findet die Arbeit im Fazit.

2 Entwicklung und Grundzüge des deutschen Umwandlungsrechts

Das deutsche Umwandlungsrecht wird im Umwandlungsgesetz geregelt. Es werden hiermit grundsätzlich zwei Ziele verfolgt. Ein Ziel des Umwandlungsrechtes ist die Änderung von bzw. in Gesellschaftsformen. Hierbei ist zu beachten, dass diese Änderung ohne die Auflösung der bestehenden Gesellschaft, die daran anschließende Liquidation sowie eine etwaige Neugründung einer anderen Gesellschaft, auf die dann z.B. das Vermögen der alten Gesellschaft einzeln im Rahmen der Unternehmensnachfolge übertragen wird, vonstatten geht.¹³ Somit betrifft die Umwandlung, anders als die Auflösung eines Unternehmens und die daran anschließende Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände, das Unternehmensvermögen im Ganzen.¹⁴ Bei dieser Überleitung von einer Gesellschaftsform in eine andere werden zwei Arten unterschieden. Für den Fall, dass eine Gesellschaftsform mit der anderen strukturgleich ist, spricht man von einer sog. formwechselnden Umwandlung. Dies ist z.B. bei einer Umwandlung einer GmbH in eine AG der Fall, wobei es sich bei beiden Gesellschaftsformen um Kapitalgesellschaften handelt. Von einer sog. übertragenden Umwandlung spricht man hingegen, wenn die beiden Gesellschaftsformen nicht strukturgleich sind, z.B. bei einer Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft. Das gleiche Ziel wird bei einer Verschmelzung verfolgt. Bei einer Verschmelzung werden zum einen die Verschmelzung durch Neugründung und zum anderen die Verschmelzung durch Aufnahme unterschieden. Die genauere Definition dieser beiden Verschmelzungsarten erfolgt im nachfolgenden Abschnitt. Auch hierbei werden die verschmelzenden Gesellschaften nicht aufgelöst, es erfolgt vielmehr eine Fusion.¹⁵

Das zweite Ziel des Umwandlungsrechtes ist die Vereinfachung der Vermögensübertragung, da bei den oben beschriebenen Vorgängen das Vermögen der einen Gesellschaft auf eine andere übertragen wird. Ausnahme hiervon bildet nur die formwechselnde Umwandlung. Für den Fall, dass das

¹³ Vgl. Ahrens, C. (2008), Seite 115.

¹⁴ Vgl. Montag, H. (2005), Seite 777.

¹⁵ Vgl. Ahrens, C. (2008), Seite 115.

gesamte Unternehmensvermögen auf die herkömmliche Weise übertragen würde, müsste jedes einzelne Recht nach den entsprechenden gesetzlichen Vorschriften übertragen werden. Im Gegensatz hierzu wird das Gesellschaftsvermögen im Rahmen des Umwandlungsrechts durch eine Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession) übertragen. Darüber hinaus wird eine Aufdeckung sowie Versteuerung etwaiger stiller Reserven im Rahmen von § 16 EStG sowie § 8 KStG i.V.m. § 16 EStG durch das Umwandlungssteuergesetz vermieden. Demnach sind Umwandlungsvorgänge grundsätzlich steuerneutral, ein weiterer Unterschied zur bloßen Anteilsübertragung.¹⁶

Im Rahmen des Umwandlungsgesetzes werden sämtliche Umwandlungsmöglichkeiten für alle Rechtsformen in einem Gesetz zusammengefasst. Dies hat unter anderem auch zur Folge, dass die zivilrechtliche Unterscheidung zwischen natürlichen Personen, Personengesellschaften und juristischen Personen zum Teil aufgegeben wird.¹⁷

2.1 Entstehungsgeschichte des deutschen Umwandlungsrechts

2.1.1 Umwandlungsgesetz

Erst durch das Umwandlungsgesetz 1969 hat sich das deutsche Umwandlungsrecht zu einem eigenständigen Rechtssystem entwickelt. Bis zu diesem Punkt ist es schrittweise aus dem Aktienrecht entstanden.¹⁸ Am 01.01.1995 ist das Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28.10.1994 in Kraft getreten. Das in Artikel I dieses Gesetzes geregelte UmwG stellt dessen Kernstück dar. Bis dahin waren die Bestimmungen, welche für die Umstrukturierung von Unternehmen bedeutsam sind, über mehrere Gesetze verteilt. Dies waren das oben bereits erwähnte Umwandlungsgesetz 1969, das

¹⁶ Vgl. Ahrens, C. (2008), Seiten 115-116.

¹⁷ Vgl. Montag, H. (2005), Seite 777.

¹⁸ Vgl. Beuthien, V. / Helios, M. (2006), Seite 369.

Aktiengesetz, das Kapitalerhöhungsgesetz, das Genossenschaftsgesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz.¹⁹

Darüber hinaus waren diese Umstrukturierungsmaßnahmen in diesen Vorschriften nur unzureichend geregelt.²⁰ So wurde z.B. „die verschmelzende Umwandlung gesellschaftsrechtlicher Vereinigungen als dreiaktiger Vorgang begriffen.“²¹ Es war demnach zunächst notwendig, den alten Rechtsträger aufzulösen. In einem zweiten Schritt musste der neue Rechtsträger gegründet und im abschließenden dritten Schritt das gesamte Vermögen des alten Rechtsträgers auf den neuen übertragen werden. Erschwerend kam bei diesem Vorgehen noch hinzu, dass aufgrund des verfügungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes alle Vermögensgegenstände einzeln zu übertragen waren.²²

Im neuen Umwandlungsgesetz wurden die unternehmerischen Umstrukturierungsmöglichkeiten nunmehr in einem einzigen Gesetz zusammengefasst und systematisiert (Rechtsbereinigung). Des Weiteren wurden gesetzliche Lücken geschlossen und neue Möglichkeiten gegeben, die rechtlichen Strukturen eines Unternehmens der wirtschaftlichen Lage anzupassen.²³ Es wurde in diesem Zusammenhang auch Rechtsformen die Möglichkeit einer Umwandlung gegeben, welche in der bis dahin geltenden Rechtslage nicht erfasst waren sowie neue Umwandlungsvarianten geschaffen.²⁴

Eine erneute Änderung erfuhr das Umwandlungsgesetz erst durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.04.2007, welches am 24.04.2007 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht wurde.²⁵ Der wesentliche Grund für diese Gesetzesänderung liegt in der Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten. Diese Richtlinie wurde am 25.11.2005 im Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 310 Seite 1 ff. veröffentlicht und ist gem. Art. 19 VRL bis Dezember 2007

¹⁹ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 3.

²⁰ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 3.

²¹ Beuthien, V. / Helios, M. (2006), Seite 369.

²² Vgl. Beuthien, V. / Helios, M. (2006), Seite 369.

²³ Vgl. Brönner, H. (2007), Seite 420.

²⁴ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 3.

²⁵ Vgl. BGBl. I 2007, Seiten 542-548.

in nationales Recht umzusetzen. Dieser Verpflichtung wurde im Rahmen des Umwandlungsgesetzes mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes Genüge getan.²⁶

2.1.2 Umwandlungssteuergesetz

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass die Gesetzesbezeichnung irreführend sein kann, denn Ziel des Umwandlungssteuergesetzes ist es eigentlich, die Steuerbelastung bei einer Umwandlung zu vermeiden. Es werden vielmehr durch das UmwStG Sonderregelungen geschaffen zu den §§ 16 EStG und 11 KStG, sodass die Aufdeckung und Versteuerung stiller Reserven im Rahmen der Umwandlung vermieden wird. Trotzdem soll durch das UmwStG auch sichergestellt werden, dass eine Nichtbesteuerung der Umwandlung verhindert wird.²⁷

Neben dem Umwandlungsgesetz wurde 1995 auch das Umwandlungssteuergesetz in vielen bedeutsamen Bereichen neu gefasst.²⁸ Das neue Recht ist erstmals auf Umstrukturierungsmaßnahmen anzuwenden, welche auf einem Rechtsakt beruhen, der nach dem 31.12.1994 wirksam wird. Eine wichtige Änderung ermöglicht die steuerneutrale Verschmelzung sowie den steuerneutralen Formwechsel von Kapitalgesellschaften auf Personenhandelsgesellschaften und natürliche Personen. Des Weiteren wird die Spaltung von Kapitalgesellschaften einschließlich der Spaltung auf Personengesellschaften behandelt. Nicht im Rahmen des UmwStG von 1995 gesetzlich geregelt sind die Spaltung von Personengesellschaften sowie die Einbringung einzelner Wirtschaftsgüter.²⁹ Allerdings führten auch vereinzelt Steuergesetzänderungen im Umwandlungssteuergesetz zu einer Verschärfung der Rechtslage sowie zu

²⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 1.

²⁷ Vgl. Brönner, H. (2007), Seite 427.

²⁸ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 1.

²⁹ Vgl. Brönner, H. (2007), Seiten 427-429.

einer damit einhergehenden Verschlechterung für die Durchführung einer steuerneutralen Umstrukturierung.³⁰

Eine erneute Änderung des Umwandlungssteuergesetzes ergab sich durch das Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG), welches am 12.12.2006 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde.³¹ Grund für diese Änderung war die Verpflichtung Deutschlands, im nationalen Steuerrecht die Verordnung zur europäischen Aktiengesellschaft und –genossenschaft sowie die Fusionsrichtlinie zu berücksichtigen.³² Weitere Änderungen ergaben sich durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007³³ sowie das Jahressteuergesetz 2008 vom 20.12.2007.³⁴

2.2 Arten der Umwandlung

Einleitend werden in der nachfolgenden Übersicht die verschiedenen Arten der Umwandlung unter Angabe der gesetzlichen Vorschriften systematisch dargestellt.

³⁰ Vgl. Hegemann, J. / Querbach, T. (2007), Seite 17.

³¹ BGBl. I 2006, Seiten 2782 ff.

³² Vgl. Hegemann, J. / Querbach, T. (2007), Seite 17.

³³ BGBl. I 2007, Seiten 1912 ff.

³⁴ BGBl. I 2007, Seiten 3150 ff.

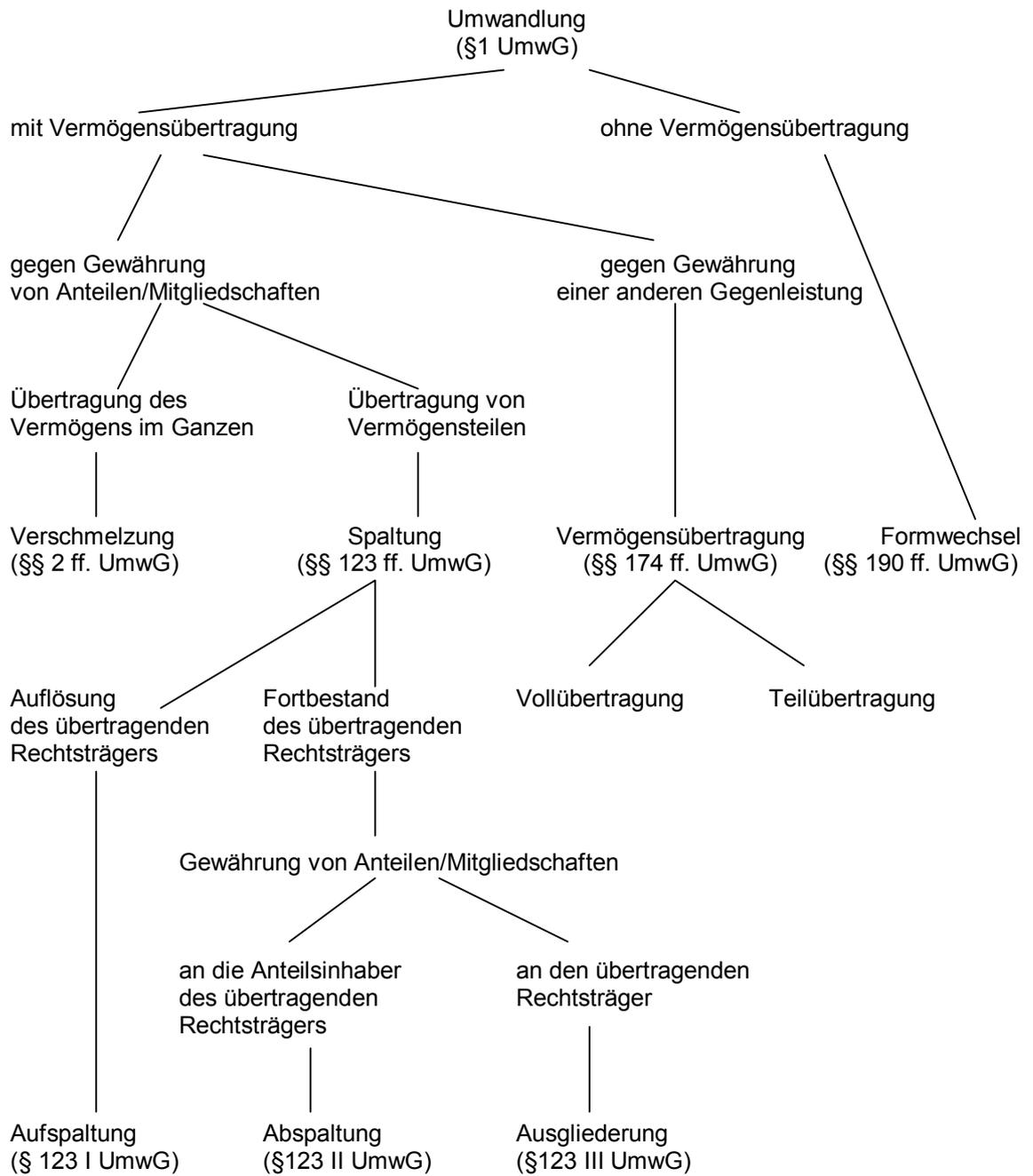


Abb. 1: Umwandlungsarten
Quelle: Montag, H. (2005), Seite 779.

2.2.1 Systematik des Umwandlungsgesetzes

Das Erste Buch des UmwG, welches sich zugleich mit § 1 UmwG erschöpft, gibt die im Rahmen des UmwG geregelten Möglichkeiten von Umwandlungen wieder. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass sich die dort aufgeführten Umwandlungsmöglichkeiten lediglich auf die Rechtsträger beschränken, welche ihren Sitz im Inland haben. Es werden somit also an dieser Stelle nur die nationalen Umwandlungen behandelt. Eine Ausnahme von dieser Regelung bildet die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, welche in den §§ 122a ff. UmwG geregelt ist und, sofern sich aus diesem Abschnitt des Umwandlungsgesetzes nichts anderes ergibt, auf die Vorschriften hinsichtlich der nationalen Verschmelzung von Kapitalgesellschaften zurückgreift. Über die in § 1 (1) UmwG genannten Möglichkeiten hinaus ist gem. § 1 (2) UmwG eine andere als in Abs. 1 genannte Form der Umwandlung nur dann möglich, wenn sie durch ein anderes Bundes- bzw. Landesgesetz ausdrücklich zugelassen ist.

Das Zweite Buch des Umwandlungsgesetzes, welches die Paragraphen 2 bis 122 umfasst, befasst sich mit der Verschmelzung. Die Spaltung wird im Dritten Buch dieses Gesetzes behandelt, welches die Paragraphen 123 bis 173 UmwG umfasst. Das Vierte Buch befasst sich mit der Thematik der Vermögensübertragung, welche in den Paragraphen 174 bis 189 UmwG geregelt wird. Schlussendlich behandelt das Fünfte Buch in den Paragraphen 190 bis 304 UmwG die Möglichkeit des Formwechsels. Zu beachten ist, dass zu Beginn jedes einzelnen Buches zunächst die allgemeinen Grundsätze der Umstrukturierung normiert und daran anschließend die Abweichungen aufgezeigt werden.³⁵

Das Sechste Buch des UmwG behandelt die Strafvorschriften und Zwangsgelder, Buch Sieben die Übergangs- und Schlussvorschriften. Aufgrund der Komplexität der Thematik werden nachfolgend lediglich die Grundzüge der einzelnen Umwandlungsmöglichkeiten dargestellt.

³⁵ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 3.

2.2.2 Verschmelzung

Zunächst soll eine kurze Definition des Begriffes der Verschmelzung gegeben werden. „Die Verschmelzung nach dem UmwG ist die Übertragung des Vermögens eines oder mehrerer Rechtsträger als Ganzes auf einen anderen Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger unter Ausschluss der Liquidation der beteiligten Rechtsträger.“³⁶ Hierbei gilt es zu beachten, dass gem. § 2 UmwG das gesamte Vermögen im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht. Der übertragende Rechtsträger erlischt ohne Abwicklung.³⁷ Durch die Verschmelzung schließen sich die beteiligten Rechtsträger nicht nur zu einer wirtschaftlichen, sondern auch zu einer rechtlichen Einheit zusammen.³⁸

Die Angleichung der mitgliedstaatlichen Regelungen über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften wurde durch die am 09. Oktober 1978 verabschiedete Dritte Richtlinie³⁹ bezweckt. Die Richtlinie beabsichtigt vordringlich die Einführung eines Mindestschutzes der Gläubiger sowie der Anteilseigner. Dementsprechend existieren auch für einem anderen Mitgliedstaat angehörende Gläubiger bzw. Aktionäre einer verschmolzenen Aktiengesellschaft zumindest dem Standard der Richtlinie entsprechende Schutzbestimmungen. Aufgrund des dritten Erwägungsgrundes sowie des Art. 2 der Richtlinie sind alle Mitgliedstaaten zur Einführung des Instituts der Verschmelzung in das nationale Recht verpflichtet. Deutschland ist dieser Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie durch das Verschmelzungsrichtlinie-Gesetz vom 25.10.1982⁴⁰ nachgekommen.⁴¹

³⁶ Ballreich, H. (2002), Seite 7.

³⁷ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 131.

³⁸ Vgl. Wöhe, G. (2002), Seite 810.

³⁹ Dritte Richtlinie des Rates vom 09. Oktober 1978 gemäß Art. 54 (3) g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/855/EWG), ABl. Nr. L 295/36 vom 20.10.1978.

⁴⁰ Gesetz zur Durchführung der Dritten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Verschmelzungsrichtlinie-Gesetz), BGBl. 1982, S. 1425 ff.

⁴¹ Vgl. Habersack, M. (2006), Seiten 194-196.

2.2.2.1 Arten der Verschmelzung

Wie oben bereits erwähnt existieren zwei Arten von Verschmelzung. Dies ist zum einen die Verschmelzung durch Aufnahme gem. § 2 Nr. 1 UmwG und zum anderen die Verschmelzung durch Neugründung nach § 2 Nr. 2 UmwG. Die Verschmelzung durch Aufnahme ist in den §§ 4-35, 46-55 sowie 60-72 UmwG geregelt. Bei der Verschmelzung durch Aufnahme wird „durch Übertragung des Vermögens eines oder mehrerer Rechtsträger (übertragende Rechtsträger) als Ganzes auf einen anderen bestehenden Rechtsträger (übernehmender Rechtsträger) gegen Gewährung von Aktien bzw. Geschäftsanteilen dieses Rechtsträgers die Verschmelzung herbeigeführt.“⁴² Die Verschmelzung durch Aufnahme bildet bei einer Unternehmensumstrukturierung gewöhnlich den Regelfall, z.B. die Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft (sog. up-stream-merger), die Verschmelzung der Muttergesellschaft auf eine Tochtergesellschaft (sog. down-stream-merger) oder die Verschmelzung zweier Schwestergesellschaften (sog. side-stream-merger).⁴³

Im Gegensatz dazu steht die Verschmelzung durch Neugründung. Diese ist in den §§ 36-38, 56-59 und 73-76 UmwG normiert. Zu beachten ist hier, dass bei den Vorschriften zur Verschmelzung durch Neugründung auf die Vorschriften zur Verschmelzung durch Aufnahme, welche den Grundfall darstellen, verwiesen wird, z.B. in § 36 UmwG, und lediglich die davon abweichenden Regelungen gesetzlich gesondert aufgeführt werden.⁴⁴ Bei der Verschmelzung durch Neugründung „wird ein neuer Rechtsträger gebildet, auf den das Vermögen jeder der sich vereinigenden Gesellschaften als Ganzes gegen Gewährung von Aktien oder Geschäftsanteilen des neuen Rechtsträgers übergeht.“⁴⁵

Die Verschmelzung durch Neugründung, welche seit dem AktG 1937 zulässig ist, stellt weiterhin einen Sonderfall dar. Der Grund liegt darin, dass zu dem eigentlichen Verschmelzungsvorgang noch die Gründung eines neuen

⁴² Brönner, H. (2007), Seite 1285.

⁴³ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 7.

⁴⁴ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 143.

⁴⁵ Brönner, H. (2007), Seite 1286.

Rechtsträgers hinzukommt. Nach § 36 (2) S. 1 UmwG sind bei der Gründung des neuen Rechtsträgers auch die für diesen geltenden Gründungsvorschriften zu beachten. Die übertragenden Rechtsträger stehen hierbei gem. § 36 (2) S. 2 UmwG den Gründern gleich. Dies hat unter anderem zur Folge, dass neben der erhöhten Komplexität dieses Vorgangs noch erhöhte Kosten durch die Neugründung hinzukommen. Dies sind z.B. hohe Notariatskosten oder eine etwaige Grunderwerbsteuer aufgrund der Übertragung aller Grundstücke der Rechtsträger. Außerdem muss gem. § 37 UmwG im Verschmelzungsvertrag auch die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag des neuen Rechtsträgers enthalten sein. Aus diesen Gründen wird in der Praxis die Verschmelzung durch Neugründung nur in wenigen Fällen in Betracht kommen. Dies könnte z.B. dann der Fall sein, wenn zwei in etwa gleich große Gesellschaften sich nicht darüber einig werden können, welche Gesellschaft die andere aufnimmt.⁴⁶

Eine zusammenfassende Übersicht über die möglichen Verschmelzungsarten gibt die nachfolgende Abbildung.

⁴⁶ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 143-144.

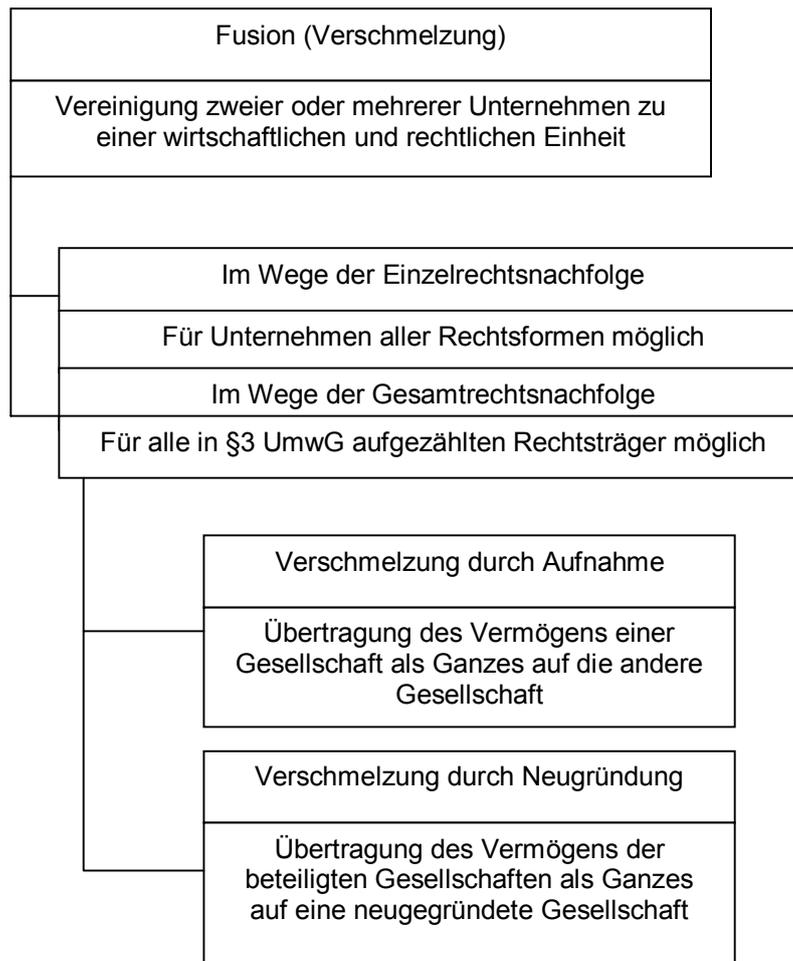


Abb. 2: Arten der Verschmelzung
 Quelle: Wöhe, G. (2002), Seite 811.

2.2.2.2 Verschmelzungsfähige Rechtsträger

Die verschmelzungsfähigen Rechtsträger werden in § 3 (1) UmwG genannt. Demnach können an einer Verschmelzung als übertragende, übernehmende oder neue Rechtsträger beteiligt sein:

- Personenhandelsgesellschaften (offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften) und Partnerschaftsgesellschaften (§ 3 (1) Nr. 1 UmwG);
- Kapitalgesellschaften (Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien)

(§ 3 (1) Nr. 2 UmwG);

- eingetragene Genossenschaften (§ 3 (1) Nr. 3 UmwG);
- eingetragene Vereine (§ 21 BGB) (§ 3 (1) Nr. 4 UmwG);
- genossenschaftliche Prüfungsverbände (§ 3 (1) Nr. 5 UmwG);
- Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.⁴⁷

Nach § 3 (2) UmwG können außerdem gem. § 3 (2) Nr. 1 UmwG wirtschaftliche Vereine i.S.d. § 22 BGB, sofern sie übertragender Rechtsträger sind, und gem. § 3 (2) Nr. 2 UmwG natürliche Personen, welche als Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft deren Vermögen übernehmen, an einer Verschmelzung beteiligt sein. Zu beachten ist, dass gem. § 3 (3) UmwG auch aufgelöste Gesellschaften als übertragende Gesellschaften fungieren können, sofern die Fortsetzung dieser Rechtsträger beschlossen werden könnte.

Nach dem Umwandlungsgesetz sind die nachfolgend aufgezeigten Verschmelzungen möglich:

Von der Personenhandelsgesellschaft und Partnerschaftsgesellschaft auf	<ul style="list-style-type: none">- Personenhandelsgesellschaft;- Genossenschaft,- Kapitalgesellschaft,
Von der Kapitalgesellschaft auf	<ul style="list-style-type: none">- Personenhandelsgesellschaft,- Partnerschaftsgesellschaft,- Kapitalgesellschaft,- Genossenschaft,- natürliche Personen,
Von der Genossenschaft auf	<ul style="list-style-type: none">- Personenhandelsgesellschaft,- Partnerschaftsgesellschaft,- Kapitalgesellschaft,- Genossenschaft,
Vom eingetragenen Verein auf	<ul style="list-style-type: none">- Personenhandelsgesellschaft,- Kapitalgesellschaft,- Genossenschaft,- eingetragenen Verein,
Vom genossenschaftlichen Prüfungsverband auf	<ul style="list-style-type: none">- genossenschaftlichen Prüfungsverband,

Abb. 3: Verschmelzungen nach dem Umwandlungsgesetz

Quelle: Madl, R. (2008), Seite 11.

⁴⁷ Vgl. § 3 (1) UmwG.

2.2.2.3 Vor- und Nachteile der Verschmelzung als Form der Unternehmensumstrukturierung

Der Vorteil einer solchen Verschmelzung liegt in der Bündelung der Ressourcen beim übernehmenden Rechtsträger, wodurch sich auf bestimmten Märkten wesentliche Vorteile ergeben können. So könnte z.B. durch diese Ressourcenbündelung die Vormachtstellung auf Absatz- und Beschaffungsmärkten gesichert sowie die Finanzierungsbasis erweitert werden. Ein anderer Grund für eine Verschmelzung könnte z.B. die gemeinsame Verwertung von Patenten oder die Vereinheitlichung und Vereinfachung des Produktionsprogramms sein. Als vorteilhaft erweist sich ferner die Möglichkeit der Zusammenfassung einzelner Unternehmen, ohne dass es einer vorherigen Liquidation eines der beteiligten Rechtsträger bedarf, was den Übertragungsvorgang wesentlich vereinfacht. Außerdem werden durch die vollständige Übernahme eines Rechtsträgers unternehmensinterne Organisationen geschaffen, welche der uneingeschränkten Weisung der Organe des übernehmenden Rechtsträgers unterliegen.⁴⁸

Das Konzept der Gegenleistung in Form der Anteilsgewähr stellt einen weiteren Vorteil der Verschmelzung dar, da diese Art der Gegenleistung wesentlich weniger Liquidität bedarf als ein entgeltlicher Anteilserwerb. Aus diesem Grund stellt die Verschmelzung unter Finanzierungsgesichtspunkten das günstigste Modell der Unternehmenskonzentration dar. Darüber hinaus sind Verschmelzungen oft leichter zu vereinbaren als Akquisitionen. Der Grund hierfür ist, dass die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers ihre Gesellschafterstellung bei einer Verschmelzung nicht verlieren. Außerdem liegt bei einer Verschmelzung das Risiko einer Fehlinvestition sowohl beim übertragenden als auch beim übernehmenden Rechtsträger, wohingegen bei einer Akquisition das Risiko eines Misserfolges allein vom übernehmenden Rechtsträger zu tragen ist. Weiterhin ist es möglich, eine Verschmelzung auch gegen den Willen von Minderheitsgesellschaftern durchzusetzen. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn die Minderheitsbeteiligung die 25%-Grenze nicht

⁴⁸ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 131 und 135.

überschreitet und dem Minderheitsgesellschafter keine Sonderrechte zukommen, welche eine gesonderte Zustimmung erforderlich machen.⁴⁹

Die Gesamtrechtsnachfolge im Rahmen einer Verschmelzung kann allerdings auch von Nachteil sein. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der übertragende Rechtsträger hohe Verbindlichkeiten ausweist, für welche der übernehmende Rechtsträger die Haftung übernimmt. Des Weiteren ist es nicht möglich, bestimmte Partner oder Investoren gezielt an dem Unternehmen des übertragenden Rechtsträgers zu beteiligen. Wie oben bereits erwähnt kann es auch bei einer Grundbesitzübertragung zu einer erheblichen Belastung durch die Grunderwerbsteuer kommen. Gem. § 8 (1) GrEStG bemisst sich die Grunderwerbsteuer nach dem Wert der Gegenleistung und beträgt gem. § 11 (1) GrEStG 3,5 %. Darüber hinaus kann es bei einer Verschmelzung auch zu personalpolitischen Problemen, gerade im Bereich der Führungskräfte kommen, da qualifiziertes Personal des übertragenden Rechtsträgers oftmals nicht gehalten werden kann.⁵⁰

2.2.3 Ablauf einer Verschmelzung

2.2.3.1 Verschmelzungsvertrag

Am Anfang des Verschmelzungsvorganges steht der Verschmelzungsvertrag gem. § 4 UmwG, welcher gem. § 6 UmwG der notariellen Beurkundung bedarf. Zuständig für diesen Vertrag sind die jeweiligen Vertretungsorgane der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger. Gem. § 5 (1) Nr. 1-9 UmwG muss der Verschmelzungsvertrag bzw. sein Entwurf die nachfolgenden Angaben enthalten:

- den Namen, die Firma und den Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger (§ 5 (1) Nr. 1 UmwG),

⁴⁹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 135.

⁵⁰ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 133-134.

- eine Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens als Ganzes gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten (§ 5 (1) Nr. 2 UmwG),
- das Umtauschverhältnis der Anteile und die Höhe von eventuellen Zuzahlungen sowie die Einzelheiten der Gewährung der Gesellschaftsrechte (§ 5 (1) Nr. 3 UmwG),
- Einzelheiten für die Übertragung der Anteile des übernehmenden Rechtsträgers oder über den Erwerb der Mitgliedschaft beim übernehmenden Rechtsträger (§ 5 (1) Nr. 4 UmwG),
- den Zeitpunkt, von dem an diese Anteile bzw. die Mitgliedschaften einen Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren nebst aller Besonderheiten bezüglich dieses Anspruches (Gewinnbezugsrecht) (§ 5 (1) Nr. 5 UmwG),
- den Umwandlungsstichtag (§ 5 (1) Nr. 6 UmwG),
- Regelungen über besondere Rechte der Gesellschafter (z.B. Anteile ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien, Mehrstimmrechtsaktien, Schuldverschreibungen und Genussrechte) (§ 5 (1) Nr. 7 UmwG),
- besondere Vorteile, welche einem Mitglied eines Vertretungs- oder Aufsichtsorgans der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger, einem Gesellschaftergeschäftsführer, einem Partner sowie einem Abschluss- bzw. Verschmelzungsprüfer gewährt werden (§ 5 (1) Nr. 8 UmwG),
- die Folgen für die Arbeitnehmer sowie deren Vertretung nebst der vorgesehenen Maßnahmen (§ 5 (1) Nr. 9 UmwG).⁵¹

Hinsichtlich des Verschmelzungsstichtages ist anzumerken, dass dieser grundsätzlich frei zu bestimmen ist. Es handelt sich hierbei um den Zeitpunkt, „von dem an die Handlungen des übertragenden Rechtsträgers im Innenverhältnis als für Rechnung des Übernehmenden vorgenommen gelten.“⁵² Somit betrifft der Verschmelzungsstichtag das Innenverhältnis und dient ferner als Stichtag für die steuerlich relevante Übertragung gem. § 2 (1) S. 1 UmwStG. Der Verschmelzungsstichtag muss mit dem Stichtag der Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers übereinstimmen.⁵³

⁵¹ Vgl. Hegemann, J. / Querbach, T. (2007), Seite 28.

⁵² Ballreich, H. (2002), Seite 10.

⁵³ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 11.

Darüber hinaus muss der Verschmelzungsvertrag gem. § 29 (1) S. 1 UmwG zwingend ein Barabfindungsangebot für jeden Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers enthalten, welcher gegen den Verschmelzungsbeschluss des übertragenden Rechtsträgers Widerspruch zur Niederschrift erklärt, wenn eine Mischverschmelzung vorliegt, d.h. der übernehmende Rechtsträger eine andere Rechtsform hat als der übertragende Rechtsträger, oder wenn die Anteile oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger Verfügungsbeschränkungen unterworfen sind (§ 29 (1) S. 2 UmwG).⁵⁴

Neben den oben dargelegten Angaben kann der Verschmelzungsvertrag noch rechtsformspezifische Angaben erfordern. Dies sind bei einer Personengesellschaft als übernehmendem Rechtsträger Bestimmungen über die Art der Haftung in der übernehmenden Personengesellschaft oder der Betrag der Einlage jedes Gesellschafters (§ 40 (1) S. 1 UmwG). Sollte eine Partnerschaftsgesellschaft der übernehmende Rechtsträger sein, so muss der Verschmelzungsvertrag gem. § 45b UmwG für jeden Anteilseigner eines übertragenden Rechtsträgers Angaben enthalten über den Namen und Vornamen sowie den in der Partnerschaftsgesellschaft ausgeübten Beruf.⁵⁵ Bei einer solchen Partnerschaftsgesellschaft handelt es sich um eine Gesellschaft, in welcher sich gem. § 1 (1) PartGG Angehörige freier Berufe, wie z.B. Steuerberater oder Rechtsanwälte, zur Berufsausübung zusammenschließen können.⁵⁶

Stellt der übernehmende Rechtsträger eine GmbH dar, so müssen im Verschmelzungsvertrag zusätzlich noch der Nennbetrag des Geschäftsanteils jedes hinzukommenden Gesellschafters (§ 46 (1) UmwG), Angaben über Abweichungen aufgrund einer Kapitalerhöhung geschaffener gegenüber originärer GmbH-Anteile (§ 46 (2) UmwG) sowie besondere Bestimmungen für Gesellschafter, welche vorhandene Geschäftsanteile übernehmen sollen (§ 46 (3) UmwG) angegeben sein.⁵⁷

⁵⁴ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 11.

⁵⁵ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 180.

⁵⁶ Vgl. Klunzinger, E. (2002), Seite 335.

⁵⁷ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 180-181.

Im Falle einer AG oder einer KGaA als übernehmendem Rechtsträger sind sowohl ein Treuhänder zur Entgegennahme von Aktien und baren Zuzahlungen gem. §§ 71 (1), 73, 78 UmwG sowie unbekannte Aktionäre gem. § 35 UmwG zu benennen. Bei einer Genossenschaft als übernehmendem Rechtsträger sind gem. § 80 (1) UmwG abweichende Angaben zu § 5 (1) Nr. 3 UmwG sowie Angaben über die Stichtage der Schlussbilanzen der übertragenden Genossenschaften gem. § 80 (2) UmwG zu machen.⁵⁸

Der Verschmelzungsvertrag oder dessen Entwurf ist gem. § 5 (3) UmwG spätestens einen Monat vor der Versammlung der Anteilseigner dem zuständigen Betriebsrat zuzuleiten. Hierdurch soll die Arbeitnehmervertretung von den Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und deren Vertretung unterrichtet werden.⁵⁹

Zu beachten ist, dass in den gesetzlichen Regelungen lediglich die Angaben aufgezählt werden, welche zwingend im Verschmelzungsvertrag erforderlich sind. Darüber hinaus kann der Verschmelzungsvertrag beliebige weitere sowohl konstitutive als auch deklaratorische Vorschriften aufnehmen. So können z.B. Bestimmungen über die Firmierung gem. § 18 UmwG, über die Tragung der mit der Verschmelzung einhergehenden Kosten sowie Kündigungsrechte in den Vertrag aufgenommen werden.⁶⁰ Das Muster eines solchen Verschmelzungsvertrages ist als Anhang I dieser Arbeit angefügt.

2.2.3.2 Verschmelzungsbericht

Den nächsten Schritt des Verschmelzungsvorgangs stellt der Verschmelzungsbericht dar, welchen gem. § 8 (1) UmwG die Vertretungsorgane jedes an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgers ausführlich schriftlich zu erstellen haben. In diesem müssen „die Verschmelzung, der Verschmelzungsvertrag

⁵⁸ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 180-181.

⁵⁹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 148.

⁶⁰ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 181.

oder sein Entwurf im einzelnen und insbesondere das Umtauschverhältnis der Anteile oder die Angaben über die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger sowie die Höhe einer anzubietenden Barabfindung rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet werden.“⁶¹ Die Erläuterungen müssen so beschaffen sein, dass ein juristisch nicht vorgebildeter Anteilseigner die einzelnen Regelungen in Grundzügen nachvollziehen kann.⁶² In diesem Zusammenhang sind insbesondere „abweichende Gewinnbezugs- und Verschmelzungsstichtage, die Festlegung des Bewertungsstichtages, Angaben über die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger sowie in dem Zusammenhang veränderte Rechtspositionen der Anteilsinhaber im alten und neuen Rechtsträger, Sitzveränderungen, Begründungen für Rechtseinzäumungen an einzelne Anteilsinhaber oder Verwaltungsorgane und Aufsichtsräte“⁶³ zu erläutern. Außerdem muss auf besondere Schwierigkeiten bei der Unternehmensbewertung hingewiesen werden, wobei in diesem Zusammenhang Bewertungsprobleme, welche sich aus der Lage bzw. dem Betätigungsfeld des Unternehmens ergeben, gemeint sind.⁶⁴

Das Kernstück des Verschmelzungsberichts bilden die Erläuterungen zur Ermittlung des Umtauschverhältnisses sowie der Barabfindung. Hierdurch soll dem Anteilseigner eine Plausibilitätskontrolle der vorgesehenen Umtauschverhältnisse ermöglicht werden, da diese Punkte für ihn von unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse sind.⁶⁵ Aus diesem Grund muss der Verschmelzungsbericht Angaben über die Bewertung des Gesellschaftsvermögens enthalten, aus denen der Aktionär bzw. der Gesellschafter die Bewertungsgrundlagen für die Festlegung des Umtauschverhältnisses nachvollziehen kann.⁶⁶ Jedoch müssen diese Informationen nicht so umfangreich sein, dass der Anteilseigner anhand der angegebenen Zahlen den Unternehmenswert selbst berechnen kann.⁶⁷

⁶¹ § 8 (1) S. 1 UmwG.

⁶² Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 188.

⁶³ Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 188.

⁶⁴ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 188.

⁶⁵ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 188-189.

⁶⁶ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 12.

⁶⁷ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 189-190.

Die Darstellung des Umtauschverhältnisses im Verschmelzungsbericht gliedert sich in drei Schritte:

- „Erläuterung der zur Bewertung der Rechtsträger angewendeten Methode,
- Ermittlung der zur Bewertung herangezogenen künftigen Einnahmenüberschüsse/Einzahlungsüberschüsse,
- Erläuterung des Kapitalisierungszinssatzes.“⁶⁸

Das Verhältnis der Unternehmenswerte der beteiligten Rechtsträger bildet die Grundlage zur Bestimmung des Umtauschverhältnisses, wobei die Verfahren zur Unternehmensbewertung detailliert im Verschmelzungsbericht zu beschreiben und evtl. zu begründen sind. In diesem Zusammenhang reicht die Nennung der angewandten Bewertungsmethode oder ein Verweis auf den Standard S 1 des Hauptfachausschusses des IDW zur Unternehmensbewertung nicht aus.⁶⁹

Der Unternehmenswert basiert auf einem abgezinnten Cash-Flow bzw. auf abgezinnten künftigen Einnahmeüberschüssen, welche regelmäßig aus Daten der Vergangenheit abgeleitet werden und im Verschmelzungsbericht zu beziffern sind. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf einzugehen, um welche außerordentlichen Aufwendungen bzw. Erträge die Vergangenheitsergebnisse bereinigt wurden.⁷⁰ Die Unternehmensbewertung ist grundsätzlich anhand überschussorientierter Bewertungsverfahren vorzunehmen, da nur künftige Unternehmenserfolge den Wert des Unternehmens zutreffend bestimmen können.⁷¹ Bei Anwendung des DCF-Verfahrens (Discounted Cash-Flow-Verfahren) ist der Weg zur Bestimmung des Cash-Flow darzulegen. Sollte das Ertragswertverfahren Anwendung finden, ist die Überleitung von Aufwendungen und Erträgen zu Einnahmen und Ausgaben darzustellen. Aus diesen Vergangenheitszahlen werden die zukünftigen Planzahlen abgeleitet, welche auf bestimmten, im Verschmelzungsbericht darzulegenden Annahmen beruhen. Dies sind z.B. die Prämissen zur

⁶⁸ Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 190.

⁶⁹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 190-191.

⁷⁰ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 191.

⁷¹ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 12.

Entwicklung der Umsatzerlöse, des Material- und Personalaufwands oder die Steuerbelastung. Es ist hierbei darauf zu achten, dass die Plausibilität der zugrunde gelegten Annahmen vom Anteilseigner zu überprüfen sein muss.⁷²

Der dritte Schritt bei der Darstellung des Umtauschverhältnisses im Verschmelzungsbericht betrifft die Ermittlung des Kapitalisierungszinssatzes, welche im Bericht zu erläutern und zu begründen ist. Anzugeben sind in diesem Zusammenhang die Höhe des Kapitalisierungszinssatzes sowie die Art der Bestimmung dieses Zinssatzes. So kann der Kapitalisierungszinssatz z.B. nach dem Capital Asset Pricing Model (CAPM) ermittelt werden. Alternativ wird häufig auf einen um Risikozuschläge und Investitionsabschläge bereinigten Zins abgestellt. Diesem liegt als Basiszins die Durchschnittsrendite inländischer Staatsanleihen zugrunde.⁷³

Auf die Erstellung eines Verschmelzungsberichtes kann gem. § 8 (3) UmwG verzichtet werden, wenn alle Anteilsinhaber sämtlicher beteiligter Rechtsträger hierauf in notariell beurkundeter Form verzichten oder bei der Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf eine 100%ige Muttergesellschaft.⁷⁴ Der notariell beurkundete Verzicht bietet sich gerade bei kleineren Gesellschaften an. Innerhalb des besonderen Verschmelzungsrechts sind weitere Erleichterungen normiert. So kann im Falle einer Personenhandelsgesellschaft auf den Verschmelzungsbericht gem. § 41 UmwG verzichtet werden, wenn alle Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sind.⁷⁵

Sinn des Verschmelzungsberichtes ist die Darstellung der beabsichtigten Verschmelzung, wobei insbesondere die wirtschaftlichen Ziele zu erläutern sind, die damit verfolgt werden. Ferner muss den Anteilseignern die Möglichkeit gegeben werden, die Vorteile und Risiken der Verschmelzung vor Beschlussfassung anhand des Berichtes abwägen zu können, da der Verschmelzungsvertrag bzw. dessen Entwurf allein keine ausreichende Entscheidungsgrundlage bildet. Somit dient der Verschmelzungsbericht in

⁷² Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 191-192.

⁷³ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 192.

⁷⁴ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 11.

⁷⁵ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 184.

erster Linie dem Schutz der Anteilseigner.⁷⁶ Im Verschmelzungsbericht sind außerdem die einzelnen Bestimmungen des Verschmelzungsvertrages zu erläutern.⁷⁷

2.2.3.3 Verschmelzungsprüfung und Prüfungsbericht

Der Verschmelzungsvertrag bzw. dessen Entwurf sind gem. § 9 (1) UmwG durch einen oder mehrere sachverständige Prüfer zu prüfen, sofern es durch die Bestimmungen des UmwG vorgeschrieben ist. Demnach ergibt sich die tatsächliche Prüfungspflicht, abhängig von der Rechtsform der beteiligten Rechtsträger, aus den besonderen Vorschriften des UmwG. Welche Rechtsformen zur Prüfung verpflichtet sind, ist neben den zugehörigen Vorschriften aus der nachfolgenden Tabelle ersichtlich. Die Gesetzestextangaben beziehen sich hier ausschließlich auf das UmwG.

⁷⁶ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 185.

⁷⁷ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seiten 11-12.

Beteiligte Rechtsträger	Verschmelzungsprüfungspflicht	Verschmelzung durch Aufnahme	Verschmelzung durch Neugründung
AG	Ja	§ 60 (1)	§§ 73 i.V.m. § 60 (1)
KGaA	Ja	§ 78 S. 1 i.V.m. § 60 (1)	§ 78 S. 1 i.V.m. §§ 73, 60 (1)
GmbH	Auf Verlangen eines Gesellschafters	§ 48 S. 1	§ 48 S. 1
Personengesellschaft (OHG, KG, GmbH & Co.KG) Partnerschaftsgesellschaft	Auf Verlangen eines Gesellschafters, falls im Gesellschaftsvertrag eine Mehrheitsentscheidung der Gesellschafter vorgesehen ist	§ 44 S. 1 i.V.m. § 43 (2)	§ 44 S. 1 i.V.m. § 43 (2)
Genossenschaft	Prüfungsgutachten gem. § 81 (1)	§ 81 (1)	§ 81 (1)
rechtsfähiger wirtschaftlicher Verein	Ja	§ 100 S. 1	§ 100 S. 1
eingetragener Verein	Auf Verlangen von mind. 10% der Mitglieder	§ 100 S. 2	§ 100 S. 2
VVG	Nein	Umkehrschluß zu § 9 (1)	Umkehrschluß zu § 9 (1)
Kapitalgesellschaften, die mit Vermögen einer natürlichen Person als Alleingesellschafter verschmolzen wird	Nein	§ 121	-

Abb. 4: Prüfungspflicht bei Verschmelzungsprüfung
Quelle: Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 195.

Wie dieser Tabelle entnommen werden kann, sind drei Arten von Prüfungspflichten zu unterscheiden: die Antragsprüfung, die Pflichtprüfung mit Verzichtsmöglichkeit und die Pflichtprüfung ohne Verzichtsmöglichkeit. Eine Antragsprüfung liegt dann vor, wenn die Prüfung nicht zwingend gesetzlich vorgeschrieben ist. In der Regel findet sie nur dann statt, wenn mindestens ein Gesellschafter dies verlangt. Eine Pflichtprüfung mit Verzichtsmöglichkeit ist hingegen bei der AG und der KGaA gegeben, da gem. § 9 (2) und (3) UmwG auf die Prüfung verzichtet werden kann. Dem gegenüber steht die Pflichtprüfung ohne Verzichtsmöglichkeit, welche für die Genossenschaft normiert ist. Gem. § 81 (1) S. 1 UmwG ist für jede an der Verschmelzung beteiligte Genossenschaft eine gutachtliche Äußerung des Prüfungsverbandes einzuholen, die die Verschmelzungsprüfung gem. §§ 9-12 UmwG ersetzt. Der

Grund für die Vornahme einer Prüfung liegt im Schutz der Anteilseigner sowohl des übertragenden als auch des übernehmenden Rechtsträgers begründet. Demnach sollen die Anteilseigner vor Beschlussfassung ein zuverlässiges Urteil eines unabhängigen Sachverständigen über die Angemessenheit des ihnen auf Grund eines Eingriffs in ihre Gesellschafterstellung gewährten Ausgleichs erhalten.⁷⁸

Nach § 10 (1) S. 1 UmwG werden die Verschmelzungsprüfer entweder durch das Vertretungsorgan der beteiligten Rechtsträger oder auf Antrag des Vertretungsorgans vom Gericht bestellt. Die Prüfer können gem. § 10 (1) S. 2 UmwG auf gemeinsamen Antrag der Vertretungsorgane für mehrere oder alle beteiligten Rechtsträger bestellt werden.

Wie oben bereits erwähnt ist der Verschmelzungsvertrag bzw. sein Entwurf Gegenstand der Prüfung gem. § 9 (1) UmwG. Im Gegensatz dazu ist der Verschmelzungsbericht nicht zu prüfen. Bei der Prüfung des Verschmelzungsvertrages sind insbesondere die folgenden Punkte zu berücksichtigen:

- Prüfung des Zustandekommens des Verschmelzungsvertrages
- Prüfung der Vollständigkeit und Richtigkeit der im Verschmelzungsvertrag gemachten Angaben
- Prüfung der Pflichtangaben im Verschmelzungsvertrag
- Prüfung des angemessenen Umtauschverhältnisses.⁷⁹

Gem. § 12 (1) UmwG haben die Prüfer nach Abschluss der Prüfung schriftlich über das Ergebnis der Verschmelzungsprüfung zu berichten, der Prüfungsbericht stellt somit einen Ergebnisbericht dar. Die notwendigen Inhalte sind in § 12 (2) UmwG normiert. Demnach sind im Bericht die zur Unternehmensbewertung gewählten Methoden (§ 12 (2) S. 2 Nr. 1 UmwG), die Begründung für die Anwendung dieser Methoden (§ 12 (2) S. 2 Nr. 2 UmwG) sowie die bei der Anwendung verschiedener Methoden ermittelten Umtauschverhältnisse (§ 12 (2) S. 2 Nr. 3 UmwG) darzulegen.⁸⁰ Des Weiteren

⁷⁸ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 194-196.

⁷⁹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 201-204.

⁸⁰ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 14.

muss der Prüfungsbericht abschließend eine Erklärung darüber enthalten, „ob das vorgeschlagene Umtauschverhältnis der Anteile, gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlungen oder die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger als Gegenwert angemessen ist.“⁸¹

2.2.3.4 Verschmelzungsbeschluss

Nach § 13 (1) S. 1 UmwG ist es für das Wirksamwerden des Verschmelzungsvertrages unabdingbar, dass die Anteilseigner der beteiligten Rechtsträger diesem zustimmen. Darüber hinaus muss dieser Beschluss gem. § 13 (1) S. 2 UmwG zwingend in einer Versammlung der Anteilseigner gefasst werden. Hinsichtlich der Ladung der Anteilseigner zur Versammlung enthält der allgemeine Teil des Verschmelzungsrechts keine Regelungen, sodass die gesetzlichen oder gesellschaftsrechtlichen Regelungen zur Anwendung kommen und der Verschmelzungsbeschluss als Tagesordnungspunkt zu bezeichnen ist. Gem. §§ 42, 47 UmwG sind bei einer Personengesellschaft oder GmbH als beteiligtem Rechtsträger spätestens mit der Ladung zur Versammlung sowohl der Verschmelzungsvertrag als auch der Verschmelzungsbericht zu übersenden, bei anderen Gesellschaftsformen tritt an die Stelle der Übersendung die Auslegung gem. §§ 63, 82, 101 UmwG. Ferner muss der Verschmelzungsvertrag bei einer AG gem. § 61 UmwG bekannt gemacht werden.⁸²

Gem. §§ 49 (2), 63 (1), 82 (1) und 101 (1) UmwG sind zur Vorbereitung der beschlussfassenden Versammlung in den Geschäftsräumen der jeweiligen Rechtsträger neben Verschmelzungsvertrag und dem Verschmelzungsbericht auch die Jahresabschlüsse der letzten drei Jahre der beteiligten Rechtsträger nebst Lagebericht auszulegen. Dies ist jedoch bei Personengesellschaften nicht

⁸¹ § 12 (2) S. 1 UmwG.

⁸² Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 208-209.

erforderlich. Den Anteilseignern sind auf Verlangen Abschriften dieser Unterlagen zu erteilen.⁸³

In der Versammlung haben die Anteilseigner grundsätzlich den Beschluss mit einer qualifizierten $\frac{3}{4}$ - Mehrheit zu fassen, wobei jedoch größere Mehrheiten und weitere Erfordernisse zulässig sind, sofern sie durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag bestimmt sind (vgl. §§ 50 (1), 65 (1), 84 UmwG). Das Erfordernis der qualifizierten $\frac{3}{4}$ - Mehrheit ergibt sich aus §§ 43 (2), 50 (1), 65 (1), 78, 84, 103, 106, 112 (3) und 118 UmwG. Eine Ausnahme hiervon bildet allerdings die Personenhandelsgesellschaft. Gem. § 43 (2) S. 2 UmwG kann die einstimmige Entscheidung durch Gesellschaftsvertrag auf eine $\frac{3}{4}$ - Mehrheit der abgegebenen Stimmen abgemindert werden.⁸⁴ Des Weiteren sind im Umwandlungsgesetz neben der genannten $\frac{3}{4}$ - Mehrheit weitere Zustimmungserfordernisse geregelt. Gem. §§ 50 (2), 13 (2) UmwG müssen grundsätzlich die Anteilseigner zustimmen, deren Sonderrechte berührt werden. Dies ist z.B. bei der Geschäftsführung oder der Bestellung der Geschäftsführung der Fall. Darüber hinaus müssen gem. §§ 51, 78 UmwG die Anteilseigner zustimmen, deren Haftungsrisiko sich durch die Verschmelzung vergrößert.⁸⁵

Zu beachten ist, dass das Umwandlungsgesetz nicht die Geltung des allgemeinen Gesellschaftsrechts beseitigt.⁸⁶ „Dementsprechend gelten die Grundsätze zur Vollversammlung nach §§ 51 (3) GmbHG, 241 Nr. 1 AktG, d.h. daß Mängel der Ladung bei Erscheinen oder Vertretung aller Gesellschafter geheilt werden, sofern diese der Beschlussfassung nicht widersprechen.“⁸⁷ Das Gleiche gilt auch für Mängel bezüglich der Tagesordnung. Aus diesem Grund wäre es durchaus denkbar, eine Verschmelzung in relativ kurzer Zeit durchzuführen, da auf die meisten Formalitäten verzichtet werden kann. Voraussetzung ist, dass alle Gesellschafter sich einig sind.⁸⁸

Nach § 13 (3) S. 1 UmwG bedarf der Verschmelzungsbeschluss nebst den erforderlichen Zustimmungserklärungen einzelner Anteilseigner sowie der

⁸³ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seiten 14-15.

⁸⁴ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 210-212.

⁸⁵ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 15.

⁸⁶ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 212.

⁸⁷ Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 212.

⁸⁸ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 212.

Zustimmungserklärungen nicht erschienener Anteilseigner der notariellen Beurkundung. Als Anlage ist der Verschmelzungsvertrag bzw. der Entwurf dem Verschmelzungsbeschluss hinzuzufügen. Außerdem ist jedem Anteilseigner auf dessen Kosten gem. § 13 (3) S. 3 UmwG auf Verlangen eine Vertragsabschrift sowie eine Niederschrift des Beschlusses zu erteilen. Es ist außerdem üblich, bei Gesellschafterversammlungen, welche Umwandlungsbeschlüsse fassen, ein Anfechtungsverzicht mit zu beurkunden. Dies hat den Vorteil, dass bei der Anmeldung der Verschmelzung zum Handelsregister das Verstreichen der Anfechtungsfrist nicht abgewartet werden muss.⁸⁹

2.2.3.5 Kapitalerhöhung

Der Zweck einer Kapitalerhöhung liegt darin, dass im Rahmen einer Verschmelzung auf einen bestehenden Rechtsträger die Beteiligung der Anteilseigner des übertragenden an dem übernehmenden Rechtsträger sichergestellt werden muss. Bei einer Kapitalgesellschaft als übernehmendem Rechtsträger geschieht dies anhand der Gewährung von Anteilen. Diese müssen in der Regel erst durch eine Kapitalerhöhung geschaffen werden, da vor der Verschmelzung normalerweise keine ausreichende Anzahl auskehrbarer Anteile an der übernehmenden Gesellschaft zur Verfügung stehen. Die entsprechenden Vorschriften hinsichtlich der verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhung finden sich für die GmbH in den §§ 53-55 UmwG, für die AG in den §§ 66-69 UmwG. Darüber hinaus besteht, unabhängig von der Rechtsform des übertragenden Rechtsträgers, die Möglichkeit und Notwendigkeit einer durch die Verschmelzung veranlassten Kapitalerhöhung.⁹⁰

Die verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung findet in einem vereinfachten Verfahren statt und wird im UmwG selbst nicht geregelt. Stattdessen wird auf die entsprechenden Vorschriften des GmbHG und des AktG verwiesen und einzelne Normen im Hinblick auf eine Verfahrensvereinfachung von der

⁸⁹ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 15.

⁹⁰ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 214.

Verweisung ausgenommen. In der Möglichkeit der Bezugnahme auf den Verschmelzungsvertrag liegt der strukturelle Unterschied. Durch den Verschmelzungsvertrag werden Rahmen und Ziel der Kapitalerhöhung vorgegeben, wobei die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung von der Verschmelzung abhängig ist. Wie oben bereits dargelegt, sind im Verschmelzungsvertrag unter anderem die Empfänger der neu geschaffenen Anteile sowie das einzubringende Vermögen des übertragenden Rechtsträgers festgelegt. Aus diesem Grund bedarf es keiner notariell beglaubigten Übernahmeerklärung gem. § 55 (1) GmbHG bzw. einer Zeichnung der neuen Aktien gem. § 185 (1) AktG und der darauf folgenden Schritte. Hingegen sind beglaubigte Abschriften des Verschmelzungsvertrags sowie der Zustimmungsbeschlüsse der beteiligten Rechtsträger für die Anmeldung der Kapitalerhöhung erforderlich.⁹¹

Der satzungsändernde Kapitalerhöhungsbeschluss gem. § 53 GmbHG ist bei der GmbH der erste Schritt der Kapitalerhöhung. Dieser Beschluss muss mit einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der Altgesellschafter der übernehmenden Gesellschaft und spätestens vor der Anmeldung der Verschmelzung zum Handelsregister getroffen werden. Den nächsten Schritt bildet die Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister gem. § 57 GmbHG sowie die Eintragung, welche gem. § 53 UmwG vor der Eintragung der Verschmelzung erfolgen muss.

Die Kapitalerhöhung in der AG erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 182 ff. AktG. Vereinfachend kommt hinzu, dass § 182 (4) AktG keine Anwendung findet. Eine Kapitalerhöhung ist demnach auch dann möglich, wenn noch ausstehende Einlagen erlangt werden können. Gem. § 69 (1) S. 1 UmwG entfällt außerdem das Bezugsrecht für Altaktionäre gem. § 186 AktG. Eine Prüfung der Sacheinlagen gem. § 183 (3) AktG ist gem. § 69 (1) S. 1, 2. Halbs. UmwG nur in den nachfolgend genannten Fällen nötig.⁹²

- der übertragende Rechtsträger hat die Rechtsform einer Personengesellschaft, einer Partnerschaftsgesellschaft oder eines rechtsfähigen Vereins,

⁹¹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 214.

⁹² Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 214-215.

- Vermögensgegenstände werden in der Schlussbilanz eines übertragenden Rechtsträgers höher bewertet als in dessen letzter Jahresbilanz,
- die in der Schlussbilanz angesetzten Werte werden nicht als Anschaffungskosten in den Jahresbilanzen der übernehmenden Gesellschaft angesetzt, oder
- das Gericht hat Zweifel, ob der Wert der Sacheinlagen den geringsten Ausgabebetrag der dafür zu gewährenden Aktien erreicht.⁹³

Die übernehmende AG kann zur Durchführung der Verschmelzung die Aktien auch durch eine Kapitalerhöhung sowohl i.R.d. genehmigten Kapitals als auch i.R.d. bedingten Kapitals bereitstellen. Voraussetzung hinsichtlich des genehmigten Kapitals ist, dass die Ermächtigung auch die Ausgabe von Aktien gegen Sacheinlage deckt. Im Gegensatz dazu kann sich eine Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital anbieten, wenn ein Kapitalerhöhungsbeschluss in einer frühen Phase des Verschmelzungsvorgangs erfolgen soll, der genaue Umfang der für die Verschmelzung erforderlichen Kapitalerhöhung jedoch noch nicht feststeht. Nachteilig wirkt sich hierbei allerdings ein frühes Bekanntwerden der Verschmelzung aus.⁹⁴

Wie oben bereits dargelegt dient die verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung der Bereitstellung von Anteilen zur Übertragung an die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers. Die Anteilseigner sollen durch die neuen Anteile in dem Verhältnis an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt werden, der dem Wert der Rechtsträger zueinander entspricht. Der Umfang der Kapitalerhöhung ist aus diesem Grund durch das Verhältnis der tatsächlichen Unternehmenswerte grundsätzlich vorgegebenen. In die übernehmende Gesellschaft wird das Vermögen der übertragenden Gesellschaft als Sacheinlage eingebracht.⁹⁵

Nach herrschender Meinung sind die Vorschriften der Differenzhaftung gem. § 9 i.V.m. § 56 GmbHG bzw. die Vorschriften der Bardeckungspflicht gem.

⁹³ Vgl. § 69 (1) S. 1, 2. Halbsatz UmwG.

⁹⁴ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 215.

⁹⁵ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 215-216.

§ 188 (2) S. 1 i.V.m. § 36 a (2) S. 3 AktG anzuwenden. Da die Beteiligung der Gesellschafter an dem übernehmenden Rechtsträger dem Verhältnis der Unternehmenswerte entsprechen muss, ist die Verschmelzung eines überschuldeten Rechtsträgers auf eine andere Gesellschaft, sofern eine Kapitalerhöhung erforderlich ist, unzulässig. Grund hierfür ist, dass die Neuausgabe eines Anteils in der vorgeschriebenen Mindestgröße (§ 55 (1) S. 3 GmbHG, § 8 (2) AktG) zu einer gem. §§ 9 c, 57 a GmbHG, § 9 (1) AktG verbotenen Unterpari-Emission führen würde. Um diese Verschmelzung trotzdem durchführen zu können, müsste entweder der übertragende Rechtsträger vorher saniert oder die gesunde Gesellschaft auf den überschuldeten Rechtsträger verschmolzen werden.⁹⁶

Der genaue an die Anteilseigner der übertragenden Gesellschaft zu leistende Betrag lässt sich aufgrund der Mindeststückelung der Anteile nicht allein durch die Ausgabe neuer Anteile zusammenstellen. Gem. §§ 54 (4) bzw. 68 (3) UmwG besteht die Möglichkeit einer baren Zuzahlung, welche allerdings auf 10% der von der übernehmenden Gesellschaft gewährten Anteile begrenzt ist. Außerdem dürfen diese direkt aus dem Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers abfließenden Zuzahlungen nicht dazu führen, dass die Gewährung neuer Anteile eine Unterpari-Emission darstellen.⁹⁷

Die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung wird durch die vom Regelungsinhalt identischen Vorschriften der §§ 54 (1) und 68 (1) UmwG ausgeschlossen. Demnach darf die übernehmende Gesellschaft zur Durchführung der Verschmelzung ihr Kapital nicht erhöhen, wenn

- die übernehmende Gesellschaft Anteile eines übertragenden Rechtsträgers innehat (§§ 54 (1) S. 1 Nr. 1 UmwG bzw. 68 (1) S. 1 Nr. 1 UmwG),
- ein übertragender Rechtsträger eigene Anteile innehat (§§ 54 (1) S. 1 Nr. 2 UmwG bzw. 68 (1) S. 1 Nr. 2 UmwG), oder
- ein übertragender Rechtsträger Geschäftsanteile dieser Gesellschaft innehat, auf welche die Einlagen noch nicht voll bewirkt sind (§§ 54 (1) S. 1 Nr. 3 UmwG bzw. 68 (1) S. 1 Nr. 3 UmwG).⁹⁸

⁹⁶ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 216.

⁹⁷ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 216.

⁹⁸ Vgl. §§ 54 (1) S. 1 bzw. 68 (1) S. 1 UmwG.

Außerdem braucht gem. §§ 54 (1) S. 2 bzw. 68 (1) S. 2 UmwG die übernehmende Gesellschaft ihr Kapital nicht zu erhöhen, wenn sie eigene Anteile innehat (§§ 54 (1) S. 2 Nr. 1 UmwG bzw. 68 (1) S. 2 Nr. 1 UmwG) oder ein übertragender Rechtsträger Geschäftsanteile dieser Gesellschaft innehat, auf die die Einlagen bereits in voller Höhe bewirkt sind (§§ 54 (1) S. 2 Nr. 2 UmwG bzw. 68 (1) S. 2 Nr. 2 UmwG). Diese Anteile können dann an die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers übergeben werden.⁹⁹

2.2.3.6 Registereintragung der Verschmelzung

Für das Wirksamwerden der Verschmelzung ist die Registereintragung aller beteiligten Rechtsträger unabdingbar. Demnach ist die Verschmelzung gem. § 16 (1) S. 1 UmwG von den Vertretungsorganen jedes beteiligten Rechtsträgers zur Eintragung in das jeweilige Register am Sitz ihres Rechtsträgers anzumelden. Es kann sich hierbei um das Handelsregister, das Partnerschaftsregister, das Genossenschaftsregister oder das Vereinsregister handeln. Des Weiteren ist das Vertretungsorgan des übernehmenden Rechtsträgers gem. § 16 (1) S. 2 UmwG dazu berechtigt, die Verschmelzung am Ort des übertragenden Rechtsträgers zum Register anzumelden.¹⁰⁰

Die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger haben bei der Anmeldung verschiedene Erklärungen und Negativerklärungen abzugeben. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die Verpflichtung gem. § 16 (2) S. 1 UmwG, wonach die Vertretungsorgane zu erklären haben, dass eine Klage gegen die Wirksamkeit eines Verschmelzungsbeschlusses nicht oder nicht fristgerecht erhoben oder eine solche Klage rechtskräftig abgewiesen oder zurückgenommen worden ist. Sollte diese Erklärung nicht vorliegen, darf die Verschmelzung nach § 16 (2) S. 2 UmwG nicht eingetragen werden. Allerdings ist eine Eintragung trotzdem möglich, wenn die klageberechtigten

⁹⁹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 217.

¹⁰⁰ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 218.

Anteilseigner durch notariell beurkundete Verzichtserklärung auf die Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses verzichten. Darüber hinaus sind in den Vorschriften des besonderen Teils des Umwandlungsgesetzes weitere Erklärungen vorgesehen. Ein Beispiel hierfür bildet § 52 (1) UmwG.¹⁰¹

Gem. § 17 UmwG sind der Anmeldung zum Registergericht umfangreiche Unterlagen beizufügen, deren Vollständigkeit das Registergericht prüft.¹⁰² Diese Unterlagen sind in Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift oder, soweit sie nicht notariell zu beurkunden sind, in Urschrift oder Abschrift beizufügen. Dies sind im Einzelnen:

- der Verschmelzungsvertrag,
- die Niederschriften der Verschmelzungsbeschlüsse,
- die nach dem UmwG erforderlichen Zustimmungserklärungen einzelner Anteilseigner einschließlich der Zustimmungserklärungen nicht erschienenener Anteilseigner,
- der Verschmelzungsbericht,
- der Prüfungsbericht bzw. die entsprechenden Verzichtserklärungen,
- ein Nachweis über die rechtzeitige Zuleitung des Verschmelzungsvertrages bzw. seines Entwurfs an den zuständigen Betriebsrat,
- eine ggf. erforderliche staatliche Genehmigungsurkunde,
- die Schlussbilanz der jeweiligen Rechtsträger.¹⁰³

Darüber hinaus wird durch den besonderen Teil des Verschmelzungsrechts der Umfang der beizulegenden Unterlagen rechtsformabhängig erweitert. Beispielsweise muss gem. § 71 (1) S. 2 UmwG bei einer Verschmelzung, an der eine AG beteiligt ist, zusätzlich noch eine Erklärung des zu bestellenden Treuhänders beigefügt werden, dass die auszugebenden Aktien und baren Zuzahlungen eingegangen sind.¹⁰⁴

¹⁰¹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 218.

¹⁰² Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 16.

¹⁰³ Vgl. § 17 (1) und (2) UmwG.

¹⁰⁴ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 219.

Nach § 19 (1) S. 1 UmwG darf die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers erst erfolgen, wenn sie im Register des Sitzes jedes der übertragenden Rechtsträger eingetragen worden ist. Ferner ist das Registergericht jedes an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgers gem. § 19 (3) UmwG dazu verpflichtet, die Verschmelzung im Bundesanzeiger und mindestens einem weiteren Blatt bekannt zu machen (§ 10 HGB).¹⁰⁵

Die Wirkungen der Verschmelzung treten mit der Eintragung der Verschmelzung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers ein. Demnach geht das Vermögen der übertragenden Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über (§ 20 (1) Nr. 1 UmwG). Die übertragenden Rechtsträger erlöschen ohne Liquidation (§ 20 (1) Nr. 2 UmwG). Die ehemaligen Anteilseigner der übertragenden Rechtsträger werden Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 (1) Nr. 3 UmwG). Schließlich wird der Mangel der notariellen Beurkundung des Verschmelzungsvertrages und ggf. erforderlicher Zustimmungs- und Verzichtserklärungen einzelner Anteilseigner geheilt (§ 20 (1) Nr. 4 UmwG). Darüber hinaus lassen auch andere Eintragungsmängel die Wirkung der Eintragung gem. § 20 (2) UmwG unberührt.¹⁰⁶

2.2.3.7 Besondere Regelungen bei der Verschmelzung durch Neugründung

Lediglich drei Normen befassen sich im allgemeinen Teil des Verschmelzungsrechts mit der Verschmelzung durch Neugründung. Dies sind die §§ 36-38 UmwG. In diesem Zusammenhang beschränkt sich das Umwandlungsgesetz darauf, die entsprechenden allgemeinen Vorschriften zur Verschmelzung durch Aufnahme für anwendbar zu erklären (§ 36 (1) S. 1 UmwG). Ausnahmen hiervon bilden § 16 (1) UmwG, welcher

¹⁰⁵ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 221.

¹⁰⁶ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seiten 16-17.

durch § 38 UmwG ersetzt wird, und § 27 UmwG. Gem. § 36 (1) S. 2 UmwG tritt an die Stelle des übernehmenden der neue Rechtsträger und an die Stelle der Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers tritt die Eintragung des neuen Rechtsträgers. Ein weiterer Unterschied zur Verschmelzung durch Aufnahme ist, dass bei der Verschmelzung durch Neugründung die rechtsformabhängigen Gründungsvorschriften gem. § 36 (2) UmwG auf die Gründung des neuen Rechtsträgers anzuwenden sind, sofern sich aus dem besonderen Verschmelzungsrecht nichts anders ergibt. Eine solche Abweichung stellt z.B. § 46 (1) S. 3 UmwG dar, wonach der Mindestnennbetrag von GmbH-Geschäftsanteilen Euro 50,- statt Euro 100,- gem. § 5 (1) GmbHG beträgt. Darüber hinaus sind bei einer Verschmelzung durch Neugründung auch die Vorschriften des besonderen Verschmelzungsrechts zu beachten.¹⁰⁷

Nach § 37 UmwG muss im Verschmelzungsvertrag der Gesellschaftsvertrag, der Partnerschaftsvertrag oder die Satzung des neuen Rechtsträgers enthalten sein. Die neue Satzung wird durch den Umwandlungsbeschluss festgestellt. Darüber hinaus muss der Inhalt des Verschmelzungsvertrages mit § 5 (1) UmwG übereinstimmen. Für den Fall, dass der neue Rechtsträger eine Kapitalgesellschaft ist, sind nach §§ 57, 74 UmwG in den Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung Festsetzungen über Sondervorteile, Gründungsaufwand, Sacheinlagen und –übernahmen, die in den Gesellschaftsverträgen, Satzungen oder Statuten übertragender Rechtsträger enthalten waren, zu übernehmen. Der Grund für die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag liegt darin, dass hierdurch eine Umgehung der §§ 26, 27 AktG bzgl. der Offenlegung derartiger Vereinbarungen mit Hilfe der Verschmelzung durch Neugründung verhindert wird. Des Weiteren bleiben die Vorschriften des § 26 (4) und (5) AktG bei der Verschmelzung durch Neugründung unberührt.¹⁰⁸ Demnach können Festsetzungen erst dann geändert werden, wenn die Gesellschaft fünf Jahre im Handelsregister eingetragen ist. Darüber hinaus können gem. § 26 (5) AktG die Satzungsbestimmungen über die Festsetzung erst dann beseitigt werden, wenn die Gesellschaft seit dreißig Jahren ins Handelsregister eingetragen ist und wenn weiterhin die Rechtsverhältnisse, welche den Festsetzungen zugrunde

¹⁰⁷ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brüniger, T. (2002), Seite 224.

¹⁰⁸ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brüniger, T. (2002), Seiten 224-225.

liegen, seit mindestens fünf Jahren abgewickelt sind. In die Satzung aufgenommen werden müssen bei einer Verschmelzung außerdem, in entsprechender Anwendung des § 26 (1) und (2) AktG, neu begründete Sondervorteile sowie der aus dem Vermögen der neuen Gesellschafter zu zahlende Gründungsaufwand.¹⁰⁹

Ein Gründungsbericht sowie eine Gründungsprüfung i.S.d. § 33 (2) AktG sind gem. § 75 (2) UmwG nicht erforderlich, wenn der übertragende Rechtsträger eine Kapitalgesellschaft oder eine eingetragene Genossenschaft ist. Gleiches gilt gem. § 58 (2) UmwG für die GmbH bzw. deren Sachgründungsbericht.¹¹⁰

Im Verschmelzungsvertrag sind sowohl der erste Aufsichtsrat als auch der erste Abschlussprüfer zu bestellen, § 30 AktG gilt hinsichtlich der Bestellung des ersten Aufsichtsrats entsprechend. Den Gründern stehen hierbei gem. § 36 (2) S. 2 UmwG die übertragenden Rechtsträger gleich. Die Vorschriften über Arbeitnehmersaufsichtsräte finden gem. § 30 (2) AktG auf die Zustimmung und die Bestellung des ersten Aufsichtsrats keine Anwendung. Entsprechendes gilt auch für die GmbH.¹¹¹

2.2.4 Spaltung

Eine Spaltung liegt dann vor, wenn das Gesellschaftsvermögen einer Gesellschaft auf mindestens zwei Gesellschaften aufgeteilt wird und die Gesellschafter der bisherigen Gesellschaft an den neuen Gesellschaften beteiligt sind.¹¹² „Bei der Unternehmensspaltung erfolgt eine Neuordnung von Unternehmensteilen, z.B. von Geschäftsbereichen, d.h. von Teilen des bisherigen Gesamtvermögens von Unternehmen.“¹¹³ Vor der Änderung des UmwG 1995 konnte eine Spaltung nur als Sachgründungsvorgang, d.h. im

¹⁰⁹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 224-225.

¹¹⁰ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seiten 17-18.

¹¹¹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 225.

¹¹² Vgl. Brönner, H. (2007), Seite 456.

¹¹³ Wöhe, G. (2002), Seite. 817.

Wege der Einzelübertragung vorgenommen werden.¹¹⁴ Demnach mussten bei der Vermögensübertragung im Regelfall stille Rücklagen aufgedeckt und versteuert werden, sofern keine Sonderregelungen bestanden. Eine solche Sonderregelung betraf z.B. die Einbringung eines Betriebes oder Teilbetriebes gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten.¹¹⁵ Die Motive für eine Spaltung sind vielfältig. So kann es z.B. von Vorteil sein, eine bislang funktional ausgerichtete Organisation in eine divisionale, Profit Center orientierte Organisation zu bringen. Ferner können durch eine Spaltung auch Haftungsrisiken, wie z.B. durch das Produkthaftungsgesetz, in kleinere Gesellschaften isoliert werden, es erfolgt also eine Risikoabgrenzung.¹¹⁶

Seine Ursprünge hat das deutsche Spaltungsrecht in der auf Art. 44 (2) g) EGV gestützten Sechsten Richtlinie (Spaltungsrichtlinie),¹¹⁷ welche die Dritte Richtlinie ergänzt. Die Sechste Richtlinie trägt dem Umstand Rechnung, dass die Spaltungsvorgänge eine Nähe zur Verschmelzung aufweisen und folglich eine Gefahr der Umgehung der Schutzvorschriften der Dritten Richtlinie besteht, welche lediglich die Verschmelzung regelt. Demnach bezweckt auch die Spaltungsrichtlinie vor allem den Schutz der Gläubiger sowie der Aktionäre des sich spaltenden Rechtsträgers. Die Umsetzung der Spaltungsrichtlinie in das deutsche Recht erfolgte erst durch Art. 1 des Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28.10.1994. Bis zu diesem Zeitpunkt war dem deutschen Recht die Spaltung im Sinne der Sechsten Richtlinie nicht bekannt.¹¹⁸

Das Spaltungsrecht ist in den §§ 123-173 UmwG geregelt. Genau wie beim Verschmelzungsrecht ist auch dem Spaltungsrecht ein allgemeiner Teil vorangestellt. Hier werden die für die Spaltung von Unternehmen allgemein verbindlichen Regelungen normiert. Eine bedeutsame Vorschrift ist in diesem Zusammenhang § 125 UmwG, welcher mit wenigen Ausnahmen die Vorschriften des Verschmelzungsrechts für die Spaltung für entsprechend

¹¹⁴ Vgl. Brönner, H. (2007), Seite 457.

¹¹⁵ Vgl. Wöhe, G. (2002), Seite 817.

¹¹⁶ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 462.

¹¹⁷ Sechste Richtlinie des Rates vom 17. Dezember 1982 gemäß Art. 54 (3) g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften (82/891/EWG), ABI. Nr. L 378/47 vom 31.12.1982.

¹¹⁸ Vgl. Habersack, M. (2006), Seiten 210-211.

anwendbar erklärt.¹¹⁹ Nicht anwendbar sind jedoch die Verschmelzungsvorschriften, welche mit den einzelnen Spaltungsvorschriften nicht vereinbar sind. Ein Beispiel hierfür ist die Spaltungsprüfung, die unter bestimmten Voraussetzungen nicht erforderlich ist (vgl. § 125 S. 2 UmwG). Des Weiteren ist z.B. § 18 UmwG, welcher eine erleichterte Firmenfortführung des übernehmenden Rechtsträgers gestattet, sowohl bei der Abspaltung als auch bei der Ausgliederung nicht anwendbar.¹²⁰ Folge des § 125 UmwG ist, dass für das Spaltungsrecht nur noch die Vorschriften normiert werden, welche von denen der Verschmelzung abweichen. Dies führt einerseits zur Straffung des Gesetzes, fördert andererseits jedoch auch die Unübersichtlichkeit, da der Gesetzesanwender nunmehr eine Vielzahl von sich ergänzenden, überlagernden oder sich sogar widersprechenden Vorschriften aus verschiedenen Büchern, Teilen und Abschnitten zu beachten hat.¹²¹

2.2.4.1 Arten der Spaltung

Gem. § 123 (1) – (3) UmwG werden die Aufspaltung, die Abspaltung und die Ausgliederung unterschieden. Die Spaltung von Unternehmen kann, ebenso wie die Verschmelzung, entweder zur Aufnahme oder zur Neugründung erfolgen. Bei der Aufnahme, welche ohne Abwicklung vollzogen wird, werden ein oder mehrere auf- oder abgespaltene Vermögensteile auf einen oder mehrere Rechtsträger verschmolzen. Bei der Spaltung zur Neugründung wird der aufnehmende Rechtsträger mit der Vermögensübernahme neu gegründet. Im Wesentlichen sind gem. § 135 (1) UmwG auf die Spaltung zur Neugründung die Vorschriften der Spaltung zur Aufnahme anzuwenden. Durch die Regelungen des § 123 (4) UmwG ist es zulässig, dass die Spaltung durch gleichzeitige Übertragung auf bestehende und neu gegründete Rechtsträger erfolgen kann.¹²²

¹¹⁹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brüniger, T. (2002), Seite 466.

¹²⁰ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 51.

¹²¹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brüniger, T. (2002), Seite 466.

¹²² Vgl. Wöhe, G. (2002), Seite 817.

Die nachfolgende Abbildung stellt die verschiedenen Arten der Spaltung, welche jeweils zur Aufnahme oder zur Neugründung vollzogen werden können, dar.



Abb. 5: Arten der Spaltung
 Quelle: Wöhe, G. (2002), Seite 818.

Die Aufspaltung ist in § 123 (1) UmwG geregelt. Hierunter „versteht das Umwandlungsgesetz die Übertragung des gesamten Vermögens eines Rechtsträgers auf mindestens zwei bestehende oder dadurch neugegründete Rechtsträger jeweils als Gesamtheit gegen Gewährung von Anteilen an den übernehmenden Rechtsträgern und unter Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers.“¹²³ Die Aufspaltung führt somit zu einer Zerschlagung des spaltenden Rechtsträgers und stellt die Umkehrung der Verschmelzung dar. Der strukturelle Unterschied zur Verschmelzung liegt darin, dass, im Gegensatz

¹²³ Ballreich, H. (2002), Seite 49.

zur Verschmelzung, nicht auf einen sondern auf mindestens zwei Rechtsträger übertragen wird.¹²⁴

Eine weitere Form der Spaltung stellt die Abspaltung dar, welche in § 123 (2) UmwG geregelt ist. Im Gegensatz zur Aufspaltung wird bei der Abspaltung nur ein Teil des Vermögens des spaltenden Rechtsträgers erfasst.¹²⁵ Ansonsten bleibt der übertragende Rechtsträger als Rechtssubjekt weiter bestehen. In der Praxis wird auf diese Weise meist ein Betriebsteil oder ein Betrieb auf einen oder mehrere andere, bereits bestehende oder neu gegründete Rechtsträger gegen Gewähr von Anteilen übertragen.¹²⁶

Des Weiteren ist gem. § 123 (3) UmwG eine Spaltung in Form der Ausgliederung möglich. Hierunter ist ein Spaltungsvorgang zu verstehen, „bei dem der Empfänger der für die Vermögensübertragung gewährten Anteile der spaltende Rechtsträger selbst ist.“¹²⁷ Dementsprechend unterscheidet sich die Ausgliederung von der Abspaltung lediglich durch die Person des Empfängers der zu gewährenden Anteile. Die Folge einer Ausgliederung ist eine Beteiligung des ausgliedernden am übernehmenden Rechtsträger. Es ist bei einer Ausgliederung möglich, alle Vermögensteile zu übertragen, sodass beim übertragenden Rechtsträger nur noch die Anteile am übernehmenden Rechtsträger verbleiben. Der übertragende Rechtsträger wird somit zu einer reinen Holding.¹²⁸ Gem. § 125 S. 2 UmwG findet bei der Ausgliederung eine Prüfung i.S.d. §§ 9-12 UmwG nicht statt.¹²⁹

2.2.4.2 Spaltungsfähige Rechtsträger

Gem. § 124 (1) UmwG sind die spaltungsfähigen Rechtsträger die in § 3 (1) UmwG genannten Rechtsformen. Demnach können an einer

¹²⁴ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 466-467.

¹²⁵ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 49.

¹²⁶ Vgl. Brönner, H. (2007), Seite 457.

¹²⁷ Ballreich, H. (2002), Seite 49.

¹²⁸ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 471.

¹²⁹ Vgl. Brönner, H. (2007), Seite 457.

Aufspaltung oder einer Abspaltung als übertragende, übernehmende oder neue Rechtsträger Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG), Partnerschaftsgesellschaften, Kapitalgesellschaften (GmbH, AG, KGaA), eingetragene Genossenschaften, eingetragene Vereine, genossenschaftliche Prüfungsverbände sowie Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit beteiligt sein.¹³⁰

Als übertragende Rechtsträger können außerdem wirtschaftliche Vereine an einer Abspaltung und einer Aufspaltung beteiligt sein.¹³¹ Darüber hinaus können als übertragende Rechtsträger die nachfolgend aufgeführten Rechtsformen eine Ausgliederung von Vermögensteilen durchführen:

- wirtschaftliche Vereine
- Einzelkaufleute
- Stiftungen
- Gebietskörperschaften
- Zusammenschlüsse von Gebietskörperschaften, die selbst keine Gebietskörperschaften sind (Zweckverbände).¹³²

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die allgemeinen Regelungen des Spaltungsrechts noch im besonderen Teil ergänzt werden. Demnach kann z.B. ein eingetragener Verein an allen Spaltungen teilnehmen. Gem. § 149 (2) UmwG kann ein solcher als aufnehmender Rechtsträger jedoch nur dann teilnehmen, wenn er wiederum andere Vereine aufnimmt.¹³³

2.2.4.3 Ablauf einer Spaltung

Aufgrund § 125 S. 1 UmwG sind die Vorschriften über den Ablauf einer Spaltung grundsätzlich identisch mit denen der Verschmelzung. Abweichungen ergeben sich aus den strukturellen Unterschieden zwischen Spaltung und

¹³⁰ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 474.

¹³¹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 474.

¹³² Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 50.

¹³³ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 475.

Verschmelzung. Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Verschmelzung und der Spaltung liegt darin, dass bei der Verschmelzung zur Neugründung mindestens zwei übertragende Rechtsträger erforderlich sind, wohingegen bei einer Spaltung zur Neugründung lediglich ein übertragender Rechtsträger beteiligt ist. Ein weiterer Unterschied ist, dass der spaltende Rechtsträger sein Vermögen mittels Vertrag bzw. Spaltungsplan verteilen muss, die Vermögensübertragung ergibt sich nicht aus der Struktur des Umwandlungsvorgangs. Im Gegensatz zur Verschmelzung gewinnen bei der Spaltung die Gesichtspunkte des Gläubiger- sowie des Arbeitnehmerschutzes an Bedeutung, da diese Gruppen von der Spaltung in weit stärkerem Umfang betroffen sind als von einer Verschmelzung.¹³⁴

Zu Beginn des Spaltungsvorganges steht der Spaltungsvertrag bzw. der Spaltungsplan. Zuständig für den Abschluss des Vertrages oder die Erstellung des Plans sind gem. § 125 i.V.m. § 4 UmwG die jeweiligen Vertretungsorgane des Rechtsträgers. Der notwendige Inhalt des Spaltungsvertrags ergibt sich aus § 126 (1) UmwG. Dieser ist in weitem Umfang identisch mit dem des Verschmelzungsvertrags gem. § 5 (1) UmwG. Neben diesen notwendigen Angaben kann und sollte der Spaltungsvertrag noch rechtsformspezifische sowie fakultative Bestandteile enthalten. Eine Besonderheit ergibt sich aus § 126 (1) Nr. 9 UmwG, wonach der Spaltungsvertrag die genaue Bezeichnung und Aufteilung der Gegenstände des Vermögens, die an jeden der übernehmenden Rechtsträger übertragen werden, enthalten muss. Des Weiteren muss angegeben werden, welche Betriebe oder Betriebsteile den jeweiligen Rechtsträgern zugeordnet werden. Sollte ein Vermögensgegenstand nicht durch den Spaltungsvertrag eindeutig einem übernehmenden Rechtsträger zugeordnet werden können und lässt sich die Zuordnung auch nicht durch Auslegung des Spaltungsvertrags ermitteln, so ist der Vermögensgegenstand gem. § 131 (3) UmwG auf alle übernehmenden Rechtsträger aufzuteilen. Das entsprechende Aufteilungsverhältnis entspricht der vertraglichen Aufteilung des Überschusses der Aktivseite der Schlussbilanz über deren Passivseite.¹³⁵

¹³⁴ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 512-514.

¹³⁵ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 514-520.

Gem. § 127 UmwG haben die jeweiligen Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger einen ausführlichen schriftlichen Spaltungsbericht zu erstatten. In diesem sind insbesondere die Spaltung sowie der Spaltungsvertrag einzeln zu erläutern. Darüber hinaus muss bei einer Auf- und Abspaltung zusätzlich noch das Umtauschverhältnis, dessen Ermittlung und die Höhe einer evtl. anzubietenden Barabfindung rechtlich und wirtschaftlich erläutert werden. § 8 (3) UmwG ist zu beachten.¹³⁶ Bei einer Auf- und Abspaltung hat grundsätzlich auch eine Spaltungsprüfung stattzufinden. Rechtliche Grundlage hierfür sind die rechtsformspezifischen Regelungen. Gem. § 125 S. 2 UmwG findet bei der Ausgliederung keine Spaltungsprüfung statt. Der Spaltungsbeschluss ist gem. § 125 i.V.m. § 13 UmwG grundsätzlich mit einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit zu treffen, allerdings können die Gesellschaftsverträge bzw. Satzungen auch höhere Mehrheiten oder sonstige Bedingungen vorsehen.¹³⁷

Eine Anmeldung zur Eintragung der Spaltung ins Handelsregister erfolgt durch die Vertretungsorgane der beteiligten Gesellschaften. Sowohl für die Anmeldung an sich als auch für die beizufügenden Unterlagen und notwendigen Erklärungen gelten die Vorschriften der §§ 16, 17 UmwG entsprechend. Die Rechtsfolgen der Registereintragung ergeben sich aus § 131 (1) UmwG.¹³⁸ Demnach hat die Registereintragung zur Folge, dass

- das Vermögen bzw. der Vermögensteil als Ganzes auf den oder die übernehmenden Rechtsträger übergeht,
- bei der Aufspaltung der übertragende Rechtsträger ohne Liquidation erlischt,
- bei Auf- bzw. Abspaltung die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers werden und sich die Rechte Dritter an den Anteilen als Rechte an den neuen Anteilen fortsetzen,
- Beurkundungsmängel geheilt werden.¹³⁹

¹³⁶ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 52.

¹³⁷ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brüniger, T. (2002), Seite 522.

¹³⁸ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seiten 52-53.

¹³⁹ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 53.

2.2.5 Vermögensübertragung

Die nächste Umwandlungsform, die durch das Umwandlungsgesetz geregelt ist, ist die Vermögensübertragung. Diese ist im 4. Buch des UmwG in den §§ 174-189 UmwG geregelt. Die Arten der Vermögensübertragung werden in § 174 UmwG normiert. Demnach sind sowohl die Vollübertragung (§ 174 (1) UmwG) als auch die Teilübertragung (§ 174 (2) UmwG) zulässig. Bei der Vollübertragung entspricht die Struktur der Verschmelzung, bei der Teilübertragung der Spaltung.¹⁴⁰ Auch bei der Vermögensübertragung wird auf vorangegangene Vorschriften des UmwG verwiesen. Gem. § 176 (1) UmwG sind für die Vollübertragung die Vorschriften des 2. Buches des UmwG (Verschmelzung) entsprechend anzuwenden, sofern sich aus den Vorschriften des 4. Buches des UmwG nichts anderes ergibt. Außerdem sind gem. § 177 UmwG auf die Teilübertragung die Vorschriften des 3. Buches des UmwG (Spaltung) anwendbar, sofern sich aus den Vorschriften des 4. Buches des UmwG nichts anderes ergibt.¹⁴¹ Allerdings sieht § 174 UmwG, im Gegensatz zur Verschmelzung bzw. Spaltung, eine Gegenleistung nicht in Anteilen am übernehmenden oder neuen Rechtsträger vor.¹⁴² Vielmehr besteht bei einer Vermögensübertragung die Gegenleistung in einer baren Ausgleichszahlung oder der Hingabe anderer Wirtschaftsgüter.¹⁴³

Es ist zu beachten, dass eine Vermögensübertragung nur in den Fällen vorgesehen ist, in denen der übernehmende Rechtsträger der Bund, die Länder, eine Gebietskörperschaft oder ein Zusammenschluss von Gebietskörperschaften (vgl. § 175 Nr. 1 UmwG), ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, ein öffentlich-rechtliches Versicherungsunternehmen oder eine Versicherungs-AG (vgl. § 175 Nr. 2 UmwG) ist.¹⁴⁴ Sie hat demnach nur einen begrenzten Anwendungsbereich. Aus diesem Grund kann der Vorgang auch durch Aufspaltung, Abspaltung oder Ausgliederung erfolgen. Die häufigste

¹⁴⁰ Vgl. Brönner, H. (2007), Seite 1290.

¹⁴¹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünner, T. (2002), Seite 815.

¹⁴² Vgl. Brönner, H. (2007), Seite 1290.

¹⁴³ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünner, T. (2002), Seite 813.

¹⁴⁴ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünner, T. (2002), Seite 815.

Form der Vermögensübertragung ist die Übertragung auf die öffentliche Hand.¹⁴⁵

Bei einer Vollübertragung i.S.d. § 174 (1) UmwG überträgt ein Rechtsträger sein Vermögen als Ganzes auf einen anderen, bereits bestehenden Rechtsträger gegen Gewährung einer Gegenleistung. Wie oben bereits erwähnt, erfolgt diese Gegenleistung in Form einer Barabfindung bzw. der Übertragung von Wirtschaftsgütern.¹⁴⁶ Gem. § 176 (2) UmwG muss die Vermögensübertragung bei dem Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers angemeldet werden. Mit Eintragung in das Handelsregister geht das Vermögen einschließlich der Verbindlichkeiten gem. § 176 (3) UmwG auf den übernehmenden Rechtsträger über. Ferner erlischt die übertragende Gesellschaft gem. § 176 (3) S. 2 UmwG, ohne dass es einer besonderen Löschung bedarf.¹⁴⁷

Hinsichtlich der Teilübertragung sind neben den Spaltungsvorschriften auch die Vorschriften des § 176 (2) – (4) UmwG gem. § 177 (2) UmwG entsprechend anzuwenden. Eine Teilübertragung ist in drei Grundfällen möglich:

- Übertragung durch Aufspaltung des gesonderten Vermögens unter Auflösung ohne Abwicklung des übertragenden Rechtsträgers auf verschiedene übernehmende Rechtsträger (§ 174 (2) Nr. 1 UmwG),
- Übertragung durch Abspaltung eines Vermögensteils unter Fortbestand des übertragenden Rechtsträgers (§ 174 (2) Nr. 2 UmwG),
- Übertragung durch Ausgliederung eines Vermögensteils unter Fortbestand des übertragenden Rechtsträgers (§ 174 (2) Nr. 3 UmwG).¹⁴⁸

¹⁴⁵ Vgl. Brönner, H. (2007), Seiten 1290-1291.

¹⁴⁶ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 99.

¹⁴⁷ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brüniger, T. (2002), Seite 816.

¹⁴⁸ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brüniger, T. (2002), Seite 816.

2.2.6 Formwechsel

Der Formwechsel gem. § 190 (1) UmwG als die einfachste und schnellste Art der Umwandlung führt zu einer Änderung des Rechtskleids des Unternehmens.¹⁴⁹ Die Gründe für einen solchen Rechtsformwechsel sind zahlreich. In vielen Fällen können steuerliche Erwägungen eine Rolle spielen, da eine Rechtsformneutralität auch durch die Unternehmenssteuerreform 2008 nicht erreicht wurde. Ein Beispiel hierfür ist die Thesaurierungsbegünstigung nicht entnommener Gewinne gem. § 34a EStG.¹⁵⁰ Weitere Gründe für einen Formwechsel können die Erschließung neuer Finanzierungsmöglichkeiten oder eine Haftungsbeschränkung sein.¹⁵¹

Normiert ist der Formwechsel im 5. Buch des UmwG in den §§ 190-304 UmwG. Auch hier ist, wie bei den anderen Umwandlungsarten, ein allgemeiner Teil vorangestellt, der die §§ 190-213 UmwG umfasst und rechtsformübergreifend die rechtlichen Anforderungen aufzeigt. Im Anschluss daran werden in den §§ 214-304 UmwG die ergänzenden Vorschriften aufgeführt. Im Gegensatz zum Spaltungsrecht, welches in weitem Umfang Bezug nimmt auf die Regelungen des Verschmelzungsrechts und daher keine eigenständige Regelung darstellt, ist das Recht des Formwechsels als eigene Rechtsmaterie der Unternehmensumstrukturierung vom Gesetzgeber ausformuliert worden. Es finden nur vereinzelt Rückgriffe auf das Verschmelzungsrecht statt.¹⁵²

2.2.6.1 Unterschiede zum Verschmelzungs- und Spaltungsrecht

Ein wichtiger Unterschied zum Verschmelzungs- bzw. Spaltungsrecht besteht darin, dass bei einem Formwechsel immer nur ein einziger Rechtsträger beteiligt ist, der Formwechsel also letztlich einen gesellschaftsinternen

¹⁴⁹ Vgl. Hegemann, J. / Querbach, T. (2007), Seite 24.

¹⁵⁰ Vgl. Hey, J. (2007), Konzept der Sondertarifierung des § 34a EStG-E, Seite 926.

¹⁵¹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 681-682.

¹⁵² Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 684.

Organisationsakt darstellt. Demzufolge existiert beim Formwechsel auch kein Vertrag. An dessen Stelle tritt der gesellschaftsinterne Umwandlungsbeschluss. Ein weiterer wichtiger Unterschied besteht darin, dass beim Formwechsel keine Vermögensübertragung erfolgt. In diesem Fall geht der Gesetzgeber davon aus, dass sich beim Formwechsel nur die rechtliche Organisation des Unternehmens ändert. Diesem wird sowohl vor als auch nach der Umwandlung dasselbe Vermögen zugeordnet. In diesem Zusammenhang spricht man vom sog. Identitätskonzept. Ferner geht der Gesetzgeber mit wenigen Ausnahmen bei einem Formwechsel von einem identischen Personenkreis aus, welcher sowohl vor als auch nach der Umwandlung an dem Rechtsträger beteiligt ist, wohingegen es bei der Verschmelzung und der Spaltung durchaus zu einem Wechsel der Anteilseigner kommen kann.¹⁵³

2.2.6.2 Formwechselfähige Rechtsträger

Gem. § 191 (1) UmwG sind als formwechselnde Rechtsträger zugelassen:

- Personenhandelsgesellschaften (§ 3 (1) Nr. 1) und Partnerschaftsgesellschaften;
- Kapitalgesellschaften (§ 3 (1) Nr. 2);
- eingetragene Genossenschaften;
- rechtsfähige Vereine;
- Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit;
- Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts.

Die Rechtsträger einer neuen Rechtsform können gem. § 191 (2) UmwG Gesellschaften bürgerlichen Rechts, Personenhandelsgesellschaften und Partnerschaftsgesellschaften, Kapitalgesellschaften und eingetragene Genossenschaften sein. Möglich ist außerdem der Formwechsel von einer Kapitalgesellschaft in eine GmbH & Co. KG als Formwechsel in eine Personengesellschaft, welcher allerdings durch den Gesetzgeber erschwert

¹⁵³ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 685.

wird.¹⁵⁴ So muss unter anderem der Kreis der Gesellschafter vor und nach dem Formwechsel identisch sein. Außerdem muss die künftige Komplementär-GmbH vor Wirksamwerden des Formwechsels an der Ausgangsgesellschaft beteiligt sein.¹⁵⁵

2.2.6.3 Grundsätzlicher Ablauf eines Formwechsels

Der Formwechsel kann, im Gegensatz zur Verschmelzung und zur Spaltung, relativ frei geplant werden und gestaltet sich auch wesentlich einfacher, da bis auf wenige Ausnahmen Dritte nicht am Formwechsel beteiligt werden und es zu keiner Vermögensübertragung kommt. Zu beachten ist lediglich die Frist von einem Monat gem. § 194 (2) UmwG. Hiernach ist dem Betriebsrat einen Monat vor der Gesellschafterversammlung der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses zu übersenden. Außerdem sind aufgrund einer nur gesellschaftsinternen Bedeutung des Formwechsels weder ein Vertrag noch eine Prüfung des Umwandlungsbeschlusses erforderlich. Jedoch ist gem. § 208 UmwG i.V.m. § 30 (2) S. 1 UmwG ein Barabfindungsangebot stets zu prüfen. Gem. § 193 (1) S. 1 UmwG ist die Voraussetzung eines Formwechsels der notariell beurkundete Beschluss der Anteilseigner, der nur in einer Gesellschafterversammlung gefasst werden darf. Auch hier ist, wie bei den anderen Umstrukturierungsmaßnahmen, eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit gem. § 217 (1) S. 3 UmwG vorgesehen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass das Gesetz für viele Konstellationen die Zustimmungsrechte einzelner Gesellschafter vorsieht, deren Rechtsposition durch den Formwechsel erheblich tangiert wird. Als Beispiel hierfür sind die Zustimmungsrechte der Gesellschafter zu nennen, die nach dem Wechsel der Rechtsform persönlich haften sollen. Nach Beschlussfassung ist der Formwechsel gem. §§ 198 ff. UmwG durch die Vertretungsorgane zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 690.

¹⁵⁵ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 728-729.

¹⁵⁶ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 691-694.

2.2.6.4 Arten des Formwechsels

Es werden grundsätzlich zwei Arten des Formwechsels unterschieden. Dies ist zum einen der Formwechsel von Personenhandelsgesellschaften in Kapitalgesellschaften (§§ 214-225 UmwG) und zum anderen der Formwechsel aus der Kapitalgesellschaft (§§ 226-257 UmwG). Der Formwechsel aus der Kapitalgesellschaft ist vom Gesetzgeber in drei Unterabschnitte unterteilt worden. Dies sind der Formwechsel von einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft (§§ 228-237 UmwG), der Formwechsel von einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform (z.B. von einer GmbH in eine AG) (§§ 238-250 UmwG) und den Formwechsel von einer Kapitalgesellschaft in eine eingetragene Genossenschaft (§§ 251-257 UmwG).¹⁵⁷ Zu beachten ist, dass durch das UmwG der Formwechsel unter Personenhandelsgesellschaften (z.B. von einer OHG in eine KG) nicht geregelt wird. Hierfür gelten die entsprechenden Vorschriften des HGB.¹⁵⁸

Der Formwechsel aus einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft ist durch die Gesetzesänderung 1995 dahingehend erschwert worden, dass nunmehr zusätzlich ein Umwandlungsbericht gem. § 192 UmwG notwendig ist. Hierdurch wird den Unternehmen auch beim Formwechsel eine weitgehende Offenbarungspflicht auferlegt, da die Vertretungsorgane des formwechselnden Rechtsträgers einen ausführlichen schriftlichen Bericht zu erstellen haben. In diesem ist neben dem Formwechsel insbesondere die künftige Beteiligung der Anteilseigner an den Rechtsträgern rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern.¹⁵⁹

Wie bereits oben erwähnt tritt an die Stelle des Umwandlungsvertrages der Umwandlungsbeschluss. Dieser muss auch auf die Belange der Arbeitnehmer eingehen, die durch den Formwechsel tangiert werden (§ 194 (1) Nr. 7 UmwG). Der notwendige Inhalt des Umwandlungsbeschlusses ist in § 194 (1) UmwG festgelegt. Über diese Angaben hinaus muss der Umwandlungsbeschluss

¹⁵⁷ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 684.

¹⁵⁸ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 715.

¹⁵⁹ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seiten 81-82.

Angaben enthalten über eine neue Satzung (§ 243 (1) i.V.m. § 218 UmwG), eine Kapitalerhöhung sowie bei einer AG Angaben über unbekannte Aktionäre (§ 213 i.V.m. § 35 UmwG).¹⁶⁰ Wie oben bereits erwähnt muss der Formwechsel in der Gesellschafter- bzw. der Hauptversammlung mit einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit des anwesenden Kapitals bzw. der abgegebenen Stimmen gefasst werden.¹⁶¹ Zu beachten sind ferner gem. § 197 UmwG grundsätzlich die Gründungsvorschriften für die jeweilige Rechtsform.¹⁶² Abschließend erfolgt die Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister. Die hierzu notwendigen Anlagen werden in § 199 UmwG genannt, die Bekanntgabe im Bundesanzeiger und in mindestens einem anderen Blatt erfolgt durch das zuständige Gericht gem. § 201 UmwG. Die Wirkungen der Eintragung sind in §§ 202, 247 UmwG normiert. Diese sind unter anderem, dass der Rechtsträger in einer neuen Rechtsform weiter besteht und dass das Stammkapital einer GmbH zum Grundkapital einer AG wird bzw. das Grundkapital einer AG zum Stammkapital einer GmbH.¹⁶³

Grundsätzlich folgt der Formwechsel von einer Personenhandelsgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft denselben Regeln wie der Formwechsel unter Kapitalgesellschaften. Unterschiede ergeben sich aus der personalistisch ausgerichteten Struktur der Personengesellschaft sowie dem kleineren Gesellschafterkreis. Aus diesem Grund unterliegt der Formwechsel einer Personengesellschaft bezüglich des Gesellschafterschutzes weniger strengen Regeln. Dies hat zur Folge, dass auf einen Umwandlungsbericht gem. § 215 UmwG auch dann verzichtet werden kann, wenn alle Gesellschafter geschäftsführungsberechtigt sind. Außerdem ist eine Prüfung des Barabfindungsangebotes gem. § 225 UmwG nur auf ausdrückliches Verlangen eines Gesellschafters erforderlich. Die Folge des Formwechsels einer Personenhandelsgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft ist, dass die persönliche Haftung der Gesellschafter beseitigt wird. Aus diesem Grund wird bei dieser Art des Formwechsels das regelungstechnische Gewicht auf den Kapitalschutz, d.h. die

¹⁶⁰ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seiten 81-82.

¹⁶¹ Vgl. § 240 (1) S. 1 UmwG.

¹⁶² Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 709.

¹⁶³ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 83.

Gewährleistung des Grund- bzw. Stammkapitals als Ersatz für die persönliche Haftung gelegt.¹⁶⁴

Durch das UmwG wird Personenhandelsgesellschaften lediglich der Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft oder eine eingetragene Genossenschaft ermöglicht, der Formwechsel zwischen einer KG und einer OHG sowie Personenhandelsgesellschaften anderer Rechtsform werden an dieser Stelle nicht geregelt. Voraussetzung für den Formwechsel ist das Bestehen einer Gesellschaft. Allerdings ist ein Formwechsel gem. § 191 (3) UmwG auch bei aufgelösten Rechtsträgern möglich, wenn die Fortsetzung in ihrer bisherigen Rechtsform beschlossen werden könnte. Außerdem ist ein Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft gem. § 220 (1) UmwG nur dann zulässig,¹⁶⁵ „wenn das Reinvermögen der formwechselnden Gesellschaft mindestens dem Betrag des Stamm- oder Grundkapitals der künftigen Kapitalgesellschaft entspricht.“¹⁶⁶

Wie schon bei Kapitalgesellschaften richtet sich der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses der Personenhandelsgesellschaften im Wesentlichen nach den Vorschriften des § 194 UmwG.¹⁶⁷ Der Schwerpunkt des Entwurfs liegt in der Festlegung der Beteiligung der Gesellschafter an der neuen Kapitalgesellschaft gem. § 194 (1) Nr. 4 UmwG. Probleme ergeben sich in diesem Zusammenhang bei der Anpassung der Kapitalverhältnisse der Personengesellschaft an die Kapitalausstattungsanforderungen der Kapitalgesellschaft sowie bei der Bestimmung der Höhe der Beteiligung der Personengesellschaft an der Kapitalgesellschaft. Hinsichtlich der Kapitalanpassung ist zu beachten, dass das Vermögen der Personengesellschaft zu Buchwerten anzusetzen ist, eine Aufdeckung der stillen Reserven erfolgt nicht. Dies hat zur Folge, dass Personengesellschaften, deren Summe der Kapitalkonten nicht dem Mindestkapital der angestrebten Gesellschaftsform entspricht, vor bzw. während des Formwechsels Kapital zuführen müssen.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 714-715.

¹⁶⁵ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 715-716.

¹⁶⁶ Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 715-716.

¹⁶⁷ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 84.

¹⁶⁸ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 716-718.

Beim Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft ist dem Umwandlungsbericht, sofern er gem. § 215 UmwG erforderlich ist, eine Vermögensaufstellung beizufügen, in welcher die Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten mit dem tatsächlichen Wert anzusetzen sind.¹⁶⁹ Der Umwandlungsbeschluss hat gem. § 217 (1) UmwG grundsätzlich in einer Gesellschafterversammlung zu erfolgen und bedarf der Zustimmung aller anwesenden Gesellschafter, wobei nicht anwesende Gesellschafter in notariell beurkundeter Form zustimmen müssen. Des Weiteren müssen hier auch der Gesellschaftsvertrag der GmbH bzw. die Satzung der AG gem. § 218 (1) UmwG festgestellt werden.¹⁷⁰ Zu beachten ist weiterhin, dass beim Formwechsel von einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft gem. § 197 UmwG die entsprechenden Gründungsvorschriften anzuwenden sind. Es gelten insbesondere die Vorschriften zur Gründerhaftung gem. §§ 9a GmbHG, 46 AktG entsprechend. Abschließend erfolgt die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister sowie die Eintragung selbst.¹⁷¹ Zu beachten ist, dass die Anteilseigner der Personengesellschaft nach der Umwandlung für Neuschulden nicht mehr persönlich haften. Allerdings bleibt gem. § 224 (1) UmwG die persönliche Haftung für Altverbindlichkeiten unberührt, wobei diese Nachhaftung gem. § 224 (2) UmwG auf fünf Jahre begrenzt ist.

Der Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft ist in den §§ 228-237 UmwG als Unterfall des Formwechsels von Kapitalgesellschaften normiert. Die Möglichkeiten des Formwechsels werden in § 228 UmwG aufgezeigt. Allerdings muss gem. § 228 (1) UmwG der Unternehmensgegenstand im Zeitpunkt des Formwechsels den Vorschriften zur Gründung einer OHG genügen. Demnach ist ein Formwechsel in eine KG bzw. OHG nur dann möglich, wenn ein Handelsgewerbe betrieben wird.¹⁷² Zulässig sind unter anderem auch der Formwechsel in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie in eine GmbH & Co. KG. Nach § 233 (1) UmwG muss der Umwandlungsbeschluss einstimmig erfolgen. Der Grund hierfür liegt in der persönlichen Haftung der Anteilseigner.¹⁷³

¹⁶⁹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seite 719.

¹⁷⁰ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 720-721.

¹⁷¹ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 724-725.

¹⁷² Vgl. Brönner, H. (2007), Seite 427.

¹⁷³ Vgl. Ballreich, H. (2002), Seite 84.

2.3 Das Umwandlungssteuergesetz

2.3.1 Gründe und Folgen der Neufassung durch das SEStEG - ein Überblick

Wie eingangs bereits erwähnt, wurde das UmwStG mit dem Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) neu gefasst. Dieses ist bezogen auf die SE. Ein entsprechender Referentenentwurf dieses Gesetzes wurde bereits am 21.04.2006 durch das BMF vorgelegt. Nach Erarbeitung des Regierungsentwurfes wurde dieser am 12.07.2006 vom Bundeskabinett verabschiedet.¹⁷⁴ Die Verkündung des SEStEG im Bundesgesetzblatt erfolgte am 12.12.2006.

Ziel der Neufassung des UmwStG ist es, die nationalen steuerlichen Vorschriften zur Unternehmensumstrukturierung an die aktuellen Entwicklungen des EU-Rechts anzupassen und „somit eine einheitliche Rechtsgrundlage für sämtliche inländischen und grenzüberschreitenden Unternehmensorganisationen zu schaffen.“¹⁷⁵

Dementsprechend wird das deutsche Umwandlungssteuerrecht durch das SEStEG internationalisiert, indem steuerliche Vergünstigungen für bestimmte grenzüberschreitende Vorgänge zugänglich gemacht werden. Bislang existierten diese lediglich für inländische Umwandlungsvorgänge. Eine Voraussetzung für die Gewährung dieser Vergünstigungen ist allerdings, dass durch den Vorgang der Umwandlung die stillen Reserven nicht definitiv der deutschen Besteuerung entzogen werden.¹⁷⁶ Auf diesen Aspekt wird in der nachfolgenden Betrachtung noch genauer eingegangen. Die neue Fassung des UmwStG ist gem. § 27 (1) S. 1 UmwStG auf alle Umwandlungen anzuwenden, die nach dem 12.12.2006, der Verkündung im Bundesgesetzblatt, zur Registereintragung angemeldet werden.

¹⁷⁴ Vgl. Rödder, T. / Schumacher, A. (2006), Das kommende SEStEG Teil I, Seite 1482.

¹⁷⁵ Kußmaul, H. (2008), Seite 584.

¹⁷⁶ Vgl. Hahn, H. (2006), Der Entwurf des SEStEG, Seite 617.

Besonders hervorzuheben ist, dass bei der Neufassung der Anwendungsbereich des UmwStG, normiert in § 1 UmwStG, auch für grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge innerhalb der EU bzw. des EWR geöffnet wurde, wohingegen im UmwStG 1995 hauptsächlich nur inländische Umwandlungsvorgänge erfasst wurden.¹⁷⁷ Umwandlungen mit Drittstaatenbezug sind allerdings auch nach neuem Recht vom Anwendungsbereich des UmwStG grundsätzlich ausgeschlossen.¹⁷⁸ Der Grund für diese Erweiterung liegt in einem rechtlichen Regelungszwang zur Europäisierung des Anwendungsbereiches, da seit dem 08.10.2004 eine grenzüberschreitende Verschmelzung zu einer Societas Europaea (SE) sowie eine grenzüberschreitende Sitzverlegung der SE möglich sind. Auch die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache SEVIC Systems AG und die Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (Verschmelzungsrichtlinie) brachten die Notwendigkeit der Europäisierung des UmwStG mit sich.¹⁷⁹ Die Europäisierung bedeutet gem. § 1 (2) UmwStG in diesem Zusammenhang, dass das UmwStG dann anzuwenden ist, wenn sowohl die übertragenden als auch die übernehmenden Rechtsträger, welche an der Umwandlung beteiligt sind, Gesellschaften bzw. natürliche Personen sind, die in der EU oder dem EWR ansässig sind bzw. ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der EU oder dem EWR haben.¹⁸⁰ Gesellschaften müssen nach dem Recht eines EU-Mitgliedstaates gegründet worden sein und sowohl Sitz als auch Ort der Geschäftsleitung müssen in einem EU-Mitgliedstaat liegen.¹⁸¹

¹⁷⁷ Vgl. Kußmaul, H. (2008), Seiten 584-585.

¹⁷⁸ Vgl. Hohenlohe, F. / Rautenstrauch, G. / Adrian, G. (2006), Seite 623.

¹⁷⁹ Vgl. Rödder, T. / Schumacher, A. (2007), endgültige Fassung des SEStEG, Seite 369.

Vgl. Bilitewski, A. (2007), Seiten 57-58.

¹⁸⁰ Vgl. Bodden, G. (2007), Seite 66.

¹⁸¹ Vgl. Rödder, T. / Schumacher, A. (2006), Das kommende SEStEG Teil II, Seiten 1525-1526.

Vgl. Lemaitre, C. / Schönherr, F. (2007), Seite 173.

2.3.2 Aufbau des Umwandlungssteuergesetzes und Zusammenspiel mit dem Umwandlungsgesetz

Grundsätzlich hängt die Anwendung des UmwStG davon ab, ob die Umwandlung im UmwG geregelt ist. Sollte dies nicht der Fall sein, so gelten die allgemeinen Grundsätze des Einkommensteuer- sowie des Körperschaftsteuerrechts. Dies hat eine Liquidation der Gesellschaft mit Gewinnrealisierung zur Folge.¹⁸² Der Aufbau des UmwStG und die dort geregelten Umwandlungsmöglichkeiten lassen sich wie folgt aufzeigen:

§§ 1-2	Allgemeine Vorschriften
§§ 3-10	Vermögensübergang auf und Formwechsel in eine Personengesellschaft
§§ 11-13	Verschmelzung oder Vermögensübertragung auf andere Körperschaft
§ 14	aufgehoben
§§ 15-16	Aufspaltung, Abspaltung
§ 17	aufgehoben
§§ 18-19	Gewerbsteuerliche Fragen
§§ 20-23	Einbringung in eine Kapitalgesellschaft und Anteilstausch
§ 24	Einbringung in eine Personengesellschaft
§ 25	Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft
§ 26	aufgehoben
§ 27	Anwendungs- und Ermächtigungsvorschriften

Abb. 6: Aufbau des UmwStG

Quelle: Kußmaul, H. (2008), Seite 586.

Aus dem Zusammenspiel zwischen handelsrechtlichen Umwandlungsfällen, geregelt im UmwG, und deren steuerlicher Beurteilung, normiert im UmwStG, lässt sich ein Zusammenhang feststellen, welcher grob in die drei nachfolgenden Gruppen unterteilt werden kann. Die erste Gruppe behandelt die Umstrukturierungen, die sowohl im UmwG als auch im UmwStG geregelt sind. Hierzu zählen:

- „Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft,
- Verschmelzung zweier Kapitalgesellschaften,
- Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung einer Kapitalgesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft bzw. eine Personengesellschaft.“¹⁸³

¹⁸² Vgl. Kußmaul, H. (2008), Seite 585.

¹⁸³ Kußmaul, H. (2008), Seite 586.

Die zweite Gruppe befasst sich mit den Fällen, welche zwar im UmwG, nicht jedoch im UmwStG geregelt sind. Dies sind z.B.:

- Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung einer Personengesellschaft auf eine Personengesellschaft,
- Abspaltung einzelner Wirtschaftsgüter von einer Personengesellschaft auf eine Personengesellschaft,
- die formwechselnde Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft.¹⁸⁴

Die dritte Gruppe schließlich umfasst die Fälle, welche zwar im UmwStG, allerdings nicht im UmwG geregelt sind. Beispielhaft ist hier die Einbringung eines Betriebes in eine Kapitalgesellschaft bzw. in eine Personengesellschaft mittels Einzelübertragung der Wirtschaftsgüter zu nennen. Geregelt ist dieser Fall in den §§ 20-23 bzw. 24 UmwStG.¹⁸⁵

2.3.3 Bewertungsgrundsätze und steuerliche Auswirkungen

Den Vorschriften der §§ 3 (1), 11 (1) UmwStG folgend sind die Wirtschaftsgüter bei sämtlichen Umwandlungen grundsätzlich mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Dies gilt nun auch ausdrücklich für selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter. Der gemeine Wert stellt den Einzelveräußerungspreis der jeweiligen Wirtschaftsgüter dar. Als problematisch könnte sich hier die Bewertung eines originären Firmenwertes erweisen. Mangels der Einzelveräußerbarkeit eines solchen Wertes schien bis zur Änderung des HGB durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) nur eine Ableitung aus dem Unternehmenswert gem. § 255 (4) HGB möglich zu sein.¹⁸⁶

Abweichend vom Ansatz des gemeinen Wertes können die übergehenden Wirtschaftsgüter gem. §§ 3 (2), 11 (2), 20 (2), 24 (2) S. 2 UmwStG unter den

¹⁸⁴ Vgl. Kußmaul, H. (2008), Seite 586.

¹⁸⁵ Vgl. Kußmaul, H. (2008), Seite 587.

¹⁸⁶ Vgl. Ley, U. / Bodden, G. (2007), Seite 268.

dort genannten Voraussetzungen in der Steuerbilanz auf Antrag einheitlich mit dem Buchwert oder einem höheren Wert, höchstens jedoch mit dem gemeinen Wert, angesetzt werden.¹⁸⁷ So können z.B. gem. § 3 (2) S. 1 UmwStG die übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem Buchwert oder einem höheren Wert angesetzt werden, soweit

1. sie Betriebsvermögen der übernehmenden Personengesellschaft oder natürlichen Person werden und sichergestellt ist, dass sie später der Besteuerung mit Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer unterliegen, und
2. das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung der übertragenen Wirtschaftsgüter bei den Gesellschaftern der übernehmenden Personengesellschaft oder bei der natürlichen Person nicht ausgeschlossen oder beschränkt wird, und
3. eine Gegenleistung nicht gewährt wird oder in Gesellschaftsrechten besteht.¹⁸⁸

Dieser Antrag kann unabhängig vom handelsbilanziellen Wertansatz gestellt werden.¹⁸⁹ Die nach bisheriger Auffassung der Finanzverwaltung bestehende Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz wird somit durch die Neufassung des UmwStG aufgegeben.¹⁹⁰

Der Antrag auf die Buchwertfortführung bzw. einen Zwischenwertansatz muss gem. § 3 (2) S. 2, § 11 (3) UmwStG spätestens bis zur erstmaligen Abgabe der steuerlichen Schlussbilanz bei dem für die Besteuerung der übertragenden Körperschaft zuständigen Finanzamt gestellt werden. Seitens des Gesetzgebers ist in diesem Zusammenhang nicht klar definiert, wie dieser Antrag zu stellen ist. Es empfiehlt sich, in einer formlosen schriftlichen Erläuterung den beantragten Wert bei Abgabe der Steuererklärungen klar zu benennen.¹⁹¹

¹⁸⁷ Vgl. Kußmaul, H. (2008), Seiten 587-588.

Vgl. Viebrock, B. / Hagemann, J. (2009), Seite 737.

¹⁸⁸ Vgl. § 3 (2) S. 1 UmwStG.

¹⁸⁹ Vgl. Rödder, T. / Schumacher, A. (2006), Das kommende SEStEG Teil II, Seite 1528.

¹⁹⁰ Vgl. Benecke, A. / Schnittger, A. (2006), Seite 771.

¹⁹¹ Vgl. Krohn, D. / Greulich, M. (2008), Seiten 646-647.

Einen Überblick über die Bewertungsmöglichkeiten bietet die nachfolgende Abbildung.

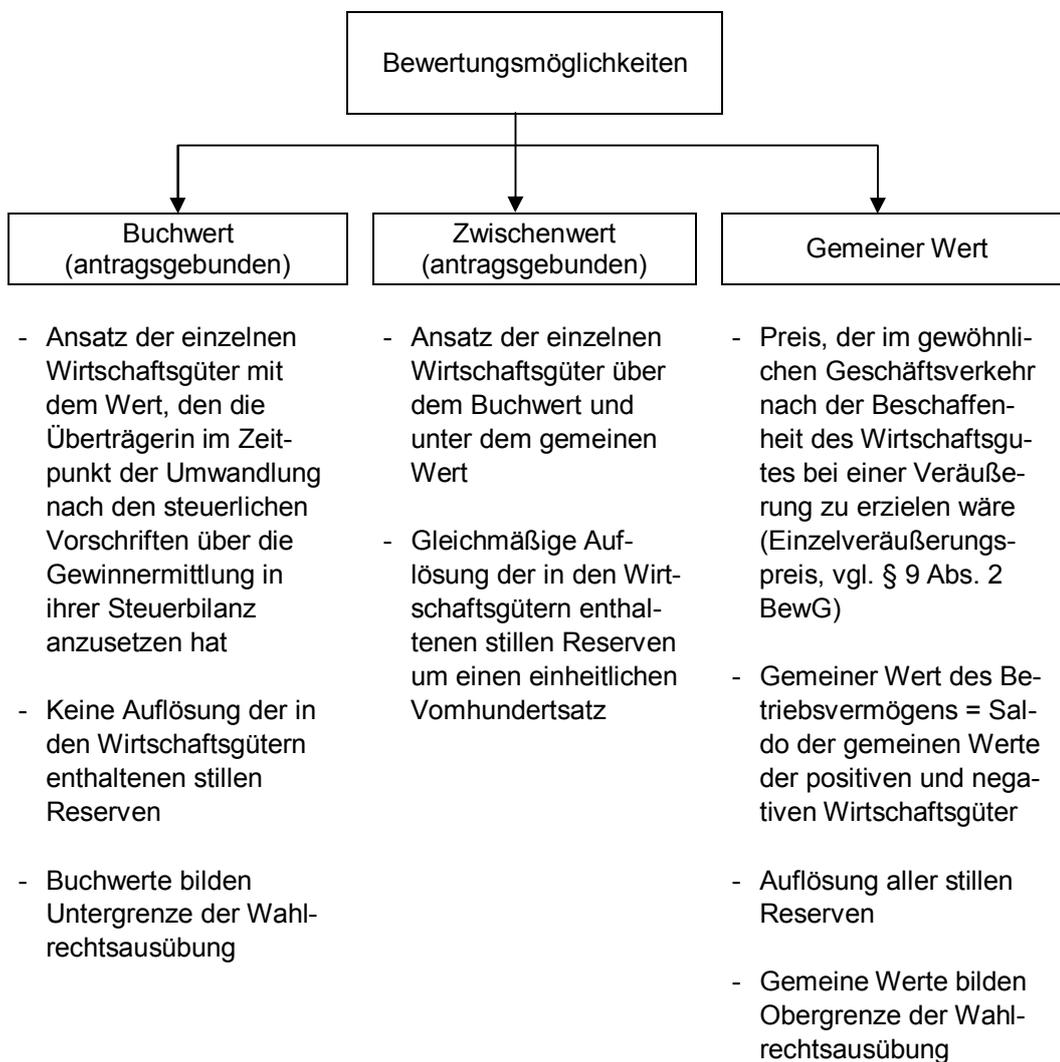


Abb. 7: Bewertungsmöglichkeiten des UmwStG

Quelle: Kußmaul, H. (2008), Seite 588.

Der übernehmende Rechtsträger ist gem. §§ 4 (1) S. 1 und 12 (1) S. 1 UmwStG an die Wertansätze des übertragenden Rechtsträgers gebunden, d.h., der übernehmende Rechtsträger hat gem. des UmwStG durchgängig den Bilanzansatz des übertragenden Rechtsträgers zu übernehmen.¹⁹² Demnach steht die Entscheidung des Wertansatzes (Buchwert, Zwischenwert oder gemeiner Wert) ausschließlich dem umwandelnden Rechtsträger zu. Lediglich bei den Einbringungsfällen des sechsten und siebten Buches des UmwStG besteht ein Wahlrecht bei der übernehmenden Kapital- bzw. Personengesellschaft.¹⁹³

¹⁹² Vgl. Blöchle, D. / Weggenmann, H. (2008), Seite 92.

¹⁹³ Vgl. Kußmaul, H. (2008), Seiten 589-590.

Zu beachten ist, dass bei einem Ansatz des Zwischenwertes oder des gemeinen Wertes ein Übertragungsgewinn bei der untergehenden Körperschaft entstehen kann, welcher den allgemeinen Besteuerungsprinzipien unterworfen wird.¹⁹⁴ Dieser Übertragungsgewinn ergibt sich aus den in den Bilanzansätzen enthaltenen stillen Reserven, sofern ein Wertansatz des Vermögens oberhalb der Buchwerte erfolgt. Des Weiteren kann der Übergang des Vermögens bei der übernehmenden Körperschaft zu einem Übernahmegewinn bzw. zu einem Übernahmeverlust führen. Der Grund hierfür liegt in den in der Kapitalbeteiligung enthaltenen stillen Reserven.¹⁹⁵ „Ein Übernahmegewinn entsteht, wenn die Übernehmerin vor der Umwandlung an der Überträgerin beteiligt war und der Buchwert der wegfallenden Anteile niedriger als der Wert des übergehenden Betriebsvermögens ist. Übersteigt der Beteiligungsansatz den Wert des übergehenden Betriebsvermögens, so ergibt sich ein Übernahmeverlust.“¹⁹⁶

Handelsrechtlich geht das Betriebsvermögen bei einer Umwandlung zum Zeitpunkt der Handelsregistereintragung des Umwandlungsbeschlusses auf den übernehmenden Rechtsträger über, im Falle der Verschmelzung bzw. der Aufspaltung erlischt gleichzeitig der übertragende Rechtsträger. Grundsätzlich müsste die Überträgerin auf den Tag der Eintragung ihre Schlussbilanz sowie die Übernehmerin ihre Eröffnungsbilanz erstellen.¹⁹⁷ „Aus Vereinfachungsgründen lässt jedoch das Steuerrecht zu, dass die steuerlichen Wirkungen des Vermögensübergangs auf den der Eintragung vorangehenden Bilanzstichtag, der den handelsrechtlichen Regelungen zufolge höchstens 8 Monate vor der Anmeldung zum Handelsregister liegen darf, rückbezogen werden kann.“¹⁹⁸ Durch diese Zeitspanne ist es in der Regel möglich, dass die Bilanz des letzten Geschäftsjahres als Schlussbilanz verwendet werden kann. Gem. § 2 (1) UmwStG sind das Einkommen und das Vermögen der übertragenden sowie der übernehmenden Körperschaft so zu ermitteln, als ob das Vermögen der Körperschaft mit Ablauf des Stichtages der Bilanz, welche dem Vermögensübergang zugrunde liegt (steuerlicher Übertragungstichtag), ganz oder

¹⁹⁴ Vgl. Madl, R. (2008), Seite 30.

¹⁹⁵ Vgl. Kußmaul, H. (2008), Seite 590.

¹⁹⁶ Kußmaul, H. (2008), Seite 590.

¹⁹⁷ Vgl. Kußmaul, H. (2008), Seite 590.

¹⁹⁸ Kußmaul, H. (2008), Seite 590.

teilweise auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangen wäre. Sollte die übernehmende Gesellschaft eine Personengesellschaft sein, gilt § 2 (1) S. 1 UmwStG gem. § 2 (2) UmwStG entsprechend für das Einkommen und das Vermögen der Gesellschafter.¹⁹⁹

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass sämtliche ertragsteuerlichen Vorgänge, die sich nach dem Übertragungstichtag noch bei dem bis zur Handelsregistereintragung zivilrechtlich existierenden übertragenden Rechtsträger ereignen, dem übernehmenden Rechtsträger zugerechnet werden. Ferner gilt an diesem Stichtag das Vermögen als auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangen und der Übernahmegewinn bzw. –verlust als an diesem steuerlichen Übertragungstichtag entstanden. Die Steuerpflicht des übertragenden Rechtsträgers endet nach der Rückwirkungsfiktion des § 2 (1) UmwStG ebenfalls mit Ablauf des steuerlichen Übertragungstichtages, der übernehmende Rechtsträger nimmt unmittelbar im Anschluss an diesen Stichtag seine Geschäftstätigkeit mit dem auf ihn übergegangenem Vermögen auf. Der übernehmende Rechtsträger tritt hier bzgl. der AfA, der Sonder-AfA, der Inanspruchnahme von Bewertungsfreiheiten sowie gewinnmindernder Rücklagen in die Rechtsstellung des übertragenden Rechtsträgers ein. Die Übertragung eines Verlustabzuges ist nach neuem Rechtsstand unabhängig von der Rechtsform des übernehmenden Rechtsträgers nicht mehr möglich.²⁰⁰

2.3.4 Kritische Würdigung einiger Aspekte des SEStEG und der damit einhergehenden Neufassung des UmwStG

Ein wesentliches Ziel des SEStEG ist es laut der Gesetzesbegründung, im Rahmen des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts die deutschen Besteuerungsrechte zu sichern. Dies will der Gesetzgeber durch die Abstimmung der Entstrickungsvorschriften im Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz und deren Fortentwicklung zu Grundtatbeständen

¹⁹⁹ Vgl. Kußmaul, H. (2008), Seiten 590-591.

²⁰⁰ Vgl. Kußmaul, H. (2008), Seiten 590-593.

erreichen.²⁰¹ Ein Vorgang wird als Entstrickung bezeichnet, wenn durch diesen die stillen Reserven eines Wirtschaftsgutes, welche der deutschen Besteuerung unterliegen, der Besteuerung entzogen werden.²⁰² Demnach soll die Besteuerung der stillen Reserven der Wirtschaftsgüter sichergestellt werden, an denen das deutsche Besteuerungsrecht beschränkt wird.²⁰³

Auch die Neufassung des UmwStG enthält solche Entstrickungsregelungen.²⁰⁴ Mit Hilfe dieser Entstrickungsregelungen soll die Aufdeckung und Besteuerung der stillen Reserven gewährleistet werden in allen Fällen, in denen ein Rechtsträgerwechsel stattfindet, Vermögen die betriebliche Sphäre verlässt, die Steuerpflicht endet oder Wirtschaftsgüter dem deutschen Besteuerungszugriff entzogen werden.²⁰⁵ Die Entstrickungsregelungen führen folglich dazu, dass bei einer Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts ein Ansatz des fraglichen Wirtschaftsgutes beim übertragenden Rechtsträger zum gemeinen Wert erfolgt. Dies hat wiederum die Aufdeckung und Versteuerung der stillen Reserven zur Folge.²⁰⁶ Allerdings ist gerade bei grenzüberschreitenden Umwandlungen die Besteuerung der stillen Reserven durch den deutschen Fiskus nicht unbedingt gewährleistet.²⁰⁷ Es ist aus diesem Grund fraglich, ob die sofortige Besteuerung aller stillen Reserven mit der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EGV zu vereinbaren ist. Es ist zunächst einmal nicht zutreffend, dass in jedem Fall nach einer Umwandlung kein deutsches Besteuerungsrecht mehr besteht.²⁰⁸ Ferner stellt die sofortige Besteuerung einen erheblichen Liquiditätsnachteil dar.²⁰⁹

Als problematisch erweist sich auch, dass der Entstrickungsbegriff sehr weit gefasst ist, da jedwede Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts für eine Entstrickungsbesteuerung ausreichend ist. Ferner soll eine Entstrickungsbesteuerung bereits dann erfolgen, wenn das deutsche Besteuerungsrecht zwar erhalten bleibt, es jedoch zu einer Anrechnung

²⁰¹ Vgl. BT-Drucks. 16/2710 vom 25.09.2006, Seiten 25-26.

²⁰² Vgl. Rödder, T. / Schumacher, A. (2006), Das kommende SEStEG Teil I, Seite 1482.

²⁰³ Vgl. BT-Drucks. 16/2710 vom 25.09.2006, Seiten 26-27.

²⁰⁴ Vgl. Rödder, T. / Schumacher, A. (2006), Das kommende SEStEG Teil II, Seite 1527.

²⁰⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/2710 vom 25.09.2006, Seite 26.

²⁰⁶ Vgl. Rödder, T. / Schumacher, A. (2006), Das kommende SEStEG Teil II, Seite 1527.

²⁰⁷ Vgl. Hahn, H. (2006), Kritische Erläuterungen und Überlegungen zum SEStEG-E, Seite 798.

²⁰⁸ Vgl. Blöchle, D. / Weggenmann, H. (2008), Seite 92.

²⁰⁹ Vgl. Benecke, A. / Schnittger, A. (2006), Seite 778.

ausländischer Steuern kommen kann.²¹⁰ Auch in diesem Zusammenhang ist eine Gefährdung der Niederlassungsfreiheit zu sehen.

Einen weiteren Nachteil stellt der Wegfall von bestehenden Verlustvorträgen gem. § 4 (2) S. 2 UmwStG dar. Nach altem Recht konnte ein verbleibender Verlustvortrag einer Körperschaft auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen werden (vgl. § 12 (3) S. 2 UmwStG a.F.).²¹¹ Nach der Gesetzesbegründung sind hiervon auch laufende Verluste im Wirtschaftsjahr der Umwandlung betroffen,²¹² was eine massive Verschärfung des UmwStG darstellt und Sanierungsmaßnahmen noch unattraktiver macht.²¹³

²¹⁰ Vgl. Rödder, T. / Schumacher, A. (2007), endgültige Fassung des SEStEG, Seite 371.

²¹¹ Vgl. Kußmaul, H. (2008), Seiten 592-593.

²¹² Vgl. BT-Drucks. 16/2710 vom 25.09.2006, Seite 38.

²¹³ Vgl. Körner, A. (2006), Seite 112.

3 Die grenzüberschreitende Verschmelzung

3.1 Begriffsdefinition und Motive für eine grenzüberschreitende Verschmelzung

In diesem Zusammenhang bedarf zunächst der Begriff der „grenzüberschreitenden Verschmelzung“ einer kurzen Erläuterung. Wie vorstehend bereits dargelegt bezeichnet die Verschmelzung einen Vorgang, „durch den eine oder mehrere Gesellschaften im Zeitpunkt ihrer Auflösung ohne Abwicklung ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen auf eine bestehende oder eine dadurch gegründete neue Gesellschaft gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften der übernehmenden oder neuen Gesellschaft an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaften übertragen.“²¹⁴ Eine Verschmelzung ist dann als grenzüberschreitend zu bezeichnen, wenn Gesellschaften unterschiedlicher Personalstatute beteiligt sind. In Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Verschmelzung lassen sich zum einen die Hineinverschmelzung und zum anderen die Hinausverschmelzung unterscheiden. Aus der Sicht deutscher Gesellschaften bezeichnet die Hineinverschmelzung solche Zusammenschlüsse, bei denen eine oder mehrere ausländische Rechtsträger auf eine bzw. zu einer deutschen Gesellschaft verschmolzen werden. Im Gegensatz dazu stellt die Hinausverschmelzung einen Vorgang dar, bei welchem der deutsche Rechtsträger der übertragende und die ausländische Gesellschaft der aufnehmende Partner oder die im Rahmen der Neugründung aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft darstellt.²¹⁵

Die Motive für eine solche grenzüberschreitende Verschmelzung sind vielfältig. Wie im nachfolgenden Kapitel dargestellt, bestand die erste Form der grenzüberschreitenden Verschmelzung in der grenzüberschreitenden Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE) bzw. die Umwandlung in eine solche. Allerdings ist diese Form lediglich für Großunternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft von Interesse, obwohl die grenzüber-

²¹⁴ Weng, A. (2008), Seite 32.

²¹⁵ Vgl. Weng, A. (2008), Seite 32.

schreitende Verschmelzung als Transaktionsmodell auch für mittelständische Unternehmen interessant wäre. Ziele könnten hier der Zusammenschluss bislang selbständiger Unternehmen oder die Vereinfachung länderübergreifender Konzernstrukturen sein.²¹⁶ Außerdem eröffnet eine grenzüberschreitende Verschmelzung einer Gesellschaft den Zugang zu einer anderen Rechtsordnung, aus welchem sich z.B. ein größerer gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsspielraum ergeben könnte.²¹⁷

3.2 Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung

Ob eine solche grenzüberschreitende Verschmelzung nach alter Rechtslage zulässig war, darüber existieren widersprüchliche Meinungen. Vornehmlich hing dies im deutschen Recht von der Auslegung des § 1 UmwG ab. Die Anwendung des UmwG ist gem. § 1 (1) S. 1 UmwG auf Rechtsträger mit Sitz im Inland beschränkt. Dabei ist zu beachten, dass das UmwG keine Kollisionsnorm enthält, es ist Sachnorm. Das Kollisionsrecht bezieht sich auf die Kollision zweier oder mehrerer Rechtsordnungen bezogen auf einen Fall.²¹⁸ Im Gegensatz dazu sind Sachnormen diejenigen Normen, welche eine Rechtsfolge auf der Ebene des materiellen Rechts enthalten. Einerseits kann man in Auslegung dieser Vorschrift dazu tendieren, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen grundsätzlich unzulässig waren, da das UmwG in seiner alten Fassung ausschließlich rein innerstaatliche Vorgänge erfasste. Des Weiteren stützt sich dieses Argument auf den *numerus clausus* der verschmelzungsfähigen Rechtsträger, normiert in § 3 UmwG, wonach ausschließlich nach deutschem Recht gegründete Rechtsträger für eine Verschmelzung in Betracht kamen.²¹⁹ Diese Argumentation stützt sich zudem auf den „historischen Willen des Gesetzgebers“, welcher die

²¹⁶ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 567.

²¹⁷ Vgl. Behrens, F. (2007), Seite 7.

²¹⁸ Vgl. Ahrens, C. (2008), Seite 3.

²¹⁹ Vgl. Wenglorz, G. (2004), Seite 1062.

grenzüberschreitende Umwandlung aus dem Regelungsbereich des UmwG ausschließen wollte.²²⁰

Im Gegensatz dazu wird die Meinung vertreten, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen nach deutschem Recht nicht untersagt seien. Diese Auffassung wird mit der Tatsache begründet, dass § 1 UmwG die grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgänge gar nicht erfasse, weder positiv noch negativ. Vielmehr sollten solch grenzüberschreitenden Vorgänge unter Rückgriff auf die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV möglich sein.²²¹

Doch trotz dieser positiven Auffassung bezüglich einer grenzüberschreitenden Verschmelzung wurde diese, abgesehen von der Verschmelzung auf eine SE, bis zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache SEVIC Systems AG überwiegend abgelehnt. Begründet wurde dies mit der oben dargelegten Beschränkung des § 1 (1) S. 1 UmwG auf Rechtsträger mit Sitz im Inland sowie den Vorschriften des § 1 (2) UmwG, wonach eine Umwandlung außerhalb des UmwG nur dann erlaubt ist, wenn sie in einem anderen Gesetz vorgesehen ist. Trotz dieser Ablehnung wurden in wenigen Einzelfällen Verschmelzungen über die Grenze hinaus von deutschen Gerichten ins Handelsregister eingetragen. Geprägt waren diese Einzelfälle dadurch, dass sowohl Minderheitsgesellschafter als auch Arbeitnehmer auf Seiten des übertragenden Rechtsträgers fehlten und dass das Verschmelzungsverfahren im Voraus mit den zuständigen Registergerichten und Behörden detailliert und unter hohen Beratungskosten abgestimmt wurde.²²²

Eine weitere Möglichkeit zu grenzüberschreitenden Unternehmenszusammenschlüssen bestand in den sog. Ausweichgestaltungen. Eine dieser Ausweichgestaltungen ist die grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine Europäische Aktiengesellschaft, auf die im nachfolgenden Kapitel detailliert eingegangen wird. Daneben existieren noch die Möglichkeiten des Anteilstausches, der Einzelrechtsübertragung und das Anwachsungsmodell. Das Modell des Anteilstausches hat zur Folge, dass eine der beteiligten Gesellschaften (B)

²²⁰ Vgl. Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002), Seiten 14-15.

²²¹ Vgl. Wenglorz, G. (2004), Seite 1062.

²²² Vgl. Klein, S. (2007), Seite 567.

Tochter der anderen Gesellschaft (A) wird. Dies geschieht dadurch, dass die Gesellschaft A den Gesellschaftern von B Anteile der Gesellschaft A für die Übertragung der Anteile an B anbietet. Auf diese Weise werden die Gesellschafterkreise zusammengeführt und der übertragende Rechtsträger (B) anschließend liquidiert. Der Nachteil liegt hier in dem zeitaufwändigen gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren sowie im Risiko der Aufdeckung und Versteuerung der stillen Reserven. Im Gegensatz zum Modell des Anteilstausches werden bei der Einzelrechtsübertragung die einzelnen Wirtschaftsgüter im Wege der Einzelrechtsübertragung gegen Anteilsgewähr als Sacheinlage eingebracht. Anders als bei einer Verschmelzung nach dem UmwG ist hier eine Gesamtrechtsnachfolge zivilrechtlich nicht herbeizuführen. Beim Anwachsungsmodell schließlich wird der Umstand genutzt, dass bei Austritt eines Gesellschafters einer Personengesellschaft dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen den restlichen Gesellschaftern zuwächst. Geregelt ist dies in § 738 BGB. So könnte sich z.B. ein ausländischer Kommanditist, welcher schlussendlich auch der übernehmende Rechtsträger sein soll, an einer deutschen GmbH & Co.KG beteiligen.²²³

²²³ Vgl. Klein, S. (2007), Seiten 567-568.

4 Die Europäische Aktiengesellschaft

Das Ziel des europäischen Gesetzgebers ist es, mit der Europäischen Aktiengesellschaft eine neue supranationale Rechtsform zu schaffen, welche sich innerhalb der EU unabhängig von nationalen Grenzen entfalten kann. Damit tritt diese neue Gesellschaftsform durchaus in Konkurrenz zu den nationalen Rechtsformen.²²⁴ Sinn der Europäischen Aktiengesellschaft, auch als *Societas Europaea* oder kurz SE bezeichnet, ist es somit, europaweit tätigen Unternehmen eine grenzüberschreitende Betätigung zu erleichtern und deren internationale Wettbewerbsfähigkeit zu stärken.²²⁵ Sie ermöglicht den Unternehmen ferner eine Expansion und Neuordnung über die Ländergrenze hinaus und vermeidet gleichzeitig die zeit- und kostenaufwendige Notwendigkeit einer Gründung von Tochtergesellschaften. Die SE stellt daher eine in wesentlichen Punkten einheitliche europäische Rechtsform für Kapitalgesellschaften zur Verfügung.²²⁶

Auch die Zahlen der SE-Gründungen sprechen für diese Gesellschaftsform. So wurden bis zum 10.01.2008 europaweit insgesamt 130 SE gegründet, 127 davon existieren noch in dieser Rechtsform fort. Deutschland liegt mit insgesamt 61 SE-Gründungen europaweit an der Spitze.²²⁷

Die Europäische Aktiengesellschaft bildet die zweite europäische Gesellschaftsform, da bereits im Jahr 1985 mit Wirkung seit dem 01.07.1989 die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) als kleine Gesellschaftsform für grenzüberschreitende Kooperationen durch den europäischen Gesetzgeber geschaffen wurde.²²⁸

²²⁴ Vgl. Hirte, H. (2002) Die Europäische Aktiengesellschaft, Seite 2.

²²⁵ Vgl. Eidenmüller, H. et al. (2008), Seite 721.

²²⁶ Vgl. BMJ (Hrsg.) (o.J.) Europäische Aktiengesellschaft, Seite 1.

²²⁷ Vgl. Bayer, W. / Schmidt, J. (2008), Aktuelle Entwicklung im Europäischen Gesellschaftsrecht, Seite 454.

²²⁸ Vgl. Hirte, H. (2005) Die Europäische Aktiengesellschaft – ein Überblick (Teil I), Seite 653.

4.1 Entstehungsgeschichte der Societas Europaea

Die Idee der Societas Europaea geht auf Thibiérge zurück, welcher bereits 1959 auf einem Kongress des französischen Notariats entsprechende Überlegungen vortrug. Aufgegriffen wurde diese Idee von dem niederländischen Rechtswissenschaftler Professor Pieter Sanders.²²⁹ Von ihm stammt auch der im Dezember 1966 formulierte Vorentwurf eines Statutes der Europäischen Aktiengesellschaft, den er in seiner Eigenschaft als Vorsitzender einer von der Kommission eingesetzten Sachverständigengruppe schuf. Dieser wiederum wurde 1970 dem Ministerrat als Kommissionsvorschlag vorgelegt. Als Ergänzung zu den Aktiengesellschaften nationalen Rechts legte die Kommission 1975 nach umfangreichen Stellungnahmen seitens des Europäischen Parlaments sowie des Wirtschafts- und Sozialausschusses eine geänderte Fassung mit über 400 Artikeln vor. Da jedoch im Ministerrat keine Einigung erzielt werden konnte, wurde die Beratung 1982 ausgesetzt.²³⁰

Im Juli 1988 erst kündigte die Kommission einen erheblich verkürzten Vorschlag an, welcher dann im August 1989 sowie in geänderter Form im Mai 1991 vorgelegt wurde.²³¹ Der Umfang dieser Fassung belief sich zwar nur noch auf etwas über 100 Artikel, umfasste jedoch auch zahlreiche Verweise auf das teilweise harmonisierte nationale Recht des Sitzstaates der SE. Allerdings konnte auch hierüber keine Einigung erzielt werden, hauptsächlich aufgrund der Problematik der Mitbestimmung, sodass es 1993 abermals zu einer Aussetzung der Beratung kam.²³²

Eine unter dem Vorsitz von Etienne Davignon eingesetzte Expertengruppe legte 1997 ihren Abschlussbericht vor, welcher rückblickend als entscheidender Schritt auf dem Weg zur SE anzusehen ist. Ziel dieser Gruppe war es, eine Lösung des bislang nicht konsensfähigen Mitbestimmungsproblems zu finden.²³³ In diesem Bericht war eine Verhandlungslösung mit einer

²²⁹ Vgl. Habersack, M. (2006), Seite 406.

²³⁰ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seiten 29-31.

²³¹ Vgl. Habersack, M. (2006), Seite 407.

²³² Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seiten 32-33.

²³³ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 29.

Auffangregelung statt vermeintlich gleichwertiger Mitbestimmungsmodelle vorgesehen. Hierdurch wurde die Wiederaufnahme der Beratungen über das Statut der SE 1998 ermöglicht. Hier wurde seitens des britischen Ratsvorsitzes der EU die sog. Vorher-Nachher-Lösung zur Arbeitnehmermitbestimmung sowie ein Schwellenwert für deren Anwendung vorgeschlagen. Es stimmten 14 der damals 15 Mitgliedstaaten zu, Spanien blockierte.²³⁴ Eine Einigung konnte erst im Europäischen Rat in Nizza im Jahr 2000 erzielt werden, noch vor Ablauf desselben Jahres wurde das Statut der SE geschaffen.²³⁵ Hiermit fand das längste Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union seinen Abschluss.²³⁶

4.2 Rechtliche Grundlagen

Wie oben bereits gezeigt reicht die Vorgeschichte der Societas Europaea zurück bis in die Anfänge der Europäischen Gemeinschaften.²³⁷ Letztendlich geschaffen wurde diese supranationale Rechtsform durch die am 08.10.2001 verabschiedete Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft.²³⁸ Ergänzt wird dieses Statut durch die ebenfalls am 08.10.2001 verabschiedete Richtlinie Nr. 2001/86/EG.²³⁹ Die SE-VO stellt in allen Mitgliedstaaten der EU sowie des EWR unmittelbar anwendbares Recht dar. Aus diesem Grund können in allen Mitgliedstaaten seit dem 08.10.2001 europäische Aktiengesellschaften gegründet und im jeweiligen nationalen Handelsregister eingetragen werden.²⁴⁰

Geregelt sind in der SE-VO unter anderem die Gründung der SE sowie deren Binnenverfassung. Sie enthält außerdem Regelungen zum Mindestkapital, zur Hauptversammlung, zur Rechnungslegung und zur Auflösung. Ferner wird hierdurch ein Verfahren zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung von einem

²³⁴ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seiten 33-35.

²³⁵ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 29.

²³⁶ Vgl. Thoma, G. / Leuring, T. (2002), Seite 1449.

²³⁷ Vgl. Ahrens, C. (2008), Seite 97.

²³⁸ Vgl. Habersack, M. (2006), Seite 406.

²³⁹ Vgl. Storck, C. (2005), Seite 153.

²⁴⁰ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 27.

Mitgliedstaat in einen anderen ermöglicht. Zu beachten ist allerdings, dass die SE-VO keine abschließende Regelung zur SE enthält. Gem. Art. 10 SE-VO wird eine SE in jedem Mitgliedstaat wie eine Aktiengesellschaft behandelt, welche nach dem Recht des Sitzstaates der SE gegründet worden ist.²⁴¹ In ihrer Struktur richtet sich die SE gem. Art. 9 SE-VO nach dieser EG-Verordnung, den national ergänzenden Regelungen sowie der Gesellschaftssatzung.²⁴² Somit sind auf die SE primär die Bestimmungen der SE-VO anzuwenden. Diese werden ergänzt durch Richtlinien, auf welche die SE-VO unmittelbar verweist, sowie die gem. der SE-VO ausdrücklich zulässigen Satzungsbestimmungen der jeweiligen SE. Allerdings sind viele Bereiche durch die SE-VO nicht oder nicht ausreichend abgedeckt. Aus diesem Grund gelten darüber hinaus die Bestimmungen des Sitzstaates der SE, welche speziell für die SE erlassen wurden (in Deutschland das SEEG), sowie die für Aktiengesellschaften nationalen Rechts geltenden Vorschriften.²⁴³ Dies sind in Deutschland das AktG, das UmwG sowie das HGB.²⁴⁴ Es ist in vielen Fällen unklar, inwiefern ein Sachverhalt durch die SE-VO ausreichend geregelt ist und was der nationale Gesetzgeber unabhängig hiervon ergänzend regeln kann. In Streitfragen liegt die Entscheidung letztendlich beim EuGH (Art. 234 EGV, Art. 267 AEUV).²⁴⁵

Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass zwar keine Pflicht zur Umsetzung der Verordnung in nationales Recht bestand, man jedoch mit Hilfe des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) das Ziel verfolgt, die erforderlichen Regelungen zur Ausführung der Verordnung zu schaffen.²⁴⁶ Das SEEG gliedert sich wiederum in zwei Teile. Zum einen sind das das Gesetz zur Ausführung der SE-VO (SE-Ausführungsgesetz oder SEAG) und zum anderen das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz oder SEBG). Es trat am 29.12.2004 in Kraft.²⁴⁷

²⁴¹ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 27.

²⁴² Vgl. Ahrens, C. (2008), Seite 97.

²⁴³ Vgl. Spitzbart, B. (2006), Seite 372.

²⁴⁴ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seiten 50-51.

²⁴⁵ Vgl. Nagel, B. (2004), Die Europäische Aktiengesellschaft in Deutschland, Seite 834.

²⁴⁶ Vgl. BT-Drucks. 15/3405 vom 21.06.2004, Seite 1.

²⁴⁷ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 29.

Einen Überblick über die Rechtsquellen der SE gibt die nachfolgende Abbildung.

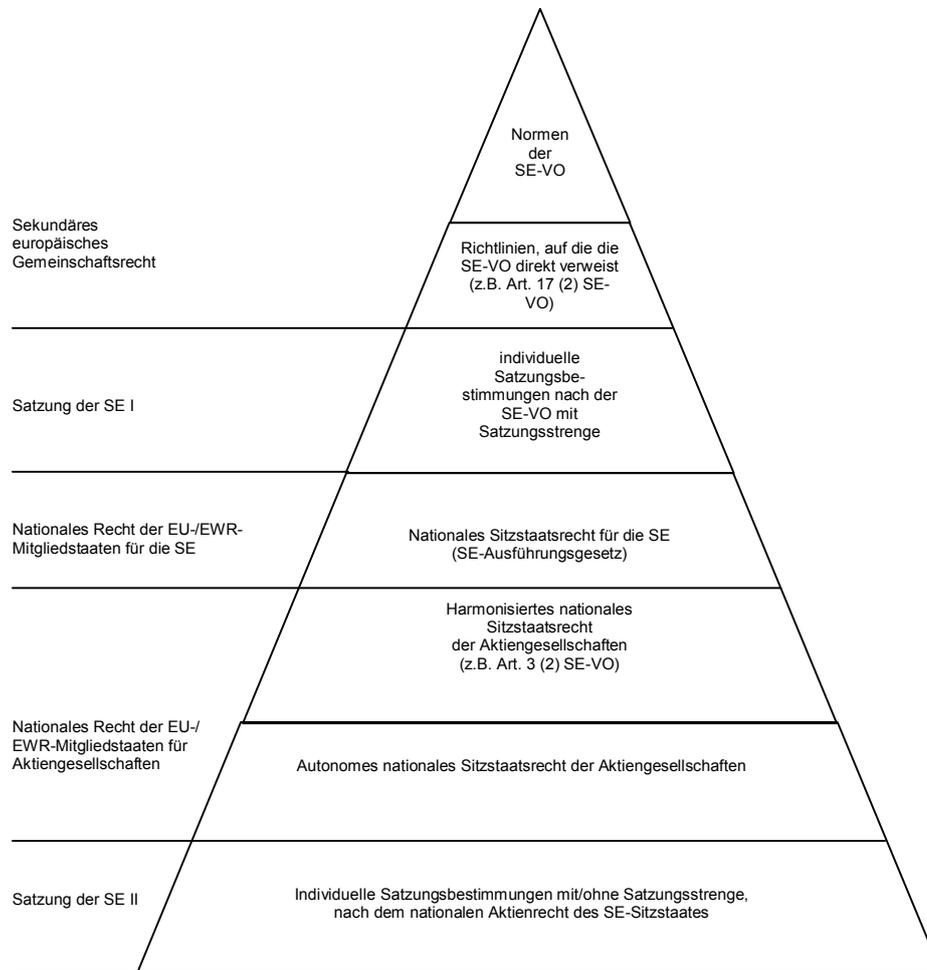


Abb. 8: Rechtsquellenpyramide der Societas Europaea

Quelle: Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 51.

Darüber hinaus unterliegt die SE bei der Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit den allgemeinen Vorschriften des Rechts ihres Sitzstaates bzw. der Staaten, in welchen sie aktiv ist. Dies sind z.B. das Kartellrecht, das Wettbewerbsrecht und das allgemeine Zivilrecht.²⁴⁸

Abschließend ist anzumerken, dass Europäische Aktiengesellschaften mit Sitz in unterschiedlichen Mitgliedstaaten nach den einheitlichen Vorschriften der SE-VO gegründet werden können und somit auch bestimmten einheitlichen Regelungen der SE-VO unterliegen. Allerdings besteht die Möglichkeit, dass sie sich, wie Aktiengesellschaften des jeweiligen nationalen Rechts, in ihrer

²⁴⁸ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 27.

konkreten organisatorischen Ausgestaltung unterscheiden. Da die SE-VO eine Wahl zwischen dem monistischen und dem dualistischen Leitungssystem ermöglicht besteht sogar die Möglichkeit, dass sich verschiedene SE eines Mitgliedstaates erheblich voneinander unterscheiden.²⁴⁹

4.3 Rechtsnatur

Die Rechtsnatur der SE ist vornehmlich in den Art. 1 und 4 SE-VO geregelt. Bei der SE handelt es sich demnach um eine Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit.²⁵⁰ Sie entspricht ihrem Status her einer nationalen Aktiengesellschaft,²⁵¹ sie ist rechtsfähig, die Anteilseigner haften nur bis zur Höhe des von ihnen gezeichneten Kapitals. Das Kapital ist in Aktien zerlegt. Des Weiteren lautet das Kapital der SE auf Euro (Art. 4 (1) SE-VO) und muss mindestens Euro 120.000,- betragen (Art. 4 (2) SE-VO).²⁵²

Der Sitz der Europäischen Aktiengesellschaft bestimmt sich nach den Vorschriften des Art. 7 SE-VO. Demnach muss der Sitz der SE in dem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft liegen, in welchem sich auch die Hauptverwaltung der SE befindet.²⁵³ Gem. Art. 7 S. 2 SE-VO ist es den Mitgliedstaaten freigestellt, den in seinem Hoheitsgebiet eingetragenen SE vorzuschreiben, dass Sitz und Hauptverwaltung am selben Ort sein müssen. Somit folgt Art. 7 SE-VO im Ergebnis der Sitztheorie.²⁵⁴

Darüber hinaus besteht für eine SE die Möglichkeit, ihren satzungsmäßigen Sitz von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu verlegen, ohne dass es zu einer Auflösung der Gesellschaft im bisherigen Sitzstaat und einer Neugründung im Aufnahmestaat kommt. Dies ist in Art. 8 SE-VO sowie den §§ 12-14 SEAG

²⁴⁹ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seiten 27-28.

Vgl. Wicke, H. (2006), Seite 197.

²⁵⁰ Vgl. Ahrens, C. (2008), Seite 97.

²⁵¹ Vgl. Lange, O. (2003), Seite 301.

²⁵² Vgl. Ahrens, C. (2008), Seite 97.

²⁵³ Vgl. Habersack, M. (2006), Seite 413.

²⁵⁴ Vgl. Schulz, A. / Geismar, B. (2001), Seite 1079.

geregelt. Da die SE bei einer Sitzverlegung als solche bestehen bleibt, spricht man in diesem Zusammenhang von einer identitätswahrenden Sitzverlegung. Allerdings ist zu beachten, dass für die SE neben den Vorschriften der SE-VO auch das nationale Aktienrecht gilt, wodurch nach der Sitzverlegung das nationale Recht des Aufnahme Staates zum Tragen kommt und die SE in gewissem Sinne ihr Rechtskleid wandelt. So gelten z.B. für eine SE, welche ihren satzungsmäßigen Sitz von Deutschland nach Frankreich verlegt, nicht länger die deutschen Kapitalerhaltungsregelungen des AktG, sondern die französischen Regelungen für die Société Anonyme. Ferner bringt eine Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes auch eine Verlegung der Hauptverwaltung mit sich, da Sitz und Hauptverwaltung im selben Mitgliedstaat liegen müssen (vgl. Art. 7 SE-VO).²⁵⁵ Im Hinblick auf die mitbestimmungsrechtlichen Folgen einer Sitzverlegung enthält die SE-VO, abgesehen von einigen Regelungen über Informationsrechte, jedoch keine entsprechenden Vorschriften.²⁵⁶ Es ist allerdings davon auszugehen, dass eine Sitzverlegung keine Auswirkungen auf das Mitbestimmungsniveau hat, da dieses nicht vom Sitz der SE abhängt, sondern vielmehr an andere Umstände gebunden ist.²⁵⁷

Auf Grund der identitätswahrenden Sitzverlegung genießt die SE gegenüber anderen Gesellschaftsformen eine Flexibilität, welche anderen Gesellschaftsformen nicht zukommt. Nach überwiegender Auffassung ist bei einer Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat die Gesellschaft im Herkunftsmitgliedstaat aufzulösen und im Aufnahmemitgliedstaat neu zu gründen, wobei die entsprechenden Gründungsvorschriften zu beachten sind.²⁵⁸

4.4 Besteuerung der Societas Europaea

Es ist zunächst festzuhalten, dass eine umfassende europarechtliche Regelung im Bereich der direkten Steuern, z.B. Körperschaftsteuer, nicht existiert. Auch

²⁵⁵ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seiten 328-329.

²⁵⁶ Vgl. Ringe, W. (2006), Seite 931.

²⁵⁷ Vgl. Ringe, W. (2006), Seiten 934-935.

²⁵⁸ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seiten 328-329.

die SE-VO enthält im Bereich der laufenden Besteuerung keinerlei steuerliche Regelungen.²⁵⁹ Dies wird sogar ausdrücklich im 20. Erwägungsgrund der SE-VO erwähnt.²⁶⁰ Nach Art. 1 (3) SE-VO besitzt die SE jedoch Rechtspersönlichkeit und ist somit nach deutscher Terminologie eine juristische Person des Zivilrechts. Somit erfolgt die Besteuerung der SE nach dem Trennungsprinzip, d.h. die Einkünfte der SE werden unabhängig von den Gesellschaftern besteuert. Grundsätzlich unterscheidet sich die Besteuerung der SE und ihrer Gesellschafter nicht von anderen in Deutschland tätigen Kapitalgesellschaften.²⁶¹ Aus diesem Grund wird nachfolgend lediglich ein kurzer Überblick über die Besteuerung der SE in Deutschland gegeben.

Im deutschen Steuerrecht knüpfen viele Vorschriften an den Sitz der Gesellschaft bzw. den Ort der Geschäftsleitung an.²⁶² Ein Beispiel hierfür bietet § 1 (1) KStG. Demnach besteht eine unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht, wenn die dort genannten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung im Inland haben.²⁶³ In § 1 (1) Nr. 1 KStG werden unter anderem auch die Europäischen Gesellschaften genannt. Wie oben bereits dargelegt müssen sich gem. Art. 7 SE-VO sowohl der Sitz als auch die Hauptverwaltung der SE im selben Mitgliedstaat befinden, für eine unbeschränkte Steuerpflicht also Deutschland. Die unbeschränkte Steuerpflicht hat zur Folge, dass sämtliche (Welt-)Einkünfte der Gesellschaft der deutschen Besteuerung unterliegen. Sollte die Gesellschaft weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland haben, jedoch inländische Einkünfte erzielen, ist sie gem. § 2 S. 1 Nr. 1 KStG beschränkt steuerpflichtig.²⁶⁴ Bei der Besteuerung sind evtl. auch Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) mit anderen Mitgliedstaaten zu beachten, da die SE gem. Art. 3 (1) OECD-MA abkommensberechtigt ist.²⁶⁵

²⁵⁹ Vgl. Kessler, W. / Achilles, C. / Huck, F. (2003), Seite 720.

²⁶⁰ Vgl. Manz, G. / Mayer, B. / Schröder, A. (Hrsg.) (2005), Seite 736.

²⁶¹ Vgl. Manz, G. / Mayer, B. / Schröder, A. (Hrsg.) (2005), Seite 747.

²⁶² Vgl. Manz, G. / Mayer, B. / Schröder, A. (Hrsg.) (2005), Seite 749.

²⁶³ Vgl. Schön, W. / Schindler, P. (2004), Seite 572.

²⁶⁴ Vgl. Manz, G. / Mayer, B. / Schröder, A. (Hrsg.) (2005), Seite 749.

²⁶⁵ Vgl. Manz, G. / Mayer, B. / Schröder, A. (Hrsg.) (2005), Seite 751.

Das Einkommen der SE ist gem. § 8 (1) KStG sowohl nach den Vorschriften des EStG als auch nach denen des KStG zu ermitteln. Das zu versteuernde Einkommen ist nach folgendem Schema zu ermitteln:

	Jahresüberschuss / Jahresfehlbetrag lt. Handelsbilanz
+/-	Korrekturen nach einkommensteuerlichen Vorschriften (§ 60 EStDV) (z.B. nicht abziehbare Betriebsausgaben nach § 4 (5) EStG)
<hr/>	
=	Gewinn / Verlust lt. Steuerbilanz
+/-	Korrekturen nach körperschaftsteuerlichen Vorschriften:
-	steuerfreie Einnahmen
+	verdeckte Gewinnausschüttungen (§ 8 (3) KStG)
-	verdeckte Einlagen
+	sämtliche Spenden
+	nicht abziehbare Aufwendungen (§10 KStG)
<hr/>	
=	Summe der Einkünfte
-	abziehbare Spenden (§ 9 (1) Nr. 2 KStG)
<hr/>	
=	Gesamtbetrag der Einkünfte
-	Verlustabzug (§10d EStG)
<hr/>	
=	Einkommen
-	Freibetrag nach § 24 KStG
-	Freibetrag nach § 25 KStG
<hr/>	
=	zu versteuerndes Einkommen
<hr/>	

Abb. 9: Ermittlung des zu versteuernden Einkommens

Quelle: Bornhofen, M. / Bornhofen, M.C. (2006), Steuerlehre 2, Seite 445.

Der auf das zu versteuernde Einkommen anzuwendende Körperschaftsteuersatz beträgt gem. § 23 (1) KStG 15%. Dieser Steuersatz wurde im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008 von bislang 25% auf die nun geltenden 15% abgesenkt. Gem. § 1 (1) SolZG wird zur Körperschaftsteuer noch ein Solidaritätszuschlag in Höhe von 5,5% erhoben.²⁶⁶ Des Weiteren ist die SE kraft Rechtsform gewerbsteuerpflichtig. Dies ergibt sich aus § 2 (2) S. 1 GewStG.²⁶⁷ Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer ist der Gewerbeertrag gem. § 7 GewStG. Dieser ergibt sich aus dem Gewinn aus Gewerbebetrieb gem. §§ 4,5 EStG, vermehrt um die Hinzurechnungen gem. § 8 GewStG und vermindert um die Kürzungen gem. § 9 GewStG. Auf diesen ist die Steuermesszahl in Höhe von 3,5% gem. § 11 (2) GewStG anzuwenden,

²⁶⁶ Vgl. Bornhofen, M. / Bornhofen, M.C. (2006), Steuerlehre 2, Seite 455.

²⁶⁷ Vgl. Manz, G. / Mayer, B. / Schröder, A. (Hrsg.) (2005), Seite 765.

um den Steuermessbetrag zu erhalten. Dieser wiederum wird mit einem von der Gemeinde festgelegten Hebesatz gem. § 16 GewStG multipliziert, um die Gewerbesteuer zu erhalten.²⁶⁸

4.5 Organisationsverfassung

Hinsichtlich der Organisationsverfassung der SE soll nachfolgend lediglich ein kurzer Überblick aufgezeigt werden. Geregelt ist sie in Art. 38-60 SE-VO. Gem. Art. 38 a) SE-VO verfügt jede SE über eine Hauptversammlung der Aktionäre. Die Zuständigkeit der HV, die Modalitäten der Einberufung sowie Fragen der Beschlussfassung der Aktionäre richten sich nach den Vorschriften der Art. 52-60 SE-VO. Nach den Vorgaben des Art. 38 b) SE-VO verfügt die SE, entsprechend der in der Satzung gewählten Form, bei einem dualistischen System über ein Aufsichtsorgan und ein Leitungsorgan bzw. bei einem monistischen System über ein Verwaltungsorgan.²⁶⁹ Diese Wahlmöglichkeit zwischen dem monistischen System und dem dualistischen System ist ein wesentlicher Unterschied zur deutschen Aktiengesellschaft, bei welcher Aufsichtsorgan (Aufsichtsrat) und Leitungsorgan (Vorstand) zwingend vorgeschrieben und funktional getrennt sind.²⁷⁰ Das monistische System hingegen ist vornehmlich im angloamerikanischen Recht zu finden. In diesem sind sowohl die Kontroll- als auch die Leitungsfunktion in einem einzigen Organ konzentriert, dem Verwaltungsorgan.²⁷¹ Geregelt sind das dualistische System in Art. 39-42 SE-VO und das monistische System in Art. 43-45 SE-VO. Darüber hinaus enthalten Art. 46-51 SE-VO gemeinsame Vorschriften sowohl für das dualistische als auch für das monistische System.

²⁶⁸ Vgl. Bornhofen, M. / Bornhofen, M.C. (2006), Steuerlehre 2, Seite 473.

²⁶⁹ Vgl. Habersack, M. (2006), Seiten 420-421.

²⁷⁰ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 213.

²⁷¹ Vgl. Ahrens, C. (2008), Seite 99.

4.6 Gründungsmöglichkeiten der Europäischen Aktiengesellschaft

Nach Art. 2 SE-VO existieren für die SE vier verschiedene Möglichkeiten zur Gründung:

- die grenzüberschreitende Verschmelzung von mindestens zwei nationalen Aktiengesellschaften zu einer SE (Art. 2 (1) SE-VO),
- die Gründung einer gemeinsamen Holding-SE durch mindestens zwei nationale Kapitalgesellschaften (Art. 2 (2) SE-VO),
- die Gründung einer gemeinsamen Tochter-SE durch mindestens zwei nationale Gesellschaften gem. Art. 48 EGV oder juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts der Mitgliedstaaten (Art. 2 (3) SE-VO),
- die Umwandlung einer nationalen Aktiengesellschaft in eine SE.²⁷²

Neben diesen vier primären Gründungsmöglichkeiten existiert noch die Gründungsmöglichkeit einer Tochter-SE, welche von einer Mutter-SE gegründet wird. Weitere Gründungsmöglichkeiten, z.B. eine Gründung durch natürliche Personen oder die Spaltungsgründung aus bestehenden Gesellschaftsformen des nationalen Rechts, existieren nicht. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass eine Gründerfähigkeit ausschließlich den in Art. 2 SE-VO genannten Gesellschafts- und Rechtsformen zukommt, wobei nicht jede der dort genannten Rechtsformen sich an allen Gründungsmöglichkeiten beteiligen kann. Eine Ausnahme hiervon bildet die Aktiengesellschaft, welche sich an allen vier primären Gründungsformen beteiligen kann.²⁷³ Die Gründung einer SE durch natürliche Personen ist nicht möglich.²⁷⁴

Zweifelloos wird durch diese beschränkte Gründerfähigkeit die Gründung einer SE erschwert. Somit muss im Einzelfall eine mehrstufige Gründung vorgenommen werden. Es muss demnach zunächst eine für die Gründung einer SE entsprechende Rechtsform nach nationalem Recht geschaffen werden, bevor dann in einem zweiten Schritt die eigentliche Gründung der SE erfolgen kann. Gerade die deutsche GmbH ist von diesem numerus clausus der

²⁷² Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 65.

²⁷³ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 36.

²⁷⁴ Vgl. Wenz, M. (2004), Seite 78.

Gründungsarten betroffen, da für eine SE zunächst der Formwechsel in eine Aktiengesellschaft erforderlich ist.²⁷⁵

Eine weitere Voraussetzung für die Gründung einer SE ist die Gemeinschaftszugehörigkeit der in Art. 2 SE-VO genannten Rechtsformen. Diese Voraussetzung ist bei Gesellschaften erfüllt, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet worden sind und sowohl ihren Sitz als auch ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft haben. Der Sitz i.S.d. Art. 2 SE-VO ist der satzungsmäßige Sitz. Gem. Art. 2 (5) SE-VO kann auch eine Gesellschaft, die ihre Hauptverwaltung nicht in einem Mitgliedstaat hat, welche jedoch nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet worden ist und ferner dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, an einer primären SE-Gründung teilnehmen. Voraussetzung hierfür ist, dass ein Mitgliedstaat dies vorsieht, die Gesellschaft ihren Sitz in diesem Mitgliedstaat hat und außerdem mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaates in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung steht.²⁷⁶

Mit Ausnahme der Gründung einer Tochter-SE durch eine bereits bestehende SE ist für eine Gründung die Beachtung des Mehrstaatlichkeitsprinzips erforderlich. Demnach müssen entweder die Gründer verschiedenen Rechtsordnungen unterliegen oder sie müssen multinational strukturiert sein. Die multinationale Struktur setzt z.B. den Unterhalt einer Tochtergesellschaft bzw. einer Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat voraus.²⁷⁷ Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass die Anforderungen an die Mehrstaatlichkeit für die einzelnen in Art. 2 SE-VO genannten Gründungsarten sinken. So müssen bei einer Gründung mittels Verschmelzung noch zwei Gesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen. Bei einer Holding-SE genügt es,²⁷⁸ „wenn mindestens zwei Gründungsgesellschaften seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben.“²⁷⁹

²⁷⁵ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seiten 65-66.

²⁷⁶ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seiten 38-39.

²⁷⁷ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seiten 39-40.

²⁷⁸ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 66.

²⁷⁹ Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 66.

4.6.1 Gründung durch Verschmelzung

Der im Rahmen dieser Arbeit bedeutsamste Aspekt der SE stellt deren Gründung mittels Verschmelzung dar. Durch die Möglichkeit der Verschmelzung einzelner Rechtsträger auf die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft stellt dies faktisch die erste Möglichkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung dar²⁸⁰ und brachte hierfür die ersten Regelungen.²⁸¹ Vor der Änderung des UmwG war es strittig, ob nach dem deutschen Umwandlungsrecht eine grenzüberschreitende Umwandlung bzw. Verschmelzung überhaupt zulässig war, da § 1 (1) UmwG die Anwendung des UmwG auf Rechtsträger mit Sitz im Inland beschränkt. Allerdings schafft die Verordnung zum SE-Statut, wie oben bereits dargelegt wurde, unmittelbar geltendes Recht. Somit werden durch die Einführung der Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse erleichtert.²⁸² Außerdem stellt die Gründung einer SE durch Verschmelzung das Kernstück der SE-VO dar, da keine andere Gründungsform in solchem Maß dazu geeignet ist, eine gemeinschaftsweite Reorganisation von Produktionsfaktoren herbeizuführen.²⁸³

Die Gründung durch Verschmelzung ist die in der Praxis bedeutsamste Form der Gründung.²⁸⁴ Geregelt wird sie in den Art. 17-31 SE-VO, allerdings nur bruchstückhaft.²⁸⁵ Darüber hinaus sind in den §§ 5-8 SEAG Regelungen für den Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern enthalten. Gem. Art. 18 SE-VO findet auf Verfahrensfragen, zu denen die SE-VO keine Regelung enthält, das für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften geltende nationale Recht Anwendung.²⁸⁶ Somit gelten für einzelne Verfahrensfragen auch die Regelungen des UmwG.²⁸⁷

²⁸⁰ Vgl. Ahrens, C. (2008), Seite 97.

²⁸¹ Vgl. Behrens, F. (2007), Seite 3.

²⁸² Vgl. Schulz, A. / Geismar, B. (2001), Seite 1080.

²⁸³ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 75.

²⁸⁴ Vgl. Thoma, G. / Leuering, T. (2002), Seite 1452.

Vgl. Kloster, L. (2003), Seite 294.

²⁸⁵ Vgl. Walden, D. / Meyer-Landrut, A. (2005), Beschlussfassung und Eintragung, Seite 2619.

²⁸⁶ Vgl. Walden, D. / Meyer-Landrut, A. (2005), Planung und Vorbereitung, Seite 2119.

²⁸⁷ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seiten 49-50.

Wie auch bei der nationalen Verschmelzung wird bei einer Verschmelzungsgründung „das Vermögen der übertragenden Gründungsgesellschaften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gegen Gewährung von Anteilen an der aufnehmenden Gesellschaft und ggf. auch einer baren Zuzahlung auf die übernehmende Gesellschaft übertragen.“²⁸⁸ Es werden wiederum zwei Arten bei der Verschmelzungsgründung unterschieden. Zum einen ist dies die Verschmelzung durch Aufnahme gem. Art 17 (2) a) SE-VO auf eine Aktiengesellschaft, welche im Rahmen der Verschmelzung die Rechtsform der SE annimmt und zum anderen die Verschmelzung durch Neugründung einer SE gem. Art 17 (2) b) SE-VO. „Bei einer Verschmelzung durch Aufnahme nimmt die übernehmende AG gleichzeitig mit der Aufnahme des Aktiv- und Passivvermögens der übertragenden Aktiengesellschaft(en) die Rechtsform einer SE an.“²⁸⁹ Ferner erlischt die übertragende Gesellschaft, die Anteilseigner erhalten Anteile der übernehmenden Gesellschaft.²⁹⁰ Im Gegensatz dazu geht bei der Verschmelzung durch Neugründung das gesamte Aktiv- und Passivvermögen der zu verschmelzenden Gesellschaften im Zeitpunkt der Verschmelzung auf die neue SE über. Auch hier erlöschen die übertragenden Gesellschaften, die Anteilseigner werden Anteilseigner der neu gegründeten SE.²⁹¹

In der Praxis kann die Verschmelzung durch Neugründung von Vorteil sein, da die übertragenden Gesellschaften untergehen und eine neue gemeinsame Gesellschaft entsteht, wodurch zwischen den Verschmelzungspartnern ein ausgewogenes Verhältnis entsteht.²⁹²

²⁸⁸ Binder, U. et. al. (2007), Seiten 48-49.

²⁸⁹ Förster, G. / Lange, C. (2002), Seite 288.

²⁹⁰ Vgl. Art. 29 (1) SE-VO.

²⁹¹ Vgl. Förster, G. / Lange, C. (2002), Seite 288.

²⁹² Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 49.

Einen graphischen Überblick über diese Gründungsform gibt die nachfolgende Abbildung.

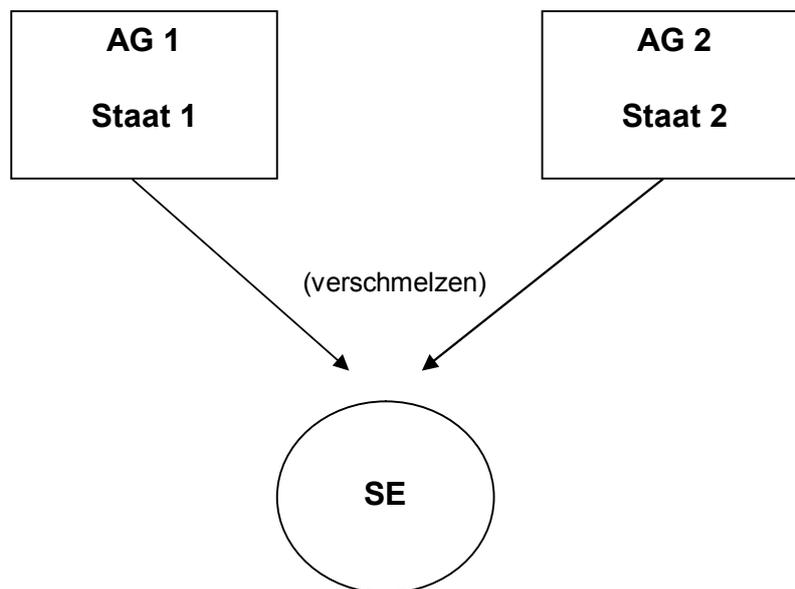


Abb. 10: Gründung durch Verschmelzung
Quelle: Manz, G. / Mayer, B. / Schröder, A. (Hrsg.) (2005), Seite 55.

4.6.2 Verschmelzungsverfahren zur SE-Gründung

Der Verschmelzungsplan gem. Art. 20 SE-VO, welcher von den Leitungs- oder Verwaltungsorganen der sich verschmelzenden Gesellschaften aufzustellen ist, bildet die Grundlage der Verschmelzung. Die inhaltlichen Anforderungen an diesen Plan werden in Art. 20 (1) SE-VO dargelegt. Im Einzelnen muss der Verschmelzungsplan die folgenden Mindestangaben enthalten:

- a) „die Firma und den Sitz der sich verschmelzenden Gesellschaften sowie die für die SE vorgesehene Firma und ihren geplanten Sitz,
- b) das Umtauschverhältnis der Aktien und gegebenenfalls die Höhe der Ausgleichsleistung,
- c) die Einzelheiten hinsichtlich der Übertragung der Aktien der SE,
- d) den Zeitpunkt, von dem an diese Aktien das Recht auf Beteiligung am Gewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten in Bezug auf dieses Recht,

- e) den Zeitpunkt, von dem an die Handlungen der sich verschmelzenden Gesellschaften unter dem Gesichtspunkt der Rechnungslegung als für Rechnung der SE vorgenommen gelten,
- f) die Rechte, welche die SE den mit Sonderrechten ausgestatteten Aktionären der Gründungsgesellschaften und den Inhabern anderer Wertpapiere als Aktien gewährt, oder die für diese Personen vorgeschlagenen Maßnahmen,
- g) jeder besondere Vorteil, der den Sachverständigen, die den Verschmelzungsplan prüfen, oder den Mitgliedern der Verwaltungs-, Leitungs-, Aufsichts- oder Kontrollorgane der sich verschmelzenden Gesellschaften gewährt wird,
- h) die Satzung der SE,
- i) Angaben zu dem Verfahren, nach dem die Vereinbarungen über die Beteiligung der Arbeitnehmer gemäß der Richtlinie 2001/86/EG geschlossen wird.²⁹³

Darüber hinaus sind gem. Art. 20 (2) SE-VO weitere Punkte im Verschmelzungsplan zulässig. Bemerkenswert ist, dass die SE-VO in Zusammenhang mit dem Verschmelzungsplan keine Anforderungen an die Form stellt. Daher gelten gem. Art. 18 SE-VO die jeweils strengsten Formerfordernisse der beteiligten nationalen Rechtsordnungen. Bei Beteiligung einer deutschen Gesellschaft ist dies z.B. die Form der notariellen Beurkundung.²⁹⁴ Gem. Art. 23 (1) SE-VO müssen die Hauptversammlungen jeder sich verschmelzenden Gesellschaft dem Verschmelzungsplan zustimmen.

Die SE-VO sieht die Erstellung eines Verschmelzungsberichtes zwar nicht explizit vor, geht allerdings gleichwohl von einer Aufstellungspflicht aus. Dies ergibt sich aus der Verweisungswirkung des Art. 18 SE-VO, wonach die nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für die Bereiche zum Tragen kommen, welche von der SE-VO nicht oder nicht ausreichend abgedeckt sind.²⁹⁵ Somit finden für den Verschmelzungsbericht § 8 UmwG sowie für dessen Prüfung §§ 9 ff. UmwG Anwendung. In diesem Zusammenhang wird auf

²⁹³ Art. 20 (1) SE-VO.

²⁹⁴ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 58.

²⁹⁵ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 98.

die Erläuterungen in Kapitel 2.2.3 verwiesen.

Bei einer deutschen Gründungsgesellschaft muss der Verschmelzungsplan spätestens einen Monat vor der Hauptversammlung dem zuständigen Betriebsrat zugeleitet werden. Dies ergibt sich aus Art. 15 SE-VO, wonach § 5 (3) UmwG anwendbar ist.²⁹⁶ Die Publizitätspflichten der Gründungsgesellschaften werden in Art. 21 SE-VO normiert, wonach vorbehaltlich weiterer Auflagen seitens der Mitgliedstaaten jede der sich verschmelzenden Gesellschaften die dort genannten Angaben im Amtsblatt des jeweiligen Mitgliedstaates bekannt zu machen haben. Zweck dieser Publizitätspflicht ist die Information der Gläubiger und der Anteilseigner der Gründungsgesellschaften über das Verschmelzungsvorhaben und deren Rechte im Verschmelzungsverfahren. Der Zeitpunkt der Bekanntmachung ist durch Art. 21 SE-VO nicht ausdrücklich vorgeschrieben.²⁹⁷ Aus diesem Grund findet für eine deutsche Gründungsgesellschaft § 5 SEAG Anwendung, wonach die Angaben dem Register bei Einreichung des Verschmelzungsplans mitzuteilen sind.²⁹⁸

Die Leitungs- bzw. Verwaltungsorgane der beteiligten Gründungsgesellschaften sollten so rasch wie möglich nach der Offenlegung des Verschmelzungsplans das Verfahren zur Beteiligung der Arbeitnehmer in der künftigen SE einleiten. Bei diesem Verfahren erfolgt zunächst die Information der Arbeitnehmervertreter bzw. der Arbeitnehmer über die geplante SE-Gründung. Diese Information hat unaufgefordert und unverzüglich nach Offenlegung des Verschmelzungsplans zu erfolgen.²⁹⁹ Zusätzlich ist ein Besonderes Verhandlungsgremium (BVG) durch die Leitungs- bzw. Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften einzusetzen und mit diesem in die Verhandlungen zur Arbeitnehmerbeteiligung einzutreten.³⁰⁰ Beim Verhandlungsverfahren sind mehrere Ergebnisse möglich. Zunächst kann das BVG beschließen, keine Verhandlungen aufzunehmen (sog. Nulllösung). Die Folgen hiervon sind, dass die Rechtsvorschriften zum Europäischen Betriebsrat zum Tragen kommen und dass das Eintragungsverfahren der SE unproblematisch weitergeführt werden

²⁹⁶ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 120.

²⁹⁷ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seiten 64-65.

²⁹⁸ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 121.

²⁹⁹ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 65.

³⁰⁰ Vgl. Herfs-Röttgen, E. (2002), Seite 359.

Vgl. Ziegler, U. / Gey, A. (2009), Seite 1750.

kann. Des Weiteren kann es zu einer einvernehmlichen Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung kommen. Als letzte Möglichkeit kommt die sog. Auffangregelung in Betracht. Diese kommt dann zur Anwendung, wenn die beteiligten Parteien dies vereinbaren oder das BVG zwar keinen Verhandlungsabbruch beschließt, jedoch bis zum Ende des Verhandlungszeitraums keine Vereinbarung zustande kommt und die zuständigen Organe jeder beteiligten Gesellschaft der Anwendung der Auffangregelung und der Fortsetzung des Verfahrens zur Eintragung der SE zustimmen. Sollten nicht alle Gesellschaften zustimmen, ist die SE-Gründung gescheitert.³⁰¹ Diese Auffangregelung gewährleistet das höchste Mitbestimmungsniveau der an der Gründung beteiligten Gesellschaften durch die Übertragung auf den Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat der SE.³⁰²

Ein weiterer Verfahrensschritt der SE-Gründung ist die Kapitalerhöhung, da die Anteilseigner der übertragenden Gesellschaften mit Eintragung der Verschmelzung Aktionäre der SE werden und aus diesem Grund die Aktien der übertragenden Gesellschaft in Aktien der SE umgetauscht werden. Bei der Verschmelzung durch Aufnahme können die benötigten Aktien der aufnehmenden Gesellschaft aus einer Kapitalerhöhung stammen oder es können neue eigene Aktien ausgegeben werden. In diesem Zusammenhang sind für aufnehmende deutsche Gesellschaften die Kapitalerhöhungsverbote bzw. –wahlrechte des § 68 UmwG zu beachten. Zu beachten ist, dass die SE-VO den Vollzug der Gewährung der SE-Anteile nicht im Einzelnen regelt, dies ist im Verschmelzungsplan festzulegen. Bei einer deutschen aufnehmenden Aktiengesellschaft bedarf der Kapitalerhöhungsbeschluss einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals.³⁰³

Wie oben bereits erwähnt muss die Hauptversammlung jeder sich verschmelzenden Gesellschaft dem Verschmelzungsplan zustimmen. Da die SE-VO keine Regelungen über die Einberufung der HV enthält, kommt hierfür gem. Art. 18 SE-VO das jeweilige nationale Verschmelzungsrecht der Gründungsgesellschaften zur Anwendung. Demnach ist die HV einer deutschen

³⁰¹ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seiten 122-128.

³⁰² Vgl. Kisker, O. (2006), Seite 207.

³⁰³ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 66.

Aktiengesellschaft gem. den Vorschriften der §§ 121 ff. AktG einzuberufen.³⁰⁴ Die zur Einsicht durch die Aktionäre am Sitz der Gesellschaft vorzuhaltenden Unterlagen ergeben sich aus Art. 18 SE-VO i.V.m. § 63 UmwG. Auch für die Durchführung gilt mangels Vorschriften in der SE-VO das nationale Recht, in Deutschland die allgemeinen Vorschriften über die HV des AktG sowie § 64 UmwG.³⁰⁵ In diesem Zusammenhang wird auf die Ausführungen unter 2.2.3.4 verwiesen.

Sollte die zu gründende SE ihren Sitz in Deutschland haben, so sind gem. Art. 15 SE-VO die Vorschriften des nationalen deutschen Gründungsrechts für Aktiengesellschaften zu beachten. In entsprechender Anwendung der §§ 32 ff. AktG sind daher grundsätzlich ein Gründungsbericht sowie eine Gründungsprüfung erforderlich. Allerdings findet gem. Art. 15 SE-VO auch die Vorschrift des § 75 (2) UmwG Anwendung, wonach sowohl der Gründungsbericht als auch die Gründungsprüfung durch einen externen Prüfer bei einer Kapitalgesellschaft als übertragendem Rechtsträger nicht erforderlich sind. Aufgrund des numerus clausus der Gründungsmethoden führt diese Tatsache zu dem Schluss, dass im Falle einer SE-Verschmelzung auf einen Gründungsbericht und eine Gründungsprüfung verzichtet werden kann. Jedoch ist eine interne Gründungsprüfung i.S.d. § 33 (1) AktG auch bei einer SE-Gründung vorzunehmen.³⁰⁶ Durchzuführen ist diese im dualistischen System durch Vorstand und Aufsichtsrat bzw. im monistischen System durch den Verwaltungsrat. Ein entsprechender Bericht ist dem Antrag zur Eintragung der SE ins Handelsregister beizufügen.³⁰⁷ Inhaltlich richtet sich der Bericht nach § 32 AktG sowie § 75 (1) UmwG.³⁰⁸

Die Satzung der SE darf gem. Art. 12 (4) S. 1 SE-VO „zu keinem Zeitpunkt im Widerspruch zu der ausgehandelten Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung stehen.“³⁰⁹ Allerdings ist die Satzung ein zwingender Bestandteil des Verschmelzungsplans und als solcher bereits vor Abschluss der Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung aufgestellt worden. Aus

³⁰⁴ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 130.

³⁰⁵ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 67.

³⁰⁶ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seiten 136-137

³⁰⁷ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 69.

³⁰⁸ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 137.

³⁰⁹ Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 137.

diesem Grund kann vor Eintragung der SE ein Widerspruch bestehen zwischen den Satzungsregelungen einerseits und den Vereinbarungen andererseits, welcher zwingend durch eine Satzungsanpassung zu beheben ist.³¹⁰

Als letzter Schritt vor der Eintragung der SE ist eine zweistufige Rechtmäßigkeitskontrolle gem. Art. 25, 26 SE-VO vorzunehmen. Der Anmeldung zu dieser Kontrolle ist die Schlussbilanz einer übertragenden deutschen Aktiengesellschaft beizufügen.³¹¹ Die Behörde des Mitgliedstaates, dessen Recht die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt, prüft auf der ersten Stufe, „ob die Abschnitte des Verschmelzungsverfahrens, die diese Gesellschaft betreffen, mit dem Recht dieses Mitgliedstaates übereinstimmen“³¹² (Art. 25 (1) SE-VO). Die Prüfung bezieht sich demnach auf die formellen und materiellen Eintragungsvoraussetzungen, insbesondere die Vollständigkeit der Anmeldeunterlagen und die Wirksamkeit des Verschmelzungsplans sowie des Verschmelzungsbeschlusses.³¹³ Gem. Art. 25 (2) SE-VO stellt diese Behörde, in Deutschland das Registergericht, dann eine Bescheinigung darüber aus, dass die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten durchgeführt wurden. Diese Bescheinigung wiederum ist der für die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle zuständigen Behörde vorzulegen. Gem. Art. 26 (1) SE-VO wird auf der zweiten Stufe „die Rechtmäßigkeit des Verfahrensabschnitts der Durchführung der Verschmelzung und der Gründung der SE von einer Behörde im künftigen Sitzstaat der SE kontrolliert.“³¹⁴ Gem. Art. 26 (3) SE-VO wird hierbei insbesondere geprüft, ob die beteiligten Gesellschaften einem gleich lautendem Verschmelzungsplan zugestimmt haben, d.h., ob die Verschmelzungsbeschlüsse übereinstimmen und ob eine Vereinbarung über die Arbeitnehmermitbestimmung getroffen wurde. Des Weiteren ist gem. Art. 26 (4) SE-VO zu prüfen, ob die Gründung der SE den gesetzlichen Anforderungen des Sitzstaates genügt.³¹⁵

Mit der Eintragung der SE ins Handelsregister des künftigen Sitzstaates der SE werden gem. Art. 27 SE-VO die Verschmelzung und gleichzeitig auch die

³¹⁰ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 137.

³¹¹ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 71.

³¹² Manz, G. / Mayer, B. / Schröder, A. (Hrsg.) (2005), Seite 302.

³¹³ Vgl. Walden, D. / Meyer-Landrut, A. (2005), Beschlussfassung und Eintragung, Seite 2621.

³¹⁴ Manz, G. / Mayer, B. / Schröder, A. (Hrsg.) (2005), Seite 302.

³¹⁵ Vgl. Manz, G. / Mayer, B. / Schröder, A. (Hrsg.) (2005), Seite 302.

Gründung der SE wirksam.³¹⁶ Sie hat somit konstitutive Wirkung.³¹⁷ Die Eintragung darf erst nach Abschluss der Rechtmäßigkeitskontrolle erfolgen, das Fehlen dieser Kontrolle kann gem. Art. 30 S. 2 SE-VO ein Grund für die Auflösung der SE darstellen. Ferner sieht die SE-VO in Art. 28 SE-VO erweiterte Publikationspflichten in den einzelnen Mitgliedstaaten vor, da die SE nur in ihrem Sitzstaat eingetragen wird. So ist z.B. bei einer deutschen Gründungsgesellschaft die Verschmelzung in das Handelsregister einzutragen. Diese Eintragung ist durch das zuständige Registergericht jedes an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgers in bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystemen bekannt zu machen. Außerdem muss die Eintragung der SE nach Offenlegung im Sitzstaat im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden.³¹⁸

Die vollzogene Verschmelzung bewirkt gem. Art. 29 SE-VO ipso jure:

- „den Übergang des gesamten Aktiv- und Passivvermögens der übertragenden Gesellschaften auf die (ggf. im Rahmen der Verschmelzung entstehende) aufnehmende Gesellschaft,
- den Aktienerwerb der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft(en) an der (ggf. im Rahmen der Verschmelzung entstehenden) aufnehmenden Gesellschaft,
- das Erlöschen der übertragenden Gesellschaft(en),
- bei der Verschmelzung durch Aufnahme die Annahme der neuen Rechtsform einer SE durch die übernehmende Gesellschaft.“³¹⁹

Unter Umständen kann aufgrund der Anteilsgewährungspflicht ein Pflichtangebot nach § 35 (2) WpÜG bei börsennotierten Gesellschaften erforderlich sein.³²⁰ Dies ist dann der Fall, wenn eine SE mit Sitz in Deutschland durch Verschmelzung zur Aufnahme gegründet wurde und ein Anteilseigner im Rahmen der Verschmelzung 30% oder mehr der Stimmrechte an einem aufnehmenden deutschen Rechtsträger mit Börsennotierung erlangt.³²¹

³¹⁶ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seiten 74-75.

³¹⁷ Vgl. Manz, G. / Mayer, B. / Schröder, A. (Hrsg.) (2005), Seite 316.

³¹⁸ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seiten 74-75.

³¹⁹ Binder, U. et. al. (2007), Seite 75.

³²⁰ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 135.

³²¹ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 76.

Die nachfolgende Aufstellung gibt nochmals einen kurzen Überblick über die im Rahmen des Verschmelzungsverfahrens zur SE-Gründung vorzunehmenden Schritte. Die kursiv gedruckten Schritte müssen nicht in allen Fällen vorgenommen werden. Ferner kann auch die Reihenfolge teilweise abgewandelt bzw. können einige Schritte parallel vorgenommen werden.

- (1) *Unternehmensbewertung;*
- (2) Aufstellung des Verschmelzungsplans;
- (3) *Erstattung eines Verschmelzungsberichts;*
- (4) *Prüfung der Verschmelzung durch unabhängige Sachverständige;*
- (5) *Zwischenbilanzerstellung;*
- (6) *Beachtung des nationalen Aktiennachgründungsrechts;*
- (7) *Zuleitung des Verschmelzungsplans an die Betriebsräte;*
- (8) Bekanntmachung und Offenlegung des Verschmelzungsplans;
- (9) Arbeitnehmerbeteiligung;
- (10) *Fusionskontrollrechtliche Anmeldungen;*
- (11) *Kapitalerhöhung;*
- (12) Einberufung der Anteilseignerversammlungen;
- (13) Durchführung der Anteilseignerversammlungen;
- (14) Interne Gründungsprüfung;
- (15) *Satzungsanpassung an Arbeitnehmerbeteiligungsvereinbarungen;*
- (16) Aufstellung *und Prüfung* der Schlussbilanzen;
- (17) Zweistufige Rechtmäßigkeitskontrolle;
- (18) Eintragung der SE;
- (19) *Pflichtangebot bei börsennotierten Gesellschaften (WpÜG).*³²²

³²² Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 51.

4.6.3 Weitere Gründungsformen

Wie oben bereits aufgezeigt wurde, existieren neben der Gründung durch Verschmelzung noch weitere Gründungsmöglichkeiten für die SE. Als zweite Gründungsmöglichkeit nennt die SE-VO die Gründung einer Holding-SE, welche in Art. 32-34 SE-VO geregelt ist. Diese Form der Gründung war dem deutschen Recht bislang nicht bekannt.³²³ Das Kennzeichen einer solchen Holding-Gründung ist, „dass mehrere Gesellschaften gemeinsam ihre neue Muttergesellschaft in Form einer SE errichten.“³²⁴ Es werden bei der Gründung Anteile an einer Aktiengesellschaft bzw. einer GmbH mit Sitz und Hauptverwaltung in der EU mit mehr als 50% der Stimmrechte in eine neu gegründete SE eingebracht. Voraussetzung ist, dass mindestens zwei der betroffenen Aktiengesellschaften bzw. GmbH aus verschiedenen Mitgliedstaaten stammen müssen oder seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft bzw. eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben müssen.³²⁵ Die SE wird folglich zur Muttergesellschaft der Gründungsgesellschaften.³²⁶ Die Gründung einer Holding-SE hat zur Folge, dass die SE nicht als Unternehmensträger tätig wird, sie wird lediglich vermögensverwaltend tätig. Die Gesellschafter der Holding-SE führen die unternehmerische Tätigkeit aus, die Koordination erfolgt über die Holding.

Eine weitere Gründungsform der SE ist die Gründung einer Tochter-SE. Dieser Vorgang ist in Art. 35-36 SE-VO geregelt. Hierbei bleiben die bisherigen Gesellschaften bestehen, es kommt die SE als neue Gesellschaft hinzu. Anders als die Holding ist diese auch unternehmerisch tätig.³²⁷ Ihre Rechtsfähigkeit erhält die SE gem. Art. 16 (1) i.V.m. Art. 12 SE-VO mit Registereintragung, in Deutschland das Handelsregister. Das Aktienrecht des jeweiligen Sitzstaates findet gem. Art. 5 SE-VO Anwendung für die Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung, Kapitalmaßnahmen sowie die Ausgabe von Wertpapieren. Zu beachten ist bei dieser Form der Gründung, dass sie allen Gesellschaften, also

³²³ Vgl. Thoma, G. / Leuering, T. (2002), Seite 1452.

³²⁴ Binder, U. et. al. (2007), Seite 110.

³²⁵ Vgl. Rödder, T. (2005), Seite 896.

³²⁶ Vgl. Thoma, G. / Leuering, T. (2002), Seite 1452.

³²⁷ Vgl. Ahrens, C. (2008), Seite 98.

auch Personengesellschaften, sowie sonstigen juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts mit Sitz in der Gemeinschaft offen steht. Interessant ist diese Gründungsform insbesondere für Joint Venture.³²⁸

Die letzte der vier primären Gründungsmöglichkeiten ist die Umwandlung einer bereits bestehenden Aktiengesellschaft in eine SE, welche in Art. 37 SE-VO normiert ist. Eine solche Umwandlung hat gem. Art. 37 (2) SE-VO weder die Auflösung der Gesellschaft noch die Gründung einer neuen juristischen Person zur Folge.³²⁹ Die Gesellschaft bleibt demnach als solche bestehen und ändert lediglich ihr Rechtskleid.³³⁰ Diese Form der Umwandlung entspricht einem Formwechsel i.S.d. §§ 190 ff. UmwG, da die Identität des Rechtsträgers nicht tangiert wird und ferner keine Vermögensübertragung stattfindet. Gem. Art. 37 (3) SE-VO darf anlässlich der Umwandlung der Sitz der Gesellschaft nicht in einen anderen Mitgliedstaat verlegt werden.³³¹

Wie oben bereits erwähnt existiert zusätzlich noch die Möglichkeit der Gründung einer Tochter-SE durch eine SE gem. Art. 3 (2) S. 1 SE-VO, wodurch ein reiner Konzern entsteht.³³²

4.7 Bewertung der Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft

Ein wesentlicher Vorteil der SE ist es, dass sie jederzeit und einfach Landesgrenzen überwinden kann, da der Satzungssitz einer SE nach den Regelungen der SE-VO problemlos in einen anderen Mitgliedstaat verlegt werden kann.³³³ Eine Auflösung im Herkunftsstaat und Neugründung im Aufnahmestaat sind nicht nötig.³³⁴ Des Weiteren ist es Unternehmen durch die Einführung der Rechtsform einer SE erstmals auf der Grundlage eines

³²⁸ Vgl. Thoma, G. / Leuering, T. (2002), Seiten 1452-1453.

³²⁹ Vgl. Schulz, A. / Petersen, S. (2002), Seite 1509.

³³⁰ Vgl. Habersack, M. (2006), Seite 419.

³³¹ Vgl. Thoma, G. / Leuering, T. (2002), Seite 1452.

³³² Vgl. Habersack, M. (2006), Seite 419.

³³³ Vgl. BMJ (Hrsg.) (o.J.) Einführung der SE, Seite 1.

³³⁴ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 33.

europarechtlich abgesicherten Verfahrens möglich, sich grenzüberschreitend zu verschmelzen. Durch dieses Verfahren ist es nunmehr möglich, dass sich Unternehmen im gesamten Europäischen Binnenmarkt grenzüberschreitend neu strukturieren, reorganisieren und zusammenschließen können.³³⁵ Vorteilhaft für die SE erweist sich auch die Tatsache, dass die Mitbestimmung mit den Arbeitnehmern ausgehandelt werden³³⁶ und somit auch von den strengen gesetzlichen Regelungen abweichen kann.³³⁷

Ein weiterer Vorteil der SE ergibt sich aus der Wahlmöglichkeit zwischen dem dualistischem und dem monistischem Leitungssystem. Gerade für eine SE mit Sitz in einem Mitgliedstaat, welcher für die nationalen Aktiengesellschaften dieses Wahlrecht nicht kennt, ist dies von Interesse. Demnach kann also eine SE mit Sitz in Deutschland ein monistisches Leitungssystem, bestehend nur aus einem Verwaltungsrat, haben, obwohl Aktiengesellschaften nach deutschem Recht nur mit einem dualistischen Leitungssystem gebildet werden können. Aufgrund dieser Wahlmöglichkeit eröffnet die SE eine zusätzliche Flexibilität, welche gerade für ausländische Investoren interessant sein könnte. Von Vorteil erweist sich auch, dass die Größe des Aufsichtsrates der SE nicht von der Anzahl der Arbeitnehmer abhängt.³³⁸

Auf der anderen Seite erweist sich die enge Verzahnung der SE mit dem jeweiligen nationalen Recht des Sitzstaates auf Grund Art. 9 SE-VO als nachteilig und lässt durchaus Zweifel an ihrem supranationalen Charakter zu.³³⁹ Vielmehr deuten die zahlreichen nationalen Anknüpfungen oder Regelungsvorbehalte, z.B. in steuerrechtlicher Hinsicht, in die Richtung einer Einordnung der SE³⁴⁰ als „europäisch geprägte nationale Rechtsform.“³⁴¹ Verschärfend kommt noch die Unübersichtlichkeit dieses Systems hinzu, da sich die Vorschriften für die SE neben der eigentlichen SE-VO zusätzlich noch im speziell für die SE geschaffenen nationalen Recht sowie in dem auf Aktiengesellschaften anwendbaren nationalen Recht finden lassen. Daraus

³³⁵ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 43.

³³⁶ Vgl. Walden, D. / Meyer-Landrut, A. (2005), Beschlussfassung und Eintragung, Seite 2623.

³³⁷ Vgl. Behrens, F. (2007), Seite 255.

³³⁸ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 32.

³³⁹ Vgl. Lächler, C. / Oplustil, K. (2005), Seite 381.

³⁴⁰ Vgl. Kloster, L. (2003), Seite 300.

³⁴¹ Kloster, L. (2003), Seite 300.

folgt, dass bis zur Herausbildung einer gesicherten Praxis fraglich sein wird, ob und wenn ja welche nationalen Vorschriften neben der SE-VO anzuwenden sind. Dies hat wiederum eine gesteigerte Rechtsunsicherheit sowie höhere Beratungskosten zur Folge.³⁴²

Des Weiteren stellt die eigentliche Gründung einen wesentlichen Nachteil dieser Rechtsform dar, da sie komplexer, zeit- und kostenaufwändiger als die Gründung einer Gesellschaft nationalen Rechts ist.³⁴³ Verschärfend hinzu kommt noch die Einschränkung der gesellschaftsrechtlichen Gründungsfreiheit auf Grund des numerus clausus der Gründungsformen. So können z.B. weder natürliche Personen noch Personengesellschaften als Alleingründer einer SE auftreten. Auch den Kapitalgesellschaften stehen nicht sämtliche Gründungsformen zur Verfügung. So steht die Gründung durch Verschmelzung nur den Aktiengesellschaften offen. Diese Beschränkung der Gründungsmöglichkeiten kann im Einzelfall eine mehrstufige Gründung erforderlich machen. Dies bedeutet, dass zunächst eine für die SE-Gründung passende Rechtsform nach nationalen Vorschriften gegründet werden muss.³⁴⁴ Darüber hinaus besitzt die SE gegenüber der deutschen Aktiengesellschaft eine erhöhte Kapitalanforderung in Höhe von Euro 120.000,- gem. Art. 4 (2) SE-VO.³⁴⁵ Im Vergleich dazu beträgt der Mindestnennbetrag des Grundkapitals einer deutschen Aktiengesellschaft gem. § 7 AktG Euro 50.000,-.

4.8 Die Societas Privata Europaea – ein Ausblick

Die Societas Privata Europaea (SPE), auch als Europäische Privatgesellschaft (EPG) bezeichnet, stellt neben der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung, der Europäischen Aktiengesellschaft und der Europäischen Genossenschaft die vierte supranationale Rechtsform dar. Unter der SPE versteht man eine supranationale Gesellschaft mit beschränkter Haftung,

³⁴² Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 33.

³⁴³ Vgl. Binder, U. et. al. (2007), Seite 33.

³⁴⁴ Vgl. Theisen, M. / Wenz, M. (2005), Seite 65.

³⁴⁵ Vgl. Hirte, H. (2005) Die Europäische Aktiengesellschaft – ein Überblick (Teil I), Seite 656.

welche für einen geschlossenen Gesellschafterkreis konzipiert ist.³⁴⁶ Aus diesem Grund wird sie umgangssprachlich auch als „Europa-GmbH“ bezeichnet.³⁴⁷ Sie soll insbesondere kleinen und mittelständischen Unternehmen den Schritt über die Grenze erleichtern³⁴⁸ und ist vornehmlich als ausländische Tochtergesellschaft europaweit agierender mittelständischer Unternehmen geeignet.³⁴⁹ Der Hintergrund für die Einführung der SPE ist, dass in der Europäischen Union mehr als 99% der Unternehmen kleine und mittlere Unternehmen sind, jedoch nur 8% grenzüberschreitend Handel tätigen und 5% über Tochtergesellschaften oder Gemeinschaftsunternehmen im Ausland verfügen. Daher ist es Ziel des Entwurfs für eine Verordnung über das Statut einer Societas Privata Europaea (SPE-VOE), den Zugang der KMU zum Binnenmarkt zu verbessern sowie ihr Geschäftspotential zu entfalten.³⁵⁰ Des Weiteren wird die grenzüberschreitende Entwicklung von KMU auch durch das mangelnde Vertrauen in ausländische Gesellschaftsformen anderer Mitgliedstaaten behindert. Auch hier soll die Rechtsform der SPE gegensteuern.³⁵¹

Die Idee der EPG wurde schon seit längerer Zeit, besonders unter maßgeblicher Beteiligung von Hommelhoff und Helms, diskutiert.³⁵² Bereits 1998 wurde ein erster inoffizieller Verordnungsentwurf vorgelegt,³⁵³ jedoch beauftragte erst 2001 die Europäische Kommission eine Expertengruppe mit der Untersuchung der Notwendigkeit neuer Rechtsformen, z.B. der EPG. Die Ergebnisse der Untersuchung wurden am 04.11.2002 vorgelegt. Allerdings hat erst am 01.02.2007 das Europäische Parlament die Europäische Kommission aufgefordert, im Verlauf des Jahres 2007 einen Entwurf eines Statuts der EPG vorzulegen.³⁵⁴ Vorgestellt wurde dieser Entwurf am 25.06.2008.³⁵⁵ Das Inkrafttreten der SPE-VO ist für den 01.07.2010 vorgesehen.³⁵⁶

³⁴⁶ Vgl. Teichmann, C. (2008) Die Europäische Privatgesellschaft, Seite 1.

³⁴⁷ Vgl. Teichmann, C. (2008) Fortschritte bei der EPG, Seite R113.

³⁴⁸ Vgl. Kremer, P. (2009), Seite 27.

³⁴⁹ Vgl. Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008), Eine GmbH für Europa, Seite 897.

³⁵⁰ Vgl. Europäische Kommission (Hrsg.) (2008) SPE-VOE, Seite 2.

Vgl. Cannivé, K. / Seebach, D. (2009), Seiten 519-520.

³⁵¹ Vgl. Europäische Kommission (Hrsg.) (2008) SPE-VOE, Seite 5.

³⁵² Vgl. Fietz, E. (2007), Seite R321.

³⁵³ Vgl. Schmidt, J. (2008), Vorschlag für eine SPE-VO, Seite 455.

³⁵⁴ Vgl. Fietz, E. (2007), Seite R321.

³⁵⁵ Vgl. Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008), Eine GmbH für Europa, Seite 897.

³⁵⁶ Vgl. Schmidt, J. (2008), Vorschlag für eine SPE-VO, Seite 463.

Konzipiert ist die SPE als eine Kapitalgesellschaft, vergleichbar mit der deutschen GmbH, auf europäischer Rechtsgrundlage. Dementsprechend ist sie eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet allein das Gesellschaftsvermögen.³⁵⁷ Da die SPE auf eine europäische Verordnung gestützt ist, gilt für sie in allen Mitgliedstaaten derselbe Rechtstext. Ausgestaltet ist sie für einen kleinen Kreis von Gesellschaftern, die Anteile sind gem. Art. 3 d) SPE-VOE nicht an der Börse handelbar.³⁵⁸ Dieser geschlossene Gesellschafterkreis ist ein wesentliches Merkmal der SPE, was durch die Bezeichnung „Privat“-Gesellschaft, angelehnt an das englische private company und das französische société privée, hervorgehoben wird.³⁵⁹

Im Vergleich zur SE-VO bietet der Entwurf der SPE-VO den Vorteil, dass diese als „ein grundsätzlich alle gesellschaftsrechtlichen Fragen regelndes – oder zumindest erfassendes – autonomes Vollstatut“³⁶⁰ konzipiert ist. Dies hat zur Folge, dass sämtliche Hauptcharakteristika der Gesellschaft, wie z.B. die beschränkte Haftung, das Gesellschaftskapital oder Ausschüttungen, sowie alle für Außenstehende relevanten Fragen, z.B. der Gläubigerschutz, Publikationspflichten oder die Arbeitnehmermitbestimmung, unmittelbar in der SPE-VO selbst geregelt sind. Somit ist der Regelungsbereich der SPE-VO bereits im Ansatz wesentlich breiter ausgelegt als der der SE-VO, welche vielfach auf nationales Recht verweist.³⁶¹ Außerdem erweist sich die weit reichende Vertragsfreiheit im Innenverhältnis als vorteilhaft für die SPE.³⁶²

Interessant im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Verschmelzung sind bei der SPE, wie auch schon bei der SE, die Gründungsmöglichkeiten. Aus diesem Grund beschränken sich die folgenden Erläuterungen der SPE auf diesen Aspekt. Bei der nachfolgenden Betrachtung wird der Entwurf für eine Verordnung über das Statut einer Societas Privata Europaea zugrunde gelegt.

Die Gründungsmöglichkeiten der SPE werden in Art. 5 (1) SPE-VOE aufgezeigt. Demnach kann eine SPE gegründet werden:

³⁵⁷ Vgl. Europäische Kommission (Hrsg.) (2008) SPE-VOE, Seite 6.

³⁵⁸ Vgl. Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008), Eine GmbH für Europa, Seite 897.

³⁵⁹ Vgl. Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008), Auf dem Weg zur SPE, Seite 929.

³⁶⁰ Schmidt, J. (2008), Vorschlag für eine SPE-VO, Seite 456.

³⁶¹ Vgl. Schmidt, J. (2008), Vorschlag für eine SPE-VO, Seite 456.

³⁶² Vgl. Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008), Eine GmbH für Europa, Seite 897.

- gemäß der SPE-VOE,
- durch die Umwandlung einer bestehenden Gesellschaft,
- durch die Verschmelzung bestehender Gesellschaften,
- durch die Spaltung einer bestehenden Gesellschaft.³⁶³

Auffallend ist in diesem Zusammenhang die im Gegensatz zur SE hohe Flexibilität der Gründungsmöglichkeiten, da wie bereits oben dargelegt eine SE nur aus einer bereits bestehenden Gesellschaft gegründet werden kann.³⁶⁴ Es ist nach den Vorschriften des Art. 5 SPE-VOE sogar möglich, eine SPE ex nihilo zu gründen.³⁶⁵ Den Erläuterungen des Vorschlags zufolge kann jede Gesellschaftsform, den entsprechenden Vorschriften des nationalen Rechts folgend, in eine SPE umgewandelt werden. Es spielt hierbei keine Rolle, ob die Rechtsform privat oder öffentlich, mit oder ohne Rechtspersönlichkeit ist.³⁶⁶ Für die Gründung durch Verschmelzung, Spaltung und Umwandlung verweist Art. 5 (2) SPE-VOE auf nationales Recht.³⁶⁷ Gem. Art. 5 (3) SPE-VOE soll die Gründung der SPE allen Gesellschaften offen stehen, welche nach mitgliedstaatlichem Recht gegründet werden können.³⁶⁸ Da dies auch die Personengesellschaften mit persönlich haftendem Gesellschafter mit einschließt, wird bei einem Wechsel in eine SPE mit auf das Gesellschaftsvermögen beschränkter Haftung ein hoher Regelungsbedarf aufkommen, welcher in vielen Mitgliedstaaten nicht existiert.³⁶⁹

Ihre Rechtsfähigkeit erlangt die SPE gem. Art. 9 (2) SPE-VOE am Tage ihrer Eintragung in das Handelsregister. Der Antrag zur Eintragung ist von den Gründungsgesellschaftern oder einer von ihnen bevollmächtigten Person zu stellen, die beizufügenden Dokumente werden in Art. 10 (2) SPE-VOE abschließend aufgezählt. Ferner ist die Einhaltung der Gründungsformalitäten gem. Art. 10 (4) SPE-VOE einer Rechtmäßigkeitskontrolle zu unterziehen.³⁷⁰

³⁶³ Vgl. Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008), Eine GmbH für Europa, Seiten 899-900.

³⁶⁴ Vgl. Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008), Eine GmbH für Europa, Seite 900.

³⁶⁵ Vgl. Lehne, K-H. (2008), Seite R257.

Vgl. Schmidt, J. (2008), Vorschlag für eine SPE-VO, Seite 457.

³⁶⁶ Vgl. Europäische Kommission (Hrsg.) (2008) SPE-VOE, Seite 7.

³⁶⁷ Vgl. Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008), Eine GmbH für Europa, Seite 901.

Vgl. Schmidt, J. (2008), Vorschlag für eine SPE-VO, Seite 457.

³⁶⁸ Vgl. Europäische Kommission (Hrsg.) (2008) SPE-VOE, Erwägungsgrund 7.

³⁶⁹ Vgl. Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008), Eine GmbH für Europa, Seite 901.

³⁷⁰ Vgl. Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008), Eine GmbH für Europa, Seite 900.

Sitz und Hauptverwaltung bzw. Hauptniederlassung der SPE müssen in der Gemeinschaft liegen (vgl. Art. 7 S. 1 SPE-VOE), jedoch können Registersitz und Hauptverwaltung sich in verschiedenen Mitgliedstaaten befinden (vgl. Art. 7 S. 2 SPE-VOE).

Anders als die SE-VO verlangt der Entwurf der SPE-VO für diese Rechtsform bei der Gründung keinen grenzüberschreitenden Bezug. Der Grund hierfür ist, dass die SPE auch für kleine und mittlere Unternehmen geeignet sein soll, welche ihre Tätigkeit erst zu einem späteren Zeitpunkt in den europäischen Binnenmarkt ausdehnen wollen. Ferner erfordern grenzüberschreitende Anknüpfungspunkte einen erhöhten Kontrollaufwand und verzögern dadurch die Gründung. Dennoch bringt das Fehlen eines grenzüberschreitenden Aspektes auch Probleme mit sich. So sehen z.B. viele Mitgliedstaaten in der SPE einen Konkurrenten zu den nationalen Rechtsformen, da die SPE als Rechtsformalternative Kompromisse im nationalen Recht in Frage stellen könnte. Als Beispiel für einen solchen Kompromiss kann die Diskussion über das Mindestkapital in Zusammenhang mit der GmbH-Reform aufgezeigt werden. Ein weiteres Problem ergibt sich dadurch, dass die Europäische Gemeinschaft nur Gesetzgebungskompetenz hat, sofern eine Maßnahme zur Verwirklichung ihrer Ziele erforderlich ist. Aus diesen Gründen ist anzunehmen, dass der völlige Verzicht auf ein grenzüberschreitendes Element nochmals überarbeitet werden wird.³⁷¹ Ferner sollte geprüft werden, ob auf eine Gründung der SPE durch Verschmelzung und Spaltung verzichtet werden kann, da für die SPE die Gründungsmöglichkeit ex nihilo besteht und ob die Gründung mittels Formwechsel europäisch durchnormiert werden sollte.³⁷²

³⁷¹ Vgl. Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008), Eine GmbH für Europa, Seiten 900-901.

³⁷² Vgl. Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008), Eine GmbH für Europa, Seite 911.

5 Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Verschmelzung

Das Vorabentscheidungsverfahren des EuGH in der Rechtssache SEVIC Systems AG war die erste Entscheidung zur Niederlassungsfreiheit in Bezug auf grenzüberschreitende Verschmelzungen. Das Urteil vom 13.12.2005 gilt neben den Entscheidungen in Sachen Centros, Überseering und Inspire Arts als weiterer bedeutsamer Schritt für die Entwicklung des Europäischen Gesellschaftsrechts durch Rechtsprechung des EuGH.³⁷³ Ging es in den vorgenannten Urteilen zunächst um die Verlegung des Verwaltungssitzes bzw. die Gründung von Zweigniederlassungen,³⁷⁴ so hatte der EuGH in der Rechtssache SEVIC Systems AG erstmalig die Gelegenheit, zur Problematik der grenzüberschreitenden Verschmelzung innerhalb der EU Stellung zu nehmen. Dieses Urteil und die fast zeitgleich erlassene Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften stellen einen Wendepunkt dar in der Thematik der grenzüberschreitenden Verschmelzung.

Gebietet die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 und 48 EGV eine grenzüberschreitende Verschmelzung? Um diese Frage zu beantworten ist zunächst zu klären, was die Niederlassungsfreiheit besagt.

5.1 Begriffsdefinition

Die Niederlassungsfreiheit wird als Primärrecht der Europäischen Union insbesondere bestimmt durch den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV). Gem. Art. 43 S. 1 EGV ist die Beschränkung der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates grundsätzlich verboten. Nach Art. 43 S. 2 EGV gilt dies auch für die Beschränkung der Gründung von Agenturen, Zweignieder-

³⁷³ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 23.

³⁷⁴ Vgl. Weng, A.(2008), Seite 38.

lassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaates, welche im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats ansässig sind,³⁷⁵ also die sekundäre Niederlassungsfreiheit.³⁷⁶ Die Niederlassungsfreiheit umfasst nach Art. 43 S. 3 EGV die „Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.“³⁷⁷ Gesellschaften i.S.d. Art. 48 (2) EGV sind insbesondere die BGB-Gesellschaft, OHG, KG, die Genossenschaft sowie juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, mit welchen ein Erwerbszweck verfolgt wird.³⁷⁸ Zu beachten ist hier, dass Art. 43 EGV auf rein mitgliedstaatsinterne Fälle nicht anzuwenden ist, deren Regelung in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Mitgliedstaaten fällt.³⁷⁹

Hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit stehen gem. Art. 48 S. 1 EGV die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften, welche ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleich, welche Angehörige der Mitgliedstaaten sind.³⁸⁰ Ähnlich wie die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen dienen diese Kriterien dazu, die Gesellschaft einem mitgliedstaatlichen Recht zuzuordnen.³⁸¹

Ziel der Niederlassungsfreiheit ist es, dass die von dieser Begünstigten unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer ihr Recht auf freie Niederlassung ausüben dürfen. Zu beachten ist, dass Art. 43 EGV seit 1970 unmittelbar anwendbar ist. Dies hat zur Folge, dass er von Angehörigen eines Mitgliedstaates gegenüber dem Aufnahmestaat unmittelbar geltend gemacht werden kann.³⁸²

³⁷⁵ Vgl. Conrads, M. / Schade, F. (2008), Seiten 191-192.

³⁷⁶ Vgl. Oppermann, T. (2005), Seite 538.

³⁷⁷ Art. 43 S. 3 EGV.

³⁷⁸ Vgl. Detterbeck, S. (2006), Seite 475.

³⁷⁹ Vgl. Bröhmer, J. (2007), EGV Art. 43, Rn. 6, in: Callies, C. / Ruffert, M. (Hrsg.) (2007) EGV Kommentar.

³⁸⁰ Vgl. Conrads, M. / Schade, F. (2008), Seite 192.

³⁸¹ Vgl. Bröhmer, J. (2007), EGV Art. 48, Rn. 5 in: Callies, C. / Ruffert, M. (Hrsg.) (2007) EGV Kommentar.

³⁸² Vgl. Oppermann, T. (2005), Seiten 537, 539.

5.2 Bedeutsame EuGH-Entscheidungen in Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit

Bereits vor der Rechtssache SEVIC Systems AG musste der EuGH in mehreren Entscheidungen immer wieder Stellung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften nehmen, wobei insbesondere Fragen der Sitzverlegung und Gründung von Zweigniederlassungen betroffen waren.³⁸³ Ihren Anfang nahmen diese Judikate mit der Entscheidung in der Rechtssache Daily Mail.

5.2.1 Daily Mail

Dieser ersten einschlägigen Entscheidung des EuGH³⁸⁴ lag der Sachverhalt zugrunde, dass die Daily Mail, eine englische Aktiengesellschaft, 1984 ihren Geschäftsleitungssitz unter Wahrung ihrer Eigenschaften als englische PLC von Großbritannien in die Niederlande verlegen wollte, wofür die Zustimmung des Finanzministeriums notwendig war. Diese Zustimmung wurde jedoch nicht erteilt, worauf es 1986 zur Klage vor dem High Court of Justice kam, welcher diese Rechtssache als Vorlageverfahren gem. Art. 234 EGV an den EuGH weiterleitete.³⁸⁵ In diesem Zusammenhang sollte sich der EuGH mit der Frage befassen, ob die Regelungen zur Niederlassungsfreiheit, zu dieser Zeit geregelt in Art. 52, 58 EGV, den Mitgliedstaaten der EU verwehren, einer juristischen Person die Verlegung ihrer Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat ohne vorherige Zustimmung zu untersagen. Ferner war durch den EuGH zu klären, ob die Richtlinie 73/148/EWG einer juristischen Person das Recht gibt, die Geschäftsleitung ohne Zustimmung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.³⁸⁶

³⁸³ Vgl. Frobenius, T. (2009), Seite 487.

³⁸⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, I-5483 (Daily Mail).

³⁸⁵ Vgl. Conrads, M. / Schade, F. (2008), Seite 198.

Vgl. Römermann, V. (Hrsg.) (2006), Seite 27.

³⁸⁶ Vgl. Conrads, M. / Schade, F. (2008), Seite 198.

In seinem Urteil stellte der EuGH fest, dass Gesellschaften im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnungen gegründet werden und demnach eine vorherige Zustimmung grundsätzlich rechtmäßig ist, da Gesellschaften außerhalb der jeweiligen nationalen Rechtsordnung nicht existieren.³⁸⁷ Ferner führte der EuGH aus, dass die Art. 52, 58 EGV den Gesellschaften nationalen Rechts nicht das Recht gewähren, „den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaften des Mitgliedstaats ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.“³⁸⁸ Des Weiteren entschied der EuGH, dass die Richtlinie 73/148/EWG ausschließlich auf den Aufenthalt und die Reisemöglichkeiten von natürlichen Personen Anwendung findet, eine analoge Anwendung auf juristische Personen jedoch nicht möglich ist.³⁸⁹

5.2.2 Centros

Der nächste bedeutsame Fall zur Konkretisierung der Niederlassungsfreiheit war die Rechtssache Centros.³⁹⁰ Gegenstand waren hier Fragen der sekundären Niederlassungsfreiheit. Ein dänisches Ehepaar gründete in England die Centros Ltd., welche sie dort unter der Adresse eines Freundes registrieren ließen. Nach ihrer Rückkehr nach Dänemark wollten sie dort eine Zweigniederlassung der Gesellschaft bei der dänischen Zentralverwaltung für Handel und Gesellschaften eintragen lassen. Diese Eintragung wurde mit der Begründung verweigert, dass in England nie eine Geschäftstätigkeit vorgelegen habe und dass bei einer alleinigen Tätigkeit in Dänemark statt der Errichtung einer Zweigniederlassung die Errichtung der Hauptniederlassung unter Umgehung der dänischen Mindestkapitalvorschriften angestrebt werde.³⁹¹

In seinem Urteil stellte der EuGH fest, dass durch die Verweigerung der Eintragung ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vorliegt. Demnach sei

³⁸⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, I-5483, Rn. 19.

³⁸⁸ EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, I-5483, Rn. 24.

³⁸⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs 81/87, Slg. 1988, I-5483, Rn. 28.

³⁹⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 09.03.1999, Rs C-212/97, Slg. 1999, I-1459 (Centros).

³⁹¹ Vgl. Weng, A.(2008), Seiten 41-42.

die Zweigniederlassung einer in einem Mitgliedstaat der EG wirksam gegründeten Gesellschaft auch dann einzutragen, wenn im Gründungsstaat keine Geschäftstätigkeit begründet wurde, sondern diese im Staat der Zweigniederlassung ausgeübt wird.³⁹²

5.2.3 Überseering

Durch Übertragung sämtlicher Geschäftsanteile auf zwei in Düsseldorf ansässige Deutsche hatte die Überseering BV, eine nach niederländischem Recht gegründete Gesellschaft, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Düsseldorf verlegt. Der Überseering BV wurde bei dem Versuch, einen deutschen Schuldner zu verklagen, die Rechts- und Parteifähigkeit gem. § 50 (1) ZPO versagt, wodurch die Klage sowohl vom Land- wie auch vom Oberlandesgericht Düsseldorf im Einklang mit der zu dieser Zeit herrschenden Sitztheorie abgewiesen wurde. Der BGH als Revisionsinstanz wandte sich zur Vorabentscheidung an den EuGH.³⁹³ Dieser stellte in seinem Urteil fest, dass die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat der EU unter dem Schutz der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV steht, sodass eine Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit im Staat des Verwaltungssitzes eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit darstellt. Des Weiteren führte der EuGH aus, dass die Mitgliedstaaten gem. Art. 43, 48 EGV verpflichtet sind, die Rechts- und Parteifähigkeit der zuziehenden Gesellschaften zu achten, welche diesen nach dem Recht der jeweiligen Gründungsstaaten zukommt.³⁹⁴ Dies hat zur Folge, dass eine Gesellschaft in einem anderen als dem Gründungsstaat nach den Rechtsnormen des Gründungsstaates rechts- und parteifähig ist. Demnach findet die Sitztheorie keine Anwendung mehr bei der Sitzverlegung einer Gesellschaft von einem EU-Mitgliedstaat in einen anderen.³⁹⁵

³⁹² Vgl. Gageur, P. (2006), Seite 15.

Vgl. Conrads, M. / Schade, F. (2008), Seite 199.

³⁹³ Vgl. EuGH, Urteil vom 05.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 (Überseering).

³⁹⁴ Vgl. Weng, A. (2008), Seite 43.

³⁹⁵ Vgl. Conrads, M. / Schade, F. (2008), Seite 200.

5.2.4 Inspire Art

Nach der Entscheidung in der Rechtssache Überseering blieb die Frage unbeantwortet, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Zuzugstaat eine Scheinauslandsgesellschaft speziellen nationalen Regelungen unterwerfen darf. In der Rechtssache Inspire Art³⁹⁶ konnte der EuGH hierzu Stellung nehmen. Die Gesellschaft Inspire Art Ltd., welche im Jahr 2000 nach englischem Recht gegründet wurde und auch in Großbritannien registriert ist, entfaltete ihre Geschäftstätigkeit ausschließlich über eine im Handelsregister in Amsterdam eingetragene Zweigniederlassung. Es handelt sich somit nach niederländischem Recht gem. Art. 1 WFBV³⁹⁷ um eine formal ausländische Gesellschaft, welcher durch das WFBV verschiedene Pflichten, z.B. in Hinsicht auf das Mindestkapital oder die Firmierung, auferlegt werden. Eine Nichtbeachtung dieser Vorschriften hat unter anderem die persönliche Haftung der Geschäftsführer zur Folge. Die Inspire Art Ltd. sah sich durch diese Vorschriften in ihrer Niederlassungsfreiheit behindert und erhob Klage am Kantongericht Amsterdam, welches den EuGH zur Vorabentscheidung anrief. Der EuGH kam in konsequenter Fortführung der Rechtsprechung in den Rechtssachen Centros sowie Überseering zu dem Ergebnis, dass die entsprechenden Vorschriften des niederländischen Gesetzes bzgl. der Kapitalaufbringung und Geschäftsführerhaftung die Niederlassungsfreiheit behindern.³⁹⁸

5.2.5 Cartesio

Erstmals seit der Daily Mail Entscheidung aus dem Jahr 1988 musste sich der EuGH in der Rechtssache Cartesio mit der Wegzugsfreiheit von Gesellschaften befassen. Cartesio wurde am 20.05.2004 in der Rechtsform betéti társaság

³⁹⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 30.09.03, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 (Inspire Art).

³⁹⁷ WFBV= Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen; zu deutsch: Gesetz über formal ausländische Gesellschaften.

³⁹⁸ Vgl. Gageur, P. (2006), Seiten 24-25.

gegründet. Hierbei handelt es sich um eine Kommanditgesellschaft ungarischen Rechts. Sowohl Kommanditist als auch Komplementär der Gesellschaft sind zwei in Ungarn ansässige natürliche Personen, welche auch die ungarische Staatsangehörigkeit besitzen. Cartesio stellte am 11.11.2005 beim zuständigen Bezirksgericht als Handelsregistergericht den Antrag auf Eintragung der Sitzverlegung nach Italien. Dieser Antrag wurde am 24.01.2006 mit der Begründung abgelehnt, eine in Ungarn nach ungarischem Recht gegründete Gesellschaft könne ihren Sitz nicht unter Beibehaltung ihres ungarischen Personalstatuts ins Ausland verlegen. Gegen diese Entscheidung legte Cartesio beim Regionalgericht Szeged Berufung ein, welches jedoch das Verfahren aussetzte und dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegte. Demnach möchte das Gericht unter anderem mit seiner vierten Frage wissen,³⁹⁹ „ob die Art. 43 EG und 48 EG dahin auszulegen sind, dass sie Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats entgegenstehen, die es einer nach dem innerstaatlichen Recht dieses Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft verwehren, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei ihre Eigenschaft als Gesellschaft, die dem innerstaatlichen Recht des Mitgliedstaats unterliegt, nach dessen Recht sie gegründet wurde, behält.“⁴⁰⁰

Mit seinem Urteil vom 16.12.2008 hat der EuGH entschieden, dass die Vorschriften zur Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts dahin auszulegen sind, „dass sie Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht entgegenstehen, die es einer nach dem nationalen Recht dieses Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft verwehren, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei ihre Eigenschaft als Gesellschaft des nationalen Rechts des Mitgliedstaats, nach dessen Recht sie gegründet wurde, zu behalten.“⁴⁰¹ Demnach durfte also das ungarische Registergericht die Eintragung der Sitzverlegung von Cartesio verweigern, da der EuGH die Vorfrage nach dem Vorliegen einer Gesellschaft nach dem Recht des Wegzugstaates als eine vom nationalen Recht der Mitgliedstaaten zu beantwortende Anknüpfungsfrage ansieht, welche der

³⁹⁹ Vgl. Behme, C. / Nohlen, N. (2009), Seiten 11 und 13.

Vgl. Grohmann, U. / Gruschinske, N. (2008), Beschränkung des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU – die Rechtssache Cartesio, Seite 463.

⁴⁰⁰ Behme, C. / Nohlen, N. (2009), Seite 11.

⁴⁰¹ EuGH, Urteil vom 16.12.2008, Rs. C-210/06, Rn. 99 (Cartesio).

Niederlassungsfreiheit vorgelagert sei. Vor dem Hintergrund der jüngeren Rechtsprechung des EuGH zum internationalen Gesellschaftsrecht mag diese Entscheidung überraschen, da sie an die Daily-Mail-Entscheidung anknüpft und die Entwicklung zu mehr Mobilität innerhalb der EU unterbricht.⁴⁰²

5.2.6 Zusammenfassung

Aufgrund der soeben aufgezeigten Entscheidungen kann man nunmehr von einer „echten“ Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften innerhalb der EG sprechen. Dementsprechend darf sich jede nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründete Gesellschaft mit satzungsmäßigem Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der EG in jedem anderen Mitgliedstaat niederlassen sowie ihren effektiven Verwaltungssitz dorthin verlegen, sofern der Gründungsstaat dies zulässt. Ferner ist die Gesellschaft in vollem Umfang nach dem Gesellschaftsstatut ihres Gründungsstaates anzuerkennen. Es gilt somit hier die Gründungstheorie.⁴⁰³ Im Ergebnis hat die Rechtsprechung zur Folge, dass die Sitztheorie im Geltungsbereich des EG-Vertrages als Kollisionsnorm für die sog. Zuzugsfälle beseitigt wurde.⁴⁰⁴ Trotzdem ist durch die Aufrechterhaltung der Daily Mail Grundsätze und der Entscheidung in der Rechtssache Cartesio weiterhin für Wegzugsfälle die Sitztheorie anzuwenden.⁴⁰⁵

Die vorgenannten Urteile haben also „eine erhebliche Bewegung in die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts gebracht“⁴⁰⁶ und die Frage nach der Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Gesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten aufgeworfen. Diese Frage wurde durch den EuGH in der Rechtssache SEVIC Systems AG beantwortet.

⁴⁰² Vgl. Behme, C. / Nohlen, N. (2009), Seite 13.
Vgl. Kindler, P. (2009), Seite 130.

⁴⁰³ Vgl. Gageur, P. (2006), Seiten 28-29.

⁴⁰⁴ Vgl. Horn, N. (2004), Seite 896.

⁴⁰⁵ Vgl. Gageur, P. (2006), Seiten 28-29.

Vgl. Behme, C. / Nohlen, N. (2009), Seite 13.

⁴⁰⁶ Wicke, H. (2006), Seite 199.

5.3 Vorabentscheidungsverfahren SEVIC Systems

5.3.1 Sachverhalt

Der Antrag der SEVIC Systems AG mit Sitz in Neuwied (Deutschland) auf Eintragung ihrer Verschmelzung mit der in Luxemburg ansässigen Security Vision Concept SA in das deutsche Handelsregister ist vom Amtsgericht Neuwied zurückgewiesen worden. Begründet wurde dies damit, dass das deutsche Umwandlungsrecht gem. § 1 (1) UmwG nur die Verschmelzung von Gesellschaften mit Sitz in Deutschland vorsehe. Der im Jahre 2002 geschlossene Verschmelzungsvertrag zwischen den beiden Gesellschaften sah die Auflösung der Security Vision ohne Abwicklung sowie die Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf die SEVIC Systems AG vor. Aus deutscher Sicht handelt es sich somit um einen Fall der Hereinverschmelzung.⁴⁰⁷

Gegen die Entscheidung des Amtsgerichts Neuwied erhob die SEVIC Systems AG Beschwerde beim Landgericht Koblenz. Da das Landgericht Koblenz die Auslegung der europäischen Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV für entscheidungserheblich hielt, hat es das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH nachfolgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:⁴⁰⁸ „Sind die Art. 43 EG und 48 EG dahin auszulegen, dass es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn einer ausländischen europäischen Gesellschaft die Eintragung ihrer angestrebten Verschmelzung mit einer deutschen Gesellschaft in das deutsche Handelsregister gemäß §§ 16 ff. UmwG versagt wird, weil § 1 Abs. 1 UmwG nur eine Umwandlung von Rechtsträgern mit Sitz im Inland vorsieht?“⁴⁰⁹ Das Verfahren wurde aufgrund des eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH mit Vorlagebeschluss vom 16.09.2003 ausgesetzt.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 25.

Vgl. Oechsler, J. (2006), Seite 812.

⁴⁰⁸ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 25.

⁴⁰⁹ EuGH, Rs. C-411/03 v. 13.12.2005 - Sevic Systems AG.

⁴¹⁰ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 25.

Gem. Art. 234 a) EGV entscheidet der EuGH im Wege der Vorabentscheidung über Fragen der Auslegung und Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht. Die nationalen Gerichte, welche letztinstanzlich entscheiden und deren Entscheidungen somit nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, sind gem. Art 234 (3) EGV zur Vorlage verpflichtet. Berechtig zur Vorlage ist ein Gericht gem. Art. 234 (2) EGV dann, wenn es unterinstanzlich entscheidet.⁴¹¹ Sollte trotz Verpflichtung zur Vorlage diese nicht erfolgen, so wird das Recht auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 GG verletzt mit der Folge, dass das jeweilige Urteil mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden kann.⁴¹² Zu beachten ist auch, dass dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren lediglich die Auslegung des Gemeinschaftsrechts obliegt, nicht jedoch die Anwendung auf den konkreten Einzelfall.⁴¹³ Eine Entscheidung über den dem nationalen Gericht vorliegenden Rechtsstreit liegt demnach nicht in der Befugnis des EuGH.

5.3.2 Inhalt der Entscheidung

Zunächst stellte der EuGH fest, dass der sachliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auch die grenzüberschreitende Verschmelzung umfasst.⁴¹⁴ Demnach fallen in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit alle Maßnahmen, „die den Zugang zu einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitzmitgliedstaat und die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in jenem Staat dadurch ermöglichen oder auch nur erleichtern, dass sie die tatsächliche Teilnahme der betroffenen Wirtschaftsbeteiligten am Wirtschaftsleben des letztgenannten Mitgliedstaats unter denselben Bedingungen gestatten, die für die inländischen Wirtschaftsbeteiligten gelten.“⁴¹⁵ Wie auch die anderen Gesellschaftsumwandlungen entsprechen die grenzüberschreitenden Verschmelzungen den Zusammenarbeits- und Umge-

⁴¹¹ Vgl. Oppermann, T. (2005), Seite 236.

⁴¹² Vgl. Ahrens, C. (2008), Seite 14.

⁴¹³ Vgl. Oppermann, T. (2005), Seite 237.

⁴¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-411/03 v. 13.12.2005 - Sevic Systems AG, Rn. 16.

⁴¹⁵ EuGH, Rs. C-411/03 v. 13.12.2005 - Sevic Systems AG, Rn. 18.

staltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten und stellen eine bedeutende Modalität der Niederlassungsfreiheit für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes dar. Aus diesem Grund zählen sie zu den von Art. 43, 48 EGV geschützten Tätigkeiten.⁴¹⁶

Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit liegt in § 1 (1) UmwG begründet, da das deutsche Umwandlungsrecht deutschen Gesellschaften eine Verschmelzung ermöglicht, nicht jedoch generell ausländischen Gesellschaften.⁴¹⁷ Nähere Ausführungen hierzu sind Kapitel 3 dieser Arbeit zu entnehmen. Allerdings stellt eine solche Verschmelzung ein wirksames Mittel zur Umwandlung von Gesellschaften dar, da es hierdurch im Rahmen eines einzigen Vorgangs ermöglicht wird, eine bestimmte Tätigkeit in neuer Form und ohne Unterbrechung auszuüben. Komplikationen sowie Zeit- und Kostenaufwand, welche durch andere Formen der Umgestaltung wie z.B. die Auflösung einer Gesellschaft mit Vermögensabwicklung und Neugründung einer anderen Gesellschaft unter Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände verursacht werden, werden hierdurch verringert. Da dieses Mittel zur Umwandlung nach deutschem Recht nicht zur Verfügung steht, wenn eine der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland inne hat, stellt dieses Recht eine Ungleichbehandlung von deutschen und ausländischen Gesellschaften dar. Eine solche unterschiedliche Behandlung ist nach Auffassung des EuGH dazu geeignet, Gesellschaften vom Gebrauch der im EGV verankerten Niederlassungsfreiheit abzuhalten und stellt somit eine Beschränkung i.S.d. Art. 43, 48 EGV dar. Diese Beschränkung steht im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit und ist nur zulässig, „wenn mit ihr ein legitimes mit dem EG-Vertrag vereinbares Ziel verfolgt wird und wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist.“⁴¹⁸ Außerdem muss ihre Anwendung zur Zielerreichung geeignet sein und darf nicht über das hierzu Erforderliche hinausgehen.⁴¹⁹

⁴¹⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-411/03 v. 13.12.2005 - Sevic Systems AG, Rn. 19.
Vgl. Klein, S. (2007), Seite 569.

⁴¹⁷ Vgl. Gesell, H. / Krömker, M. (2006), Seite 2558.

⁴¹⁸ EuGH, Rs. C-411/03 v. 13.12.2005 - Sevic Systems AG, Rn. 23.

⁴¹⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-411/03 v. 13.12.2005 - Sevic Systems AG, Rn. 20-23.
Vgl. Klein, S. (2007), Seite 569.
Vgl. Kraft, G. / Bron, J. (2006), Seite 28.

Die Regierungen der beteiligten Staaten bringen in diesem Zusammenhang Argumente zur Rechtfertigung einer solchen Beschränkung vor. Ein solches Argument ist, dass eine innerstaatliche Verschmelzung an Bedingungen geknüpft sei, welche auf den Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsaktionären und Arbeitnehmern abzielten. Ferner seien die Wirksamkeit der Steueraufsicht sowie die Lauterkeit des Handelsverkehrs zu wahren. Es stellen sich im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hier spezifische Probleme, da mehrere einzelstaatliche Rechtsordnungen auf denselben Rechtsvorgang zur Anwendung kämen. Die Lösung dieser Probleme setzt spezifische Vorschriften zum Schutz der vorgenannten Interessen voraus, allerdings ist eine Voraussetzung für solche Vorschriften die Harmonisierung der Regelung auf Gesellschaftsebene. Die niederländische Regierung weist in diesem Zusammenhang auf die Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten hin.⁴²⁰

Allerdings entschied der EuGH bereits in einem früheren Urteil,⁴²¹ dass solche gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierungsvorschriften keine Vorbedingung für die Durchführung der Niederlassungsfreiheit seien. Auf Grund der mit der grenzüberschreitenden Verschmelzung verbundenen spezifischen Probleme ist nicht auszuschließen, dass „zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie der Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern (vgl. Urteil vom 5.11.2002 in der Rs. C-208/00, Überseering, Slg. 2002, I-9919, Rn. 92) sowie die Wahrung der Wirksamkeit der Steueraufsicht und der Lauterkeit des Handelsverkehrs (vgl. Urteil vom 30.9.2003 in der Rs. C-167/01, Inspire Art, Slg. 2003, I-10155, Rn. 132) unter bestimmten Umständen und bei Beachtung bestimmter Voraussetzungen eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende Maßnahme rechtfertigen können.“⁴²²

Jedoch ist eine solche beschränkende Maßnahme nur dann zulässig, wenn sie zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet ist und nicht über das hierzu Erforderliche hinausgeht. Die generelle Verhinderung der Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung aufgrund der Vorschriften des

⁴²⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-411/03 v. 13.12.2005 - Sevic Systems AG, Rn. 24-25.

⁴²¹ Vgl. EuGH, Rs. C-204/90 v. 28.01.1992 - Bachmann, Slg. 1992, I-249, Rn. 11.

⁴²² EuGH, Rs. C-411/03 v. 13.12.2005 - Sevic Systems AG, Rn. 28.

§ 1 (1) UmwG führt jedoch dazu, dass diese auch dann verhindert wird, wenn die oben genannten Interessen nicht bedroht sind. Des Weiteren geht eine solche Regelung über das zur Erreichung der verfolgten Ziele Erforderliche, nämlich dem Schutz dieser Interessen, hinaus.⁴²³

Der EuGH entschied daher, dass „die Art. 43 EG und 48 EG dem entgegenstehen, dass in einem Mitgliedstaat die Eintragung einer Verschmelzung durch Auflösung ohne Abwicklung einer Gesellschaft und durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf eine andere Gesellschaft in das nationale Handelsregister generell verweigert wird, wenn eine der beiden Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, während eine solche Eintragung, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, möglich ist, wenn beide an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ihren Sitz im erstgenannten Mitgliedstaat haben.“⁴²⁴

5.3.3 Bewertung der Entscheidung

Aus deutscher Sicht sind die Konsequenzen der SEVIC-Entscheidung sicherlich revolutionär. Der Grund hierfür ist, dass die Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung unter Berufung auf § 1 (1) UmwG nicht länger generell verweigert werden kann, da dies eine ungerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt.⁴²⁵ Allerdings wird hierdurch die Frage aufgeworfen, welche transnationalen Verschmelzungen im Einzelfall zulässig sind. Der Grund hierfür liegt in den Ausführungen des EuGH, dass zwingende Gründe des Allgemeininteresses, z.B. Schutz der Interessen der Gläubiger oder der Arbeitnehmer, unter bestimmten Voraussetzungen eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende Maßnahme rechtfertigen können, hat dies jedoch nicht

⁴²³ Vgl. EuGH, Rs. C-411/03 v. 13.12.2005 - Sevic Systems AG, Rn. 29-30.

⁴²⁴ EuGH, Rs. C-411/03 v. 13.12.2005 - Sevic Systems AG, Rn. 31.

⁴²⁵ Vgl. Bayer, W. / Schmidt, J. (2006), Der Schutz der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit, Seite 212.
Vgl. Kappes, S. (2006), Seite 102.

weiter ausgeführt. Dies führt wiederum zu einer gewissen Rechtsunsicherheit.⁴²⁶

Des Weiteren enthält die Entscheidung des EuGH auch eine indirekte Handlungsanweisung an den deutschen Gesetzgeber, zumindest grenzüberschreitende Hineinverschmelzungen möglich zu machen.⁴²⁷ Dies geschah mit Hilfe des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes. Folglich brauchen deutsche Unternehmen nun nicht länger zwingend auf komplizierte Hilfskonstruktionen oder Ausweichgestaltungen wie die grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine SE auszuweichen, um mit anderen europäischen Unternehmen zu verschmelzen.⁴²⁸

Unzweifelhaft von der Niederlassungsfreiheit geschützt ist nach der SEVIC-Entscheidung die Hineinverschmelzung ausländischer Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten auf deutsche Gesellschaften. Dies sind die Fälle, welche dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt entsprechen.⁴²⁹ Diese Tatsache ist aus deutscher Sicht zu begrüßen, da der Schutz von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern durch die deutsche Rechtsordnung unverändert bestehen bleibt. Grund hierfür ist die Anwendung des deutschen Rechts auf den übernehmenden Rechtsträger.⁴³⁰

Im Gegensatz dazu scheint der Fall der Hinausverschmelzung, also die Verschmelzung einer deutschen Gesellschaft auf eine ausländische Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaates, noch nicht vollständig geklärt zu sein, da sich auch der EuGH zu dieser Frage in der SEVIC-Entscheidung nicht ausdrücklich geäußert hat.⁴³¹ Dem entgegen steht die Auffassung, die Hinausverschmelzung sei einer „Auswanderung durch Sitzverlegung ins Ausland“⁴³² vergleichbar, welche gem. der Daily Mail-Entscheidung nicht von der Niederlassungsfreiheit geschützt sei. Demnach wäre auch die Hinausver-

⁴²⁶ Vgl. Kappes, S. (2006), Seite 102.

⁴²⁷ Vgl. Bungert, H. (2006), Seite 54.

⁴²⁸ Vgl. Bayer, W. / Schmidt, J. (2006), Der Schutz der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit, Seite 212.

⁴²⁹ Vgl. Spahlinger, A. / Wegen, G. (2006), Seite 724.

⁴³⁰ Vgl. Klein, S. (2007), Seiten 569-570.

Vgl. Geyrhalter, V. / Weber, T. (2006), Seite 149.

⁴³¹ Vgl. Bungert, H. (2006), Seite 56.

⁴³² Spahlinger, A. / Wegen, G. (2006), Seite 724.

schmelzung nicht von der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit erfasst. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Hinausverschmelzung, im Gegensatz zur Sitzverlegung ins Ausland, immer auch ein weiteres ausländisches Rechtssubjekt betrifft. Sollte der deutschen Gesellschaft die Hinausverschmelzung untersagt werden, so würde somit in das Recht der ausländischen Gesellschaft auf Gründung einer deutschen Zweigniederlassung eingegriffen.⁴³³

Des Weiteren ist bei den Ausführungen des EuGH überwiegend von Verschmelzungen im Allgemeinen die Rede, diese werden nicht auf Zuzugssachverhalte beschränkt.⁴³⁴ Diese allgemeine Formulierung erscheint sinnvoll, da die Zuzugsfreiheit durch Hineinverschmelzung ins Leere laufen würde, wenn die Mitgliedstaaten die Möglichkeit hätten, eine Hinausverschmelzung zu untersagen. Außerdem setzt die Hineinverschmelzung im Rahmen einer europäischen Fusion die Hinausverschmelzung aus einem anderen Mitgliedstaat voraus. Somit können sowohl die Hinein- als auch die Hinausverschmelzung als zwei Seiten einer Medaille bezeichnet werden.⁴³⁵ Ferner unterscheiden Art. 43, 48 EGV nicht zwischen Hinein- und Hinausverschmelzung, sondern gewährleisten einheitlich die Niederlassungsfreiheit.⁴³⁶

Auch der Generalanwalt beim EuGH vertrat im SEVIC-Verfahren die Auffassung, dass die Hinausverschmelzung einer deutschen Gesellschaft auf Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten von der Niederlassungsfreiheit umfasst wird und somit zulässig ist. Es ist also somit davon auszugehen, dass auch die Hinausverschmelzung von der Niederlassungsfreiheit garantiert wird. Als Folge und unter Hinweis auf die SEVIC-Entscheidung des EuGH hat das Amtsgericht Amsterdam in seiner Entscheidung vom 29.01.2007 die Verschmelzung einer niederländischen auf eine deutsche Kapitalgesellschaft zugelassen, sodass aus Sicht des niederländischen Rechts auch die Hinausverschmelzung als von der Niederlassungsfreiheit gedeckt anzusehen ist.⁴³⁷

⁴³³ Vgl. Spahlinger, A. / Wegen, G. (2006), Seite 724.

⁴³⁴ Vgl. Geyrhalter, V. / Weber, T. (2006), Seite 150.

⁴³⁵ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 570.

Vgl. Geyrhalter, V. / Weber, T. (2006), Seite 150.

⁴³⁶ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 570.

⁴³⁷ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 570.

5.4 Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Verschmelzung bei Personengesellschaften

Wie eingangs bereits dargelegt wurde, erfasst die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV die Freizügigkeit der Selbständigen, also der Freiberufler, Handwerker und sonstigen Gewerbetreibenden (Unternehmer). Ferner folgt aus Art 43 (2) EGV, dass die Niederlassungsfreiheit neben den natürlichen Personen auch den juristischen Personen zusteht,⁴³⁸ es erfolgt somit eine Gleichstellung von natürlichen und juristischen Personen für den Bereich der Niederlassungsfreiheit. Trotz dieser Tatsache bestehen weiterhin Unterschiede. Dies wird dadurch deutlich, dass bei der Verlagerung der Niederlassung natürlicher Personen ihre Existenz als solche nicht angezweifelt wird, dies bei juristischen Personen in den Mitgliedstaaten nicht der Fall ist, welche der Sitztheorie folgen. Aber auch bei Staaten, welche der Gründungstheorie folgen, kann es zu Beeinträchtigungen der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften kommen. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn inländische Schutznormen zur Anwendung kommen sollen.⁴³⁹

Der EuGH hat mit seiner Entscheidung in der Rechtssache SEVIC Systems AG festgestellt, dass die Niederlassungsfreiheit auch grenzüberschreitende Verschmelzungen möglich macht. Wie in den folgenden Kapiteln noch darzulegen ist, betreffen die Verschmelzungsrichtlinie und folglich auch deren Umsetzung in nationales Recht durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes nur Kapitalgesellschaften. Dies hat zur Folge, dass die SEVIC-Entscheidung auch nach Erlass der Richtlinie und der Gesetzesänderung noch grundlegende Bedeutung haben wird,⁴⁴⁰ da vor dem Hintergrund dieser Entscheidung auch Verschmelzungen unter Beteiligung von Personengesellschaften möglich sind, soweit diese Gesellschaften Erwerbszwecken folgen. Dem entsprechend bleibt es für Personengesellschaften auch

⁴³⁸ Vgl. Bröhmer, J. (2007), EGV Art. 43, Rn. 1, 8 in: Callies, C. / Ruffert, M. (Hrsg.) (2007) EGV Kommentar.

⁴³⁹ Vgl. Bröhmer, J. (2007), EGV Art. 48, Rn. 8 in: Callies, C. / Ruffert, M. (Hrsg.) (2007) EGV Kommentar.

⁴⁴⁰ Vgl. Bayer, W. / Schmidt, J. (2006), Der Schutz der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit, Seite 212.

nach Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie bei der bisherigen Rechtslage.⁴⁴¹

Ist allerdings die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften nach der Vereinigungstheorie nach deutschem Sachrecht zu beurteilen, so sind auch die §§ 1,3 UmwG europarechtskonform zu reduzieren. Demnach sind grenzüberschreitende Verschmelzungen von einem Erwerbszweck folgenden Personengesellschaften soweit zulässig, als die beteiligten ausländischen Rechtsträger den in § 3 Nr. 1 UmwG genannten Personengesellschaften entsprechen. Eine solche Verschmelzung ist allerdings nur dann möglich, wenn das jeweilige ausländische Sachrecht der an der Verschmelzung beteiligten ausländischen Gesellschaft die Verschmelzung solcher Gesellschaften erlaubt.⁴⁴²

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Personenhandelsgesellschaften dieselben Grundsätze gelten wie für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften vor Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie.⁴⁴³ Dies bedeutet aber, dass eine solche Verschmelzung zwar zulässig, der Ablauf einer solchen jedoch nicht gesetzlich normiert ist, was wiederum ein zeit- und kostenintensives Verfahren nach sich ziehen kann.

⁴⁴¹ Vgl. Spahlinger, A. / Wegen, G. (2006), Seiten 726-727.

⁴⁴² Vgl. Spahlinger, A. / Wegen, G. (2006), Seiten 726-727.

⁴⁴³ Vgl. Spahlinger, A. / Wegen, G. (2006), Seite 727.

6 Zwischenergebnis

Die SEVIC-Entscheidung stellt zwar klar, dass transnationale Verschmelzungen *de lege lata* aufgrund des Vorrangs der Niederlassungsfreiheit vor den bislang geltenden Bestimmungen des UmwG grundsätzlich zulässig sind, jedoch enthält das Urteil keinerlei Aussage darüber, wie eine solche Strukturmaßnahme im Einzelnen durchzuführen ist. Da sowohl eine Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften in den einzelnen Mitgliedstaaten als auch Regelungen zum Eintragungsverfahren fehlten, war die Durchführung einer solchen grenzüberschreitenden Strukturmaßnahme bislang in der Praxis nach wie vor mit erheblichen Schwierigkeiten und hohem Beratungsaufwand verbunden. Durch die Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten sind diese Hindernisse zumindest teilweise entfallen, da die Richtlinie grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht auf einer einheitlichen europaweiten Grundlage ermöglicht.⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 571.

7 Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten

7.1 Entstehungsgeschichte

Bereits der ursprüngliche EWG-Vertrag von 1957 sah in den damaligen Art. 52 und 58, jetzt Art. 43, 48 EGV, die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften vor. Ein Teil dieser Niederlassungsfreiheit ist die grenzüberschreitende Verschmelzung. Nach Art. 220 des damaligen EWG-Vertrages, heute Art. 293 EGV, waren Verhandlungen zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten bezüglich eines Übereinkommens über die grenzüberschreitende Verschmelzung möglich. 1972 wurde der Entwurf eines solchen Übereinkommens vorgelegt, nach dem Beitritt Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs zur EU kamen die Verhandlungen jedoch zum Erliegen.⁴⁴⁵

Die Kommission schlug im Jahr 1985, nach Verabschiedung der Dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, eine Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften⁴⁴⁶ vor. Andere Kapitalgesellschaften, wie z.B. die GmbH, fanden in diesem Richtlinienvorschlag keine Berücksichtigung.⁴⁴⁷ Letztendlich scheiterte allerdings dieser Richtlinienvorschlag, da die einzelnen Mitgliedstaaten in den Fragen der Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht übereinkamen. Erst durch die Einigung der EG-Regierungschefs auf die Umsetzung der Europäischen Gesellschaft im Dezember 2000 wurden die Arbeiten an der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung wieder aufgenommen.⁴⁴⁸

Unter Leitung des Niederländers Jaap Winter legte im November 2002 eine Expertengruppe einen Abschlussbericht vor, in welchem nachdrücklich auf die Wichtigkeit einer Verabschiedung von Vorschriften zur grenzüberschreitenden

⁴⁴⁵ Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 488.

Vgl. Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seite 97.

⁴⁴⁶ Vgl. Vorschlag für eine Zehnte Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. C 23 vom 25.01.1985, Seite 11 ff.

⁴⁴⁷ Vgl. Behrens, F. (2007), Seite 2.

⁴⁴⁸ Vgl. Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seite 97.

Verschmelzung hingewiesen wurde. Dieser Einschätzung folgend kündigte die Kommission kurzfristig einen neuen Richtlinienvorschlag an und präsentierte im November 2003 auf der Rechtslage des Art. 44 (2) g) EGV den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten.⁴⁴⁹ Bereits am 25.11.2004 wurde im Rat eine politische Einigung über den Inhalt der Richtlinie erzielt. Das Europäische Parlament billigte in seiner Ratssitzung am 10.05.2005 im Wesentlichen den Ratstext, lediglich in wenigen Punkten wurden Änderungswünsche geltend gemacht.⁴⁵⁰ Die Verschmelzungsrichtlinie wurde auf Grundlage dieser Änderungsvorschläge am 19.09.2005 verabschiedet. Diese Richtlinie vom 26.10.2005 wurde am 25.11.2005 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht⁴⁵¹ und trat gem. Art 20 VRL am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung, also am 15.12.2005, in Kraft.⁴⁵² Die Umsetzung in das nationale Recht der 25 Mitgliedstaaten muss gem. Art. 19 (1) VRL bis zum 31.12.2007 erfolgt sein.⁴⁵³

7.2 Motivation

Vorrangiges Ziel der Richtlinie ist es, die Mobilität der Gesellschaften innerhalb der EU zu fördern. Dies wird bereits durch die ersten beiden Erwägungsgründe deutlich. Bei den europäischen Kapitalgesellschaften wird ein Bedarf an Kooperation und Reorganisation festgestellt, jedoch stoßen diese Gesellschaften hinsichtlich einer grenzüberschreitenden Verschmelzung auf zahlreiche administrative und rechtliche Schwierigkeiten, welche mit Hilfe einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung beseitigt werden sollen.⁴⁵⁴ Diese Regelung soll außerdem „zur Vollendung und zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts“⁴⁵⁵ beitragen. Die grenzüberschreitende Verschmelzung von

⁴⁴⁹ Vgl. Neye, H. (2005), Seite 1893.

⁴⁵⁰ Vgl. Neye, H. (2005), Seiten 1893-1894.

⁴⁵¹ Vgl. RL 2005/56/EG v. 26.10.2005, ABIEU Nr. L v. 25.11.2005, Seite 310/1.

⁴⁵² Vgl. Behrens, F. (2007), Seiten 3-4.

⁴⁵³ Vgl. Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seite 97.

⁴⁵⁴ Vgl. RL 2005/56/EG v. 26.10.2005, Erwägungsgrund 1.

⁴⁵⁵ RL 2005/56/EG v. 26.10.2005, Erwägungsgrund 1.

Kapitalgesellschaften im Sinne dieser Richtlinie soll somit erleichtert und gleichzeitig die Lücke im Europäischen Gesellschaftsrecht geschlossen werden. Gerade den kleinen und mittleren Unternehmen sollen diese Erleichterungen zugute kommen.⁴⁵⁶

Es ist vorgesehen, dass die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche innerhalb des innerstaatlichen Rechts eine Verschmelzung zulassen, auch die grenzüberschreitende Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft eines Mitgliedstaates mit einer Kapitalgesellschaft eines anderen Mitgliedstaates gestatten müssen.⁴⁵⁷ Ferner sollen zur Erleichterung einer solchen grenzüberschreitenden Verschmelzung für jede an dieser beteiligten Gesellschaft und jeden beteiligten Dritten die entsprechenden Vorschriften und Formalitäten des innerstaatlichen Rechts gelten, welche im Falle einer innerstaatlichen Verschmelzung zur Anwendung kämen, sofern die Richtlinie nichts anderes bestimmt.⁴⁵⁸ Auch hinsichtlich der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer gilt das innerstaatliche Recht, welches für die aus der Verschmelzung hervorgegangene Gesellschaft maßgebend ist. Sollte das neue Unternehmen allerdings in einem Mitgliedstaat ohne Mitbestimmungssystem begründet werden, so soll nach dem Vorbild des SE-Statuts⁴⁵⁹ die Mitbestimmung ausgehandelt werden.⁴⁶⁰

7.3 Inhalt der Richtlinie

Die Regelungen der Richtlinie erstrecken sich auf die folgenden Bereiche:

- Anwendungsbereich und Begriffsbestimmung (Art. 1-3 VRL),
- Voraussetzungen und Verfahren einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (Art. 4-9 VRL),

⁴⁵⁶ Vgl. Deutscher Gewerkschaftsbund (2004), Seiten 2-3.

⁴⁵⁷ Vgl. RL 2005/56/EG v. 26.10.2005, Erwägungsgrund 2.

⁴⁵⁸ Vgl. RL 2005/56/EG v. 26.10.2005, Erwägungsgrund 3.

⁴⁵⁹ Vgl. Verordnung EG Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft und die ergänzende Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001.

⁴⁶⁰ Vgl. Deutscher Gewerkschaftsbund (2004), Seiten 3-4.

- Registerverfahren (Art. 10-11 VRL),
- Wirksamkeit, Eintragung und Wirkungen der Verschmelzung (Art. 12-14 VRL und Art. 17 VRL),
- Konzernverschmelzung (Art. 15 VRL),
- Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Art. 16 VRL).

7.3.1 Anwendungsbereich und Begriffsbestimmung

Nach Art. 1 VRL ist die Verschmelzungsrichtlinie auf alle Kapitalgesellschaften anwendbar, welche nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Gemeinschaft haben, sofern mindestens zwei der Gesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen.⁴⁶¹ Vorgaben für transnationale Fusionen mit Gesellschaften aus Drittstaaten sowie Personengesellschaften generell werden nicht gemacht.⁴⁶² Art. 2 VRL dient der Begriffsbestimmung. Folglich sind nach Art. 2 Nr. 1 VRL Kapitalgesellschaften die in Art. 1 der Richtlinie 68/151/EWG⁴⁶³ (Publizitätsrichtlinie) genannten Gesellschaften sowie alle sonstigen Gesellschaftsformen, die Rechtspersönlichkeit besitzen, also juristische Person sind, über ein gesondertes Kapital verfügen, welches allein für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet und den Publizitätsvorschriften im Sinne der Publizitätsrichtlinie unterliegen. In Deutschland werden demnach die AG, die KGaA und die GmbH vom Regelungsbereich der Verschmelzungsrichtlinie erfasst.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 82.

⁴⁶² Vgl. Bayer, W. / Schmidt, J. (2006), Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 401.

⁴⁶³ Erste Richtlinie des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (68/151/EWG), ABl. Nr. L 65/8.

⁴⁶⁴ Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 82.

Zusätzlich erfasst die Verschmelzungsrichtlinie auch die Genossenschaften, die Europäische Aktiengesellschaft sowie unter Umständen noch künftig neu zu schaffende nationale oder europäische Rechtsformen, welche diese Kriterien erfüllen.⁴⁶⁵ Eine Sonderregel existiert allerdings für die Genossenschaft, da die Mitgliedstaaten gem. Art. 3 (2) VRL diese von der Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung ausnehmen können, obwohl die Genossenschaft gem. der Definition des Art. 2 Nr. 1 VRL zu den Kapitalgesellschaften zu zählen ist. Der Grund für diese Sonderregelung liegt in der fehlenden Harmonisierung des Genossenschaftsrechts in Europa.⁴⁶⁶ Vom Anwendungsbereich der Verschmelzungsrichtlinie sind gem. Art. 3 (3) VRL jedoch solche Gesellschaften ausgenommen, „deren Zweck es ist, die vom Publikum bei ihr eingelegten Gelder nach dem Grundsatz der Risikostreuung gemeinsam anzulegen und deren Anteile auf Verlangen der Anteilsinhaber unmittelbar oder mittelbar zulasten des Vermögens dieser Gesellschaft zurückgenommen oder ausgezahlt werden.“⁴⁶⁷ Diese Anlagegesellschaften unterliegen speziellen Vorschriften, sodass nach Auffassung aller Mitgliedstaaten etwaige Regelungen über grenzüberschreitende Verschmelzungen solcher Gesellschaften im dortigen Kontext zu treffen sind.⁴⁶⁸

Der sachliche Anwendungsbereich der Verschmelzungsrichtlinie wird durch den Begriff der Verschmelzung vorgegeben, welcher in Art. 2 Nr. 2 VRL definiert wird. Möglich sind hier sowohl die Verschmelzung durch Aufnahme (Art. 2 Nr. 2 a) VRL) sowie die Verschmelzung durch Neugründung (Art. 2 Nr. 2 b) VRL), sofern eine etwaige bare Zuzahlung 10% des Nennwertes oder, bei Fehlen eines solchen, des rechnerischen Werts der Aktien nicht überschreitet.⁴⁶⁹ Ferner ist in Art. 2 Nr. 2 c) VRL die Verschmelzung einer hundertprozentigen Tochter auf ihre Muttergesellschaft (Konzernverschmelzung) erfasst. Für den Fall einer solchen Konzernverschmelzung bietet

⁴⁶⁵ Vgl. Bayer, W. / Schmidt, J. (2006), Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 401.

⁴⁶⁶ Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 82.

⁴⁶⁷ Art. 3 (3) VRL.

⁴⁶⁸ Vgl. Neye, H. (2005), Seite 1894.

⁴⁶⁹ Vgl. Habersack, M. (2006), Seiten 226-227.

Art. 15 VRL besondere Erleichterungen, indem er bestimmte Vorschriften der Verschmelzungsrichtlinie für nicht anwendbar erklärt.⁴⁷⁰

7.3.2 Voraussetzungen und Verfahren einer grenzüberschreitenden Verschmelzung

Hinsichtlich der Voraussetzungen und des Verfahrens einer grenzüberschreitenden Verschmelzung ist zu beachten, dass die Verschmelzungsrichtlinie lediglich Teilbereiche regelt und dass im Übrigen gem. Art. 4 VRL für jede an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligte Gesellschaft die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen gelten.⁴⁷¹ Es ist zunächst festzuhalten, dass die Verschmelzungsrichtlinie die Verschmelzungsmöglichkeiten des nationalen Rechts nicht erweitern, sondern ausschließlich die Diskriminierung der grenzüberschreitenden Verschmelzung unterbinden möchte, was durch Art. 4 VRL deutlich wird. So sind gem. Art. 4 (1) a) VRL grenzüberschreitende Verschmelzungen nur zwischen Gesellschaften solcher Rechtsformen möglich, welche sich nach dem innerstaatlichen Recht der jeweiligen Mitgliedstaaten verschmelzen dürfen. Ferner muss jede an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligte Gesellschaft gem. Art. 4 (1) b) VRL die Vorschriften und Formalitäten des für sie geltenden innerstaatlichen Rechts einhalten.⁴⁷²

Des Weiteren gelten auch für das Verschmelzungsverfahren selbst primär die nationalen Vorschriften, was in Art. 4 (2) S. 1 VRL verdeutlicht wird. Hier werden explizit die Vorschriften hinsichtlich der Beschlussfassung der Verschmelzung und, angesichts des grenzüberschreitenden Charakters der Verschmelzung, die Vorschriften über den Schutz der Gläubiger, Gesellschafter und Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften in Ergänzung zu Art. 4 (1) b) VRL besonders hervorgehoben. Allerdings wird den Mitgliedstaaten

⁴⁷⁰ Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 82.

⁴⁷¹ Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 82.

⁴⁷² Vgl. Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seite 97.

durch die Regelung des Art. 4 (2) S. 2 VRL die Möglichkeit eingeräumt, besondere Vorschriften zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern, welche der Verschmelzung widersprochen haben, zu erlassen,⁴⁷³ was wiederum der Vorschrift des Art. 24 (2) SE-VO entspricht.⁴⁷⁴ Möglich sind in diesem Zusammenhang z.B. besondere Informationsrechte, Zustimmungs- und Mehrheitserfordernisse oder ein Recht auf Austritt gegen Barabfindung.⁴⁷⁵ Eine Folge des Verweises auf das jeweilige nationale Recht ist, dass durch die Verschmelzungsrichtlinie kein einheitliches Schutzniveau oder ein Mindestschutz statuiert wird, sondern dass die Mitgliedstaaten vielmehr diese Schutzbestimmungen weitgehend selbst erlassen können.⁴⁷⁶

Das Verschmelzungsverfahren an sich ist in den Art. 5-9 VRL normiert. Nach Art. 5 VRL sind die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der sich verschmelzenden Gesellschaften verpflichtet, einen gemeinsamen Verschmelzungsplan aufzustellen. Dessen Mindestinhalt wird ebenfalls in Art. 5 VRL aufgezeigt. Auffallend ist hierbei, dass der Inhalt des Verschmelzungsplans nach Art. 5 VRL dem für die Gründung einer SE erforderlichem Verschmelzungsplan gem. Art 20 (1) SE-VO ähnelt, in einigen Punkten jedoch über die Erfordernisse der SE-VO hinaus geht. So sind gem. Art. 5 d) VRL auch die voraussichtlichen Auswirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung auf die Beschäftigung anzugeben, wodurch die Informationsinteressen der Arbeitnehmer berücksichtigt werden.⁴⁷⁷ Weitere Ergänzungen finden sich in Art. 5 k) VRL, welcher Angaben über die Bewertung des Aktiv- und Passivvermögens, das auf die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft übertragen wird, verlangt, sowie in den Vorschriften des Art. 5 l) VRL hinsichtlich des Bilanzstichtages der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften. Zweck dieser Vorschriften ist eine größere Transparenz bereits im Verschmelzungsplan.⁴⁷⁸

⁴⁷³ Vgl. Neye, H. (2005), Seite 1895.

Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 489.

⁴⁷⁴ Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 85.

Vgl. Neye, H. (2005), Seite 1895.

⁴⁷⁵ Vgl. Bayer, W. / Schmidt, J. (2006), Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 405.

⁴⁷⁶ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 571.

⁴⁷⁷ Vgl. Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seiten 97-98.

⁴⁷⁸ Vgl. Neye, H. (2005), Seiten 1895-1896.

Der gemeinsame Verschmelzungsplan muss gem. Art. 6 (1) VRL spätestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung, die darüber zu beschließen hat, wie in den jeweiligen nationalen Vorschriften zur Publizitätsrichtlinie vorgesehen bekannt gemacht werden.⁴⁷⁹ Darüber hinaus verlangt Art. 6 (2) VRL, in Parallele zu Art. 21 SE-VO, zusätzlich die ausdrückliche Bekanntmachung der in Art. 6 (2) a)-c) VRL benannten Angaben im amtlichen Mitteilungsblatt des Mitgliedstaates jeder an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaft.⁴⁸⁰

Des Weiteren sind die Leitungs- oder Verwaltungsorgane jeder der sich verschmelzenden Gesellschaften gem. Art. 7 S. 1 VRL dazu verpflichtet, einen für die Gesellschafter bestimmten Verschmelzungsbericht zu erstellen, in welchem die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Verschmelzung sowie die Auswirkungen auf Gesellschafter, Arbeitnehmer und Gläubiger zu erläutern und zu begründen sind.⁴⁸¹ Dieser Bericht ist gem. Art. 7 S. 2 VRL sowohl den Gesellschaftern als auch den Vertretern der Arbeitnehmer bzw. den Arbeitnehmern direkt spätestens einen Monat vor der in Art. 9 VRL genannten Gesellschafterversammlung zugänglich zu machen. Der Grund hierfür ist, dass auch die Arbeitnehmer möglichst frühzeitig und zum selben Zeitpunkt wie die Gesellschafter umfassend unterrichtet werden sollen. Darüber hinaus ist dem Verschmelzungsbericht gem. Art. 7 S. 3 VRL eine Stellungnahme der Arbeitnehmer beizufügen, sofern das jeweilige nationale Recht eine solche vorsieht und diese rechtzeitig vorliegt.⁴⁸²

Nach den Vorschriften des Art. 8 (1) VRL ist für jede der sich verschmelzenden Gesellschaften ein Bericht durch einen unabhängigen Sachverständigen zu erstellen. Dieser Bericht ist für die Gesellschafter bestimmt und muss spätestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung vorliegen. Sachverständige können nach dem jeweiligen nationalen Recht der

⁴⁷⁹ Vgl. Neye, H. (2005), Seite 1896.

Vgl. Bayer, W. / Schmidt, J. (2006), Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 403.

⁴⁸⁰ Vgl. Bayer, W. / Schmidt, J. (2006), Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 403.

⁴⁸¹ Vgl. Grohmann, U. / Gruschinske, N. (2006), Grenzüberschreitende Mobilität von Kapitalgesellschaften in Europa, Seite 192.

⁴⁸² Vgl. Neye, H. (2005), Seite 1896.

Mitgliedstaaten sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Abweichend davon ist es gem. Art. 8 (2) VRL möglich, dass die Prüfung und die Erstellung des schriftlichen Berichts gemeinsam erfolgen kann. Sollten sich die Gesellschaften hierfür entscheiden, so werden ein oder mehrere unabhängige Sachverständige auf gemeinsamen Antrag der Gesellschaften durch das zuständige nationale Gericht bzw. die zuständige nationale Verwaltungsbehörde bestellt. Hierbei können die Gesellschaften wählen, ob die Prüfung im Mitgliedstaat einer sich verschmelzenden Gesellschaft oder im Mitgliedstaat der Zielgesellschaft erfolgen soll.⁴⁸³ Sowohl die Prüfung des gemeinsamen Verschmelzungsplans als auch die Erstellung des Sachverständigenberichts sind gem. Art. 8 (4) VRL entbehrlich, wenn alle Gesellschafter aller sich verschmelzenden Gesellschaften darauf verzichten. Dieser Verzicht wiederum kann der Verfahrenserleichterung und Kostenersparnis dienen.⁴⁸⁴

Die Beschlussfassung über die Verschmelzung ist in Art. 9 (1) VRL geregelt. Demnach beschließt die Gesellschafterversammlung jeder der sich verschmelzenden Gesellschaften nach Kenntnisnahme von Verschmelzungs- und Prüfbericht über die Zustimmung zum gemeinsamen Verschmelzungsplan. Die Einberufungsmodalitäten sowie die Beschlussmehrheit richten sich gem. der allgemeinen Verweisung des Art. 4 (1) b) VRL nach dem jeweiligen nationalen Recht. Zu beachten ist auch, dass gem. Art. 9 (2) VRL das Zustimmungserfordernis ausdrücklich auf die Modalitäten für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer erstreckt werden kann. Diese Vorschrift gibt den Gesellschaftern das Letztentscheidungsrecht insbesondere darüber, ob sie mit der Mitbestimmungsvereinbarung gem. Art. 16 VRL, welche zwischen Unternehmensleitung und Arbeitnehmervertretung ausgehandelt wird, einverstanden sind.⁴⁸⁵ Nach Art. 9 (3) VRL kann, unter Einhaltung der besonderen Publizitätsanforderungen des Art. 8 der Dritten Richtlinie, das

⁴⁸³ Vgl. Bayer, W. / Schmidt, J. (2006), Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 403.

⁴⁸⁴ Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 489.

Vgl. Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seite 98.

⁴⁸⁵ Vgl. Neye, H. (2005), Seite 1896.

Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 489.

Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 84.

nationale Recht von der Erforderlichkeit einer Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung der übernehmenden Gesellschaft absehen.⁴⁸⁶

7.3.3 Rechtmäßigkeitskontrolle

Nach der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlungen aller an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger ist in Anlehnung an Art. 25, 26 SE-VO, Art. 29 f. SCE-VO eine zweistufige Rechtmäßigkeitskontrolle in den Art. 10, 11 VRL vorgesehen. Entsprechend der Regelungen im jeweiligen Mitgliedstaat wird diese durch ein Gericht, einen Notar oder eine zuständige Behörde durchgeführt.⁴⁸⁷

Die erste Stufe ist in Art. 10 VRL geregelt. Nach Art. 10 (1) VRL werden zunächst im Sitzstaat jeder sich verschmelzenden Gesellschaft die Einhaltung der diese betreffenden Verfahrensschritte überprüft. Diese Prüfung befasst sich vornehmlich mit der Aufstellung und Publizierung des gemeinsamen Verschmelzungsplans.⁴⁸⁸ Sollte diese Prüfung positiv ausfallen, ist gem. Art. 10 (2) VRL unverzüglich eine entsprechende Bescheinigung (Vorabbescheinigung)⁴⁸⁹ auszustellen.⁴⁹⁰ Nach dem Vorbild des Art. 25 (3) SE-VO ist in Art. 10 (3) VRL auf Wunsch der Delegationen aus Deutschland und Österreich eine Regelung aufgenommen worden, welche auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene sicherstellt, dass das in den beiden Staaten bekannte gerichtliche Verfahren zur Überprüfung von Zuzahlungen und Barabfindungen zu Gunsten der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaften Anwendung finden kann. Voraussetzung hierfür ist, dass die Gesellschafter von Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten, deren Recht ein solches Verfahren nicht kennt,

⁴⁸⁶ Vgl. Grohmann, U. / Gruschinske, N. (2006), Grenzüberschreitende Mobilität von Kapitalgesellschaften in Europa, Seite 193.

⁴⁸⁷ Vgl. Neye, H. (2005), Seite 1896.

⁴⁸⁸ Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 489.

⁴⁸⁹ Vgl. Habersack, M. (2006), Seite 230.

⁴⁹⁰ Vgl. Bayer, W. / Schmidt, J. (2006), Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 404.

diesem zugestimmt haben.⁴⁹¹ Sollte ein solches Verfahren eingeleitet worden sein, so kann die Vorabbescheinigung trotzdem ausgestellt werden, sie muss jedoch die zusätzliche Angabe enthalten, dass ein solches Verfahren anhängig ist.⁴⁹²

Diese Vorabbescheinigung sowie den von der Gesellschafterversammlung genehmigten gemeinsamen Verschmelzungsplan hat gem. Art. 11 (2) VRL jede der sich verschmelzenden Gesellschaften im Sitzstaat der übernehmenden bzw. neuen Gesellschaft der dort jeweils zuständigen Stelle innerhalb von sechs Monaten nach Erteilung der Vorabbescheinigung vorzulegen. Das für die Prüfung zuständige Gericht, der Notar oder eine sonstige zuständige Behörde sind jeweils von den Mitgliedstaaten zu benennen. Nach Art. 11 (1) VRL wird auf dieser zweiten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle die Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung als solche und ggf. die Gründung der neuen Gesellschaft geprüft. Es wird hier insbesondere geprüft, ob die sich verschmelzenden Gesellschaften einem gemeinsamen und gleich lautenden Verschmelzungsplan zugestimmt haben und ggf. das Vorliegen einer Mitbestimmungsvereinbarung gem. Art. 16 VRL.⁴⁹³

7.3.4 Wirksamkeit, Eintragung und Wirkungen der Verschmelzung

Nach Art. 12 VRL richtet sich der Zeitpunkt, an welchem die grenzüberschreitende Verschmelzung wirksam wird, nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaates, dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft unterliegt. Voraussetzung ist allerdings, dass die Rechtmäßigkeitskontrolle gem. Art. 11 VRL abgeschlossen ist. Hat z.B. die aus der Verschmelzung hervorgegangene Gesellschaft ihren Sitz in Deutschland und unterliegt somit dem deutschen Recht, so wird die Verschmelzung nach

⁴⁹¹ Vgl. Neye, H. (2005), Seite 1897.

Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seiten 489-490.

⁴⁹² Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 84.

⁴⁹³ Vgl. Habersack, M. (2006), Seite 230.

§ 19 (1) UmwG grundsätzlich mit der konstitutiven Eintragung in das Register der übernehmenden Gesellschaft (bei einer Verschmelzung durch Aufnahme) bzw. der neuen Gesellschaft (im Falle einer Verschmelzung durch Neugründung) wirksam.⁴⁹⁴

Die Eintragung und Bekanntmachung der Verschmelzung erfolgen gem. Art. 13 VRL nach dem jeweiligen nationalen Recht, welches für die verschiedenen beteiligten Gesellschaften gilt. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist auf deutsche Initiative hin in Art. 13 S. 2 VRL eine gegenseitige Unterrichtungspflicht der nationalen Register vorgesehen. Demnach darf die Löschung im bisherigen Register erst dann erfolgen, wenn das neue Register mitgeteilt hat, dass die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft dort eingetragen worden ist.⁴⁹⁵

Die Rechtsfolgen der grenzüberschreitenden Verschmelzung werden in Art. 14 VRL in Anlehnung an Art. 29 SE-VO, Art. 33 SCE-VO aufgezeigt.⁴⁹⁶ Die vollzogene grenzüberschreitende Verschmelzung nach Art. 2 Nr. 2 a) und c) VRL (Verschmelzung durch Aufnahme) bewirkt gem. Art. 14 (1) VRL, dass:

- das gesamte Aktiv- und Passivvermögen der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft übergeht,
- die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft werden,
- die übertragende Gesellschaft erlischt.

Die Rechtsfolgen im Falle einer Verschmelzung durch Neugründung gem. Art. 2 Nr. 2 b) VRL werden in Art. 14 (2) VRL aufgezeigt und entsprechen denen des Absatzes 1.⁴⁹⁷ Art. 14 (3) VRL enthält darüber hinaus in Übereinstimmung mit Art. 19 (3) der Dritten Richtlinie sowie Art. 29 (3) SE-VO, Art. 33 (3) SCE-VO einen Vorbehalt für besondere Formalitäten, welche von der aufnehmenden bzw. neu gegründeten Gesellschaft zu erfüllen sind.⁴⁹⁸ Des Weiteren schreibt Art. 14 (4) VRL ausdrücklich vor, dass die zum Zeitpunkt des

⁴⁹⁴ Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seiten 84-85.

⁴⁹⁵ Vgl. Neye, H. (2005), Seite 1897.

⁴⁹⁶ Vgl. Bayer, W. / Schmidt, J. (2006), Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 404.

⁴⁹⁷ Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 490.

⁴⁹⁸ Vgl. Habersack, M. (2006), Seite 231.

Wirksamwerdens der grenzüberschreitenden Verschmelzung bestehenden Rechte und Pflichten aus Arbeitsverträgen oder Beschäftigungsverhältnissen auf die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft übergehen. Schlussendlich kann eine grenzüberschreitende Verschmelzung nach Art. 17 VRL nicht mehr für nichtig erklärt werden, nachdem sie wirksam geworden ist.⁴⁹⁹ Somit sieht diese Vorschrift einen absoluten Bestandsschutz der wirksam gewordenen grenzüberschreitenden Verschmelzung vor.⁵⁰⁰

7.3.5 Konzernverschmelzung

Die Verschmelzungsrichtlinie sieht in Art. 15 VRL besondere Verfahrenserleichterungen für die Verschmelzung hundertprozentiger bzw. mindestens neunzigprozentiger Tochtergesellschaften auf die Muttergesellschaft vor.⁵⁰¹

Im Falle einer Verschmelzung einer hundertprozentigen Tochter auf ihre Muttergesellschaft entfallen gem. Art. 15 (1) VRL die gem. Art. 5 b), c) und e) VRL geforderten Angaben zum Umtausch der Geschäftsanteile, da ein solcher nicht stattfindet. Des Weiteren sind auch die Verschmelzungsprüfung und die Erstellung des Sachverständigenberichts gem. Art. 8 VRL sowie der Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung des übertragenden Rechtsträgers zur Verschmelzung gem. Art. 9 (1) VRL nicht erforderlich. Ein Gesellschafterwechsel gem. Art. 14 (1) b) VRL erfolgt ebenfalls nicht.⁵⁰²

Art. 15 (2) VRL regelt die Verfahrenserleichterung für die Verschmelzung einer Tochtergesellschaft, deren Anteile zu mindestens 90%, jedoch weniger als 100% von der Muttergesellschaft gehalten werden, auf die Muttergesellschaft.

⁴⁹⁹ Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 85.

⁵⁰⁰ Vgl. Habersack, M. (2006), Seite 231.

⁵⁰¹ Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 86.

⁵⁰² Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 86.

Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 490.

Demnach sind im Falle einer solchen Verschmelzung sowohl die Erstattung des Sachverständigenberichts als auch die Vorlage der Unterlagen für die Rechtmäßigkeitskontrolle nur dann erforderlich, als dies nach dem für die beteiligten Gesellschaften jeweils geltendem nationalen Recht vorgesehen ist.⁵⁰³

7.3.6 Mitbestimmung der Arbeitnehmer

Der lang umstrittene mitbestimmungsrechtliche Teil der Verschmelzungsrichtlinie ist in Art. 16 VRL geregelt.⁵⁰⁴ Grundsätzlich finden gem. Art. 16 (1) VRL auf die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft die mitbestimmungsrechtlichen Regelungen Anwendung, die im neuen Sitzstaat der Gesellschaft gelten.⁵⁰⁵ Allerdings existieren zu dieser Grundregel erhebliche Ausnahmen. So gilt gem. Art. 16 (2) VRL das Sitzlandprinzip nicht, wenn in den sechs Monaten vor Veröffentlichung des Verschmelzungsplans mindestens eine der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften im Durchschnitt mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt und in dieser Gesellschaft ein Mitbestimmungssystem im Sinne des Art. 2 k) SE-Richtlinie⁵⁰⁶ besteht. Des Weiteren gilt das Sitzlandprinzip auch dann nicht, wenn das für die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft maßgebliche nationale Recht⁵⁰⁷

- „nicht mindestens den gleichen Umfang an Mitbestimmung der Arbeitnehmer vorsieht, wie er in den jeweiligen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften bestand, wobei dieser Umfang als der Anteil der die Arbeitnehmer vertretenden Mitglieder des Verwaltungs- oder Auf-

⁵⁰³ Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 86.

⁵⁰⁴ Vgl. Heuschmid, J. (2006), Seite 186.

⁵⁰⁵ Vgl. Wiesner, P. (2005), Seite 92.

Vgl. Forsthoff, U. (2006), Seite 615.

Vgl. Simon, S. / Leuring, D. (2006), Seite 75.

Vgl. Müller-Bonanni, T. / Müntefering, M. (2009), Grenzüberschreitende Verschmelzung ohne Arbeitnehmerbeteiligung?, Seite 2347.

⁵⁰⁶ 2. Richtlinie des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (2001/86/EG), ABI Nr. L 294/22.

⁵⁰⁷ Vgl. Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seite 98.

- sichtsorgans oder ihrer Ausschüsse oder des Leitungsgremiums ausgedrückt wird, das für die Ergebniseinheiten der Gesellschaft zuständig ist, wenn eine Arbeitnehmermitbestimmung besteht, oder
- für Arbeitnehmer in Betrieben der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft, die sich in anderen Mitgliedstaaten befinden, nicht den gleichen Anspruch auf Ausübung von Mitbestimmung vorsieht, wie sie den Arbeitnehmern in demjenigen Mitgliedstaat gewährt werden, in dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat.⁵⁰⁸

Sollten die vorstehend genannten Fälle zutreffen, so gilt gem. Art. 16 (3) VRL der Vorrang der Verhandlungslösung. Dies hat wiederum zur Folge, dass ein besonderes Verhandlungsgremium (BVG) der Arbeitnehmerseite einzurichten ist. Diese Regelung ist direkt der SE-Beteiligungsrichtlinie 2001/86/EG entnommen.⁵⁰⁹

Grundsätzlich kann die aus der Verschmelzung hervorgegangene Gesellschaft erst dann eingetragen werden, wenn eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer zustande gekommen ist, das BVG die Verhandlungen nicht aufgenommen bzw. abgebrochen hat oder wenn die Auffangregelung aufgrund des Scheiterns der Verhandlungen greift. Abweichungen von den Regelungen der SE-Beteiligungsrichtlinie werden in Art. 16 (4) VRL normiert. So ist es den betreffenden Organen der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften freigestellt, die Auffangregelung gem. Art. 16 (4) a) VRL ohne jede vorhergehende Verhandlung unmittelbar anzuwenden. Demnach sieht die Verschmelzungsrichtlinie keinen Zwang zur Aushandlung einer Mitbestimmungsvereinbarung mit dem BVG vor.⁵¹⁰ Der Sinn dieser Vorschrift besteht darin, die Kritik an der Umständlichkeit des Verhandlungsverfahrens im Rahmen der SE-Gründung zu berücksichtigen.⁵¹¹ Des Weiteren wird der Prozentsatz der Arbeitnehmer, welche bereits in den Ausgangsgesellschaften einer Mitbestimmungsregelung unterlagen und aus diesem Grund in den

⁵⁰⁸ Art. 16 (2) a), b) VRL.

⁵⁰⁹ Siehe vertiefend hierzu Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seiten 98-99.

⁵¹⁰ Vgl. Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seite 98.

⁵¹¹ Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 85.

Genuss einer gesetzlichen Auffangregelung kommen, wenn die Verhandlungen scheitern, von 25% auf 33 1/3 % angehoben. Schließlich kann die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bzw. Verwaltungsrat der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft gem. Art. 16 (4) c) VRL begrenzt werden. Für den Fall, dass das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan einer der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften zu mindestens einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern besteht, darf die Begrenzung in keinem Fall dazu führen, dass die Arbeitnehmervertretung im Verwaltungsorgan weniger als ein Drittel beträgt.⁵¹²

Sollte das BVG mit der Mehrheit von zwei Dritteln seiner mindestens zwei Drittel der Arbeitnehmer vertretenden Mitglieder aus mindestens zwei Mitgliedstaaten beschließen, dass keine Verhandlungen eröffnet oder bereits begonnene Verhandlungen beendet werden, so gilt gem. Art. 16 (4) b) VRL die Mitbestimmungsregelung im Sitzland der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft.⁵¹³

Sollten in einem EU-Mitgliedstaat Arbeitnehmer von ausländischen Betrieben der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft bei der Wahl des BVG berücksichtigt werden, so sind die Mitgliedstaaten gem. Art. 16 (5) VRL nicht dazu verpflichtet, diese Arbeitnehmer bei der Berechnung der Schwellenwerte für die Beschäftigtenzahl zu berücksichtigen, bei deren Überschreitung Mitbestimmungsrechte nach innerstaatlichem Recht entstehen. Es gelten demnach die inländischen Beschäftigtenzahlen. Für den Fall, dass in mindestens einer der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ein System der Arbeitnehmermitbestimmung besteht und diese Regelung auf die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft Anwendung finden soll, so ist diese Gesellschaft gem. Art. 16 (6) VRL zur Annahme einer geeigneten Rechtsform verpflichtet, welche die Ausübung von Mitbestimmungsrechten ermöglicht.⁵¹⁴ Schlussendlich wird in Art. 16 (7) VRL geregelt, dass die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft zur Ergreifung von Maßnahmen

⁵¹² Vgl. Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seite 98.

⁵¹³ Vgl. Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seite 99.

⁵¹⁴ Vgl. Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seite 99.

verpflichtet ist, welche sicherstellen, dass die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer im Falle nachfolgender innerstaatlicher Verschmelzungen während drei Jahre nach Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch entsprechende Anwendung des Art. 16 VRL geschützt werden.⁵¹⁵

7.4 Bewertung

Ein großer Vorteil der Verschmelzungsrichtlinie liegt in ihrer Zielsetzung selbst begründet, da die Richtlinie dem Rechtsanwender die Verfahrensschritte für eine grenzüberschreitende Verschmelzung an die Hand gibt. Beratungs- und kostenintensive Ausweichgestaltungen wie z.B. die grenzüberschreitende Verschmelzung mit Hilfe der Europäischen Gesellschaft werden so vermieden. Des Weiteren ist die Verschmelzung nach der Verschmelzungsrichtlinie auch flexibler und teilweise einfacher als die Verschmelzung zur SE.⁵¹⁶ Von besonderem Interesse und praktischem Nutzen ist die Verschmelzungsrichtlinie sicherlich für konzerninterne Umstrukturierungen, da nunmehr Tochtergesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten problemlos untereinander zusammengefasst oder mit der Muttergesellschaft verschmolzen werden können.⁵¹⁷ Als nachteilig könnte aus Sicht der Gesellschaften hingegen die Verpflichtung zur umfassenden Information der Arbeitnehmer über die Auswirkungen der Verschmelzung sowohl im Verschmelzungsplan als auch im Verschmelzungsbericht bewertet werden, da dies für die beteiligten Gesellschaften einen gewissen Mehraufwand bedeutet. Dieser Mehraufwand kann sich jedoch zu einem späteren Zeitpunkt bezahlt machen, da die Arbeitnehmer sich durch die Informationsgewährung in die Verschmelzung eingebunden fühlen und drohende Konflikte zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern somit im voraus vermieden werden können.⁵¹⁸

⁵¹⁵ Vgl. Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seite 99.

Vgl. Forsthoff, U. (2006), Seiten 615-616.

⁵¹⁶ Vgl. Behrens, F. (2007), Seite 259.

⁵¹⁷ Vgl. Maul, S. / Teichmann, C. / Wenz, M. (2003), Seite 2641.

⁵¹⁸ Vgl. Behrens, F. (2007), Seite 259.

Ein wesentliches Merkmal der Verschmelzungsrichtlinie ist die Verweisungstechnik. Der Verschmelzungsvorgang sowie die Mitbestimmungsregelungen sind in der Richtlinie selbst nicht umfassend geregelt, stattdessen verweist diese, ähnlich der SE-VO, für die nicht geregelten gesellschaftsrechtlichen Aspekte auf die entsprechenden Vorschriften des nationalen Rechts bzw. in Hinsicht auf die Regelungen der Mitbestimmung auf die Vorschriften der SE-RL. Diese Verweisungstechnik hat sowohl Vor- als auch Nachteile. Von Vorteil erweist es sich, dass die Verschmelzungsrichtlinie durch die Verweisungstechnik eine bessere Akzeptanz erfährt und dass auf diese Weise ein einheitlicher europäischer Regelungsrahmen für die Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung geschaffen wird.⁵¹⁹ Auf der anderen Seite werden dem Rechtsanwender der Zugang und die Eingängigkeit zu den relevanten Vorschriften durch diese Verweisungstechnik erschwert.⁵²⁰

Allerdings bleiben auch nach Erlass der Verschmelzungsrichtlinie noch offene Fragen in Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Umwandlungen. So sind z.B. grenzüberschreitende Umwandlungen in Form der Spaltung sowie grenzüberschreitende Verschmelzungen und sonstige Umwandlungen unter Beteiligung von Rechtsträgern, welche nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst werden, nicht geregelt. Zu diesen Rechtsträgern gehören Gesellschaften aus Nicht-EU-Staaten sowie Gesellschaften, die nicht unter die Definition der Kapitalgesellschaft gem. Art. 2 (1) VRL fallen.⁵²¹ Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob für diese Gesellschaften der Rückgriff auf die SEVIC-Entscheidung des EuGH und die Niederlassungsfreiheit eröffnet bleibt.⁵²²

⁵¹⁹ Vgl. Behrens, F. (2007), Seite 261.

⁵²⁰ Vgl. Kisker, O. (2006), Seite 209.

⁵²¹ Vgl. Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Erlass der Richtlinie, Seite 86.

⁵²² Vgl. Habersack, M. (2006), Seite 227.

8 Zwischenergebnis

Bemerkenswert ist, dass bereits zwei Tage vor Inkrafttreten der Richtlinie, also am 13.12.2005, der EuGH in der Rechtssache SEVIC Systems AG entschied, dass die grenzüberschreitende Hineinverschmelzung in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt. Dieses Recht ist, im Gegensatz zur Verschmelzungsrichtlinie, auch nicht auf Kapitalgesellschaften begrenzt.⁵²³ Somit ergibt sich das Recht auf Durchführung einer grenzüberschreitenden Hineinverschmelzung aus der unmittelbar wirkenden Grundfreiheit der Niederlassungsfreiheit. Durch die SEVIC-Entscheidung des EuGH wurde folglich einer der Gründe für den Erlass der Verschmelzungsrichtlinie noch vor deren Inkrafttreten entkräftet, da die Kommission bislang der Überzeugung war, der bisherige Stand des Gemeinschaftsrechts ermögliche einigen Mitgliedstaaten die Untersagung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung. Wie oben bereits erwähnt, sollte folglich die Verschmelzungsrichtlinie die in Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Verschmelzungen in der Praxis notwendigen kostspieligen und komplizierten Hilfskonstruktionen entbehrlich machen. Jedoch ist die Verschmelzungsrichtlinie trotz der SEVIC-Entscheidung nicht überflüssig geworden, da die EuGH-Entscheidung offen lässt, welche Verfahrensbedingungen die Mitgliedstaaten an eine grenzüberschreitende Verschmelzung stellen dürfen.⁵²⁴ Aus diesem Grund liegt die Bedeutung der Verschmelzungsrichtlinie primär darin, für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften ein einheitliches Verfahren vorzugeben, welches neben der Erleichterung einer solchen grenzüberschreitenden Verschmelzung innerhalb der EU auch die Transaktionskosten vermindert.⁵²⁵

⁵²³ Vgl. Geyrhalter, V. / Weber, T. (2006), Seite 151.

⁵²⁴ Vgl. Behrens, F. (2007), Seiten 4-5.

⁵²⁵ Vgl. Grohmann, U. / Gruschinske, N. (2006), Grenzüberschreitende Mobilität von Kapitalgesellschaften in Europa, Seiten 191 und 194.

9 Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in nationales Recht

Nach den Vorschriften des Art. 19 (1) VRL müssen die einzelnen Mitgliedstaaten die Verschmelzungsrichtlinie bis Dezember 2007 in nationales Recht umgesetzt haben. In Deutschland ist dies bereits vor Ablauf dieser Frist geschehen. Das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) trat bereits am 29.12.2006 in Kraft.⁵²⁶ Dieses Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinienvorschriften hinsichtlich der Arbeitnehmermitbestimmung, welche in Art. 16 VRL normiert sind. Am 25.04.2007 trat das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes in Kraft,⁵²⁷ welches der Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen der Verschmelzungsrichtlinie dient. Diese Regelungen finden sich in Art. 1-9, 14 VRL.⁵²⁸ Als Folge dieses Gesetzes wurde im Zweiten Teil des Zweiten Buches des Umwandlungsgesetzes ein Zehnter Abschnitt mit dem Titel „Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften“ angefügt, welcher insgesamt 12 Paragraphen umfasst (§§ 122a – 122l UmwG).⁵²⁹ Es werden in diesem Abschnitt die Besonderheiten der grenzüberschreitenden Verschmelzung geregelt, allerdings finden die Regelungen über die innerstaatliche Verschmelzung von Kapitalgesellschaften gem. § 122a (2) UmwG ebenfalls grundsätzlich Anwendung.⁵³⁰ In diesem Zusammenhang wird auch auf die Ausarbeitungen hinsichtlich der nationalen Verschmelzung in Kapitel 2.2.2 sowie Kapitel 2.2.3 dieser Arbeit verwiesen. Somit existiert innerhalb des UmwG eine Art Sonderrecht zur Regelung von grenzüberschreitenden Verschmelzungen neben dem Recht zur inländischen Verschmelzung.⁵³¹

⁵²⁶ BGBl. Teil I, Nr. 65 vom 28.12.2006, Seiten 3332-3342.

⁵²⁷ BGBl. Teil I, Nr. 15 vom 24.04.2007, Seiten 542-548.

⁵²⁸ Vgl. Nagel, B. (2006), RL zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Seite 97.

Vgl. Klein, S. (2007), Seite 572.

⁵²⁹ Vgl. Winter, M. (2008), Seite 532.

⁵³⁰ Vgl. Behrens, F. (2007), Seite 5.

Vgl. Rubner, D. (2007), Seite 219.

⁵³¹ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 572.

9.1 Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes

9.1.1 Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Sondervorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung ist in § 122a (1) UmwG geregelt. Demnach ist eine grenzüberschreitende Verschmelzung eine Verschmelzung im Sinne des Umwandlungsgesetzes, bei der zusätzlich mindestens eine der beteiligten Gesellschaften dem Recht eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum unterliegt.⁵³² Demnach müssen die an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Rechtsträger mindestens zwei verschiedenen Gesellschaftsstatuten unterliegen. Ein Beispiel hierfür ist die Verschmelzung einer in England gegründeten privat Company limited by shares (Limited) mit einer deutschen GmbH. Ferner handelt es sich bereits um eine grenzüberschreitende Verschmelzung, wenn die Limited ihren tatsächlichen Verwaltungssitz bereits nach Deutschland verlegt hat und sich anschließend mit einer GmbH verschmilzt. Dies liegt in der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Überseering begründet, wonach eine solche Gesellschaft auf Grund der Niederlassungsfreiheit vom Zuzugsstaat anzuerkennen ist und grundsätzlich dem Gründungsstatut unterliegt.⁵³³

Dem Wortlaut des § 122a (1) UmwG folgend ist eine grenzüberschreitende Verschmelzung auch in der Form möglich, dass zwei Rechtsträger, welche dem gleichen nationalen Recht unterliegen, durch Neugründung zu einer dritten Gesellschaft verschmolzen werden und nur diese dritte Gesellschaft dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegt.⁵³⁴ Im Gegensatz dazu ist der Anwendungsbereich der Verschmelzungsrichtlinie enger gefasst, wonach mindestens zwei der beteiligten Gesellschaften, welche bereits gegründet worden sind, dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen müssen.

⁵³² Vgl. Klein, S. (2007), Seite 572.

Vgl. Müller, H. (2007), Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts, Seite 1082.

⁵³³ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist, Seite 13.

⁵³⁴ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 573.

Eine Verschmelzung durch Neugründung, bei der ausschließlich die neu zu gründende Gesellschaft dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegt, fällt somit nicht in den Anwendungsbereich der Verschmelzungsrichtlinie.⁵³⁵

Auch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung stehen sämtliche Umwandlungsarten zur Verfügung, welche das Umwandlungsgesetz für nationale Verschmelzungen vorsieht, d.h. die Verschmelzung durch Aufnahme sowie die Verschmelzung durch Neugründung.⁵³⁶ Dies ergibt sich aus den Vorschriften des § 122a (2) UmwG i.V.m. § 2 Nr. 1 und Nr. 2 UmwG. Erfasst ist außerdem sowohl die Hineinverschmelzung auf einen deutschen Rechtsträger als auch die Hinausverschmelzung eines deutschen Rechtsträgers auf einen ausländischen Rechtsträger.⁵³⁷

§ 122a (2) UmwG verweist für Kapitalgesellschaften im Sinne des § 3 (1) Nr. 2 UmwG (GmbH, AG, KGaA), welche dem deutschen Recht unterliegen, weitgehend auf die für innerstaatliche Sachverhalte geltenden Vorschriften des Umwandlungsgesetzes, Sonderregelungen sind lediglich für spezielle Probleme in Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Verschmelzung vorgesehen.⁵³⁸ Diese Regelung entspricht Art. 4 (1) b) VRL, wonach eine Gesellschaft, die sich an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt, die Vorschriften und Formalitäten des für sie geltenden innerstaatlichen Rechts einzuhalten hat.⁵³⁹ Dies hat zum einen den Vorteil, dass die Vorschriften zur grenzüberschreitenden Verschmelzung auf einige wenige beschränkt werden können und zum anderen, dass der Rechtsanwender auch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung mit bereits vertrauten Normen konfrontiert wird.⁵⁴⁰

⁵³⁵ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist, Seiten 13-14.

Vgl. Klein, S. (2007), Seite 573.

⁵³⁶ Vgl. Heckschen, H. (2007), Seite 455.

⁵³⁷ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 573.

⁵³⁸ Vgl. Müller, H. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, Seite 287.

⁵³⁹ Vgl. Drinhausen, F. (o.J.), § 122a grenzüberschreitende Verschmelzung, Rn. 3, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁵⁴⁰ Vgl. Müller, H. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, Seite 287.

9.1.2 Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich ergibt sich aus § 122b (1) UmwG. Demnach können an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung als übertragende, übernehmende oder neue Gesellschaften nur Kapitalgesellschaften im Sinne des Art. 2 Nr. 1 VRL beteiligt sein, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum gegründet worden sind und ferner ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum haben.⁵⁴¹ Nicht verschmelzungsfähig sind demnach Gesellschaften, welche in einem Drittstaat gegründet wurden und identitätswahrend in einen Mitgliedstaat zugezogen sind sowie Gesellschaften, die zwar in einem Mitgliedstaat gegründet worden sind, aber in einen Drittstaat weggezogen sind.⁵⁴²

Die Verschmelzungsrichtlinie kennt in Art. 2 Nr. 1 VRL zwei Definitionen der Kapitalgesellschaft. Demnach ist eine Kapitalgesellschaft entweder eine der in der Publizitätsrichtlinie enumerativ aufgeführten Gesellschaftsformen oder aber eine von der Generalklausel in Art. 2 Nr. 1 b) VRL umschriebene Gesellschaft.⁵⁴³ Im deutschen Recht sind dies gem. § 3 (1) Nr. 2 UmwG die GmbH, die AG und die KGaA sowie die SE mit Sitz in Deutschland.⁵⁴⁴ Zu beachten ist, dass der Gesetzgeber in § 122b (1) UmwG eine andere Definition der Kapitalgesellschaft gewählt hat wie in § 122a (2) UmwG.⁵⁴⁵

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber die Fähigkeit einer Europäischen Gesellschaft mit Sitz in Deutschland zur Beteiligung an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung annimmt, ohne positiv gesetzlich geregelt zu haben, woraus sich diese Fähigkeit ergibt. Die

⁵⁴¹ Vgl. Herrler, S. (2007), Seiten 295-296.

⁵⁴² Vgl. Haritz, D. / von Wolff, B. (2006), Seite 341.

⁵⁴³ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 197.

⁵⁴⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 14.

Vgl. Casper, M. / Weller, M. (2009), Seiten 685-686.

⁵⁴⁵ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 197.

Vorschriften der §§ 122a ff. UmwG sind auf die SE nicht unmittelbar anzuwenden, da es sich bei dieser nicht um eine Kapitalgesellschaft im Sinne des § 122b (1) UmwG i.V.m. Art. 2 Nr. 1 VRL handelt. Weder wird die SE in der Publizitätsrichtlinie aufgeführt, noch ist sie nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründet worden, was sowohl § 122b (1) UmwG als auch Art. 1 VRL ausdrücklich verlangen. Die Gründung einer SE richtet sich vielmehr primär nach den Regelungen der SE-VO, also nach sekundärem Gemeinschaftsrecht.⁵⁴⁶

Die Anwendung der Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung für die SE folgt aus der Generalverweisung des Art. 9 (1) c) ii SE-VO sowie dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 SE-VO.⁵⁴⁷ Nach diesen Bestimmungen ist die SE einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten AG gleichzustellen und führen durch das Verbot einer unbegründeten Diskriminierung der SE gegenüber einer nationalen AG zur Anwendung der für die nationale AG vorgesehenen Vorschriften auf die SE, sofern die SE-VO keine eigenen Regelungen trifft.⁵⁴⁸ Da die SE-VO hinsichtlich der grenzüberschreitenden Verschmelzung lediglich Vorschriften in Bezug auf die Gründung einer Europäischen Gesellschaft enthält, finden die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes und somit auch über die grenzüberschreitende Verschmelzung auf die SE mit Sitz in Deutschland Anwendung, da diese für nach deutschem Recht gegründete Aktiengesellschaften gelten.⁵⁴⁹

Allerdings werden auch einige Rechtsformen, welche nach nationalem Recht verschmelzungsfähig wären, vom Anwendungsbereich der Vorschriften des Umwandlungsgesetzes über die grenzüberschreitende Verschmelzung explizit ausgenommen. Gem. § 122b (2) Nr. 1 UmwG können Genossenschaften ausdrücklich nicht an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt sein, auch dann, wenn sie unter die Definition der Kapitalgesellschaft im Sinne des Art. 2 (1) VRL fallen. Hier macht der Gesetzgeber von der Möglichkeit des

⁵⁴⁶ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist, Seiten 14-15.

⁵⁴⁷ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist, Seiten 14-15.

⁵⁴⁸ Vgl. Klein, S. (2007), Seiten 573-574.

⁵⁴⁹ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist, Seiten 14-15.

Art. 3 (2) VRL Gebrauch, diese Rechtsform von grenzüberschreitenden Verschmelzungen auszunehmen. Der Grund für diese Ermächtigung liegt in der in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlichen Ausgestaltung der Genossenschaft sowie der fehlenden Harmonisierung.⁵⁵⁰ Nach der Gesetzesbegründung sieht der Gesetzgeber zurzeit kein Bedürfnis für die Beteiligung von Genossenschaften an grenzüberschreitenden Verschmelzungen, die Möglichkeit zur Gründung einer Europäischen Genossenschaft auf der Grundlage der Verordnung EG Nr. 1435/2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft erscheint dem Gesetzgeber als ausreichend.⁵⁵¹ Aus den vorgenannten Gründen ist eine Genossenschaft aus deutscher Sicht zurzeit auf die Durchführung eines Formwechsels in eine Kapitalgesellschaft angewiesen, bevor sie sich an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligen kann.⁵⁵² In Umsetzung des Art. 3 (3) VRL gelten gem. § 122b (2) Nr. 2 UmwG die Bestimmungen über die grenzüberschreitende Verschmelzung außerdem nicht für Gesellschaften, die Publikums-Sondervermögen verwalten (sog. Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren).⁵⁵³

9.1.3 Anwendbares Recht bei grenzüberschreitender Verschmelzung

Wie eingangs bereits erwähnt enthält das Umwandlungsgesetz zum Verfahren der grenzüberschreitenden Verschmelzung Sonderregelungen, welche auf den entsprechenden Vorschriften der Verschmelzungsrichtlinie beruhen. Des Weiteren sollen gem. § 122a (2) UmwG die Vorschriften des UmwG über die Verschmelzung inländischer Kapitalgesellschaften entsprechend anzuwenden sein, sofern sich aus den Neuregelungen nichts anderes ergibt, was wiederum der Konzeption des Art. 4 (1) b) VRL entspricht.⁵⁵⁴ Dies sind insbesondere

⁵⁵⁰ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 575.

Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 726.

⁵⁵¹ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seiten 14-15.

⁵⁵² Vgl. Klein, S. (2007), Seite 575.

⁵⁵³ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 15.

Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 490.

⁵⁵⁴ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 726.

Bestimmungen über die Beteiligung der Gesellschafter, zum Beschlussfassungsverfahren sowie dem Schutz der Gläubiger, Arbeitnehmer und der die Verschmelzung ablehnenden Minderheitsgesellschafter.⁵⁵⁵ Allerdings ist zu beachten, dass die entsprechende Geltung der Regelung über innerstaatliche Verschmelzungen ausdrücklich auf inländische Gesellschaften beschränkt wird.⁵⁵⁶ Folglich unterliegen die an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten ausländischen Gesellschaften dem Verschmelzungsrecht ihres jeweiligen Mitgliedstaates. Im Ergebnis entspricht dies der Vereinigungstheorie. Demnach findet auf kollisionsrechtlicher Ebene auf jeden der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Rechtsträger das für ihn maßgebliche Recht Anwendung.⁵⁵⁷ Sollten sich die jeweiligen Verschmelzungsrechte widersprechen, setzt sich grundsätzlich die strengere Rechtsordnung durch.⁵⁵⁸ Allerdings werden die verschiedenen beteiligten Rechtsordnungen durch die Vorgaben der Verschmelzungsrichtlinie nach deren Umsetzung weitgehend harmonisiert sein, sodass sich dahingehend kaum Schwierigkeiten ergeben werden.⁵⁵⁹

9.1.4 Ablauf einer grenzüberschreitenden Verschmelzung

Die einzelnen Verfahrensschritte der grenzüberschreitenden Verschmelzung orientieren sich auf den ersten Blick weitgehend am Verfahren der innerstaatlichen Verschmelzung. Betrachtet man die einzelnen Schritte jedoch genauer, fallen diverse Abweichungen auf, auf die im Folgenden eingegangen wird. Dieser Betrachtung vorangestellt ist ein verkürzter Überblick über den Ablauf einer grenzüberschreitenden Verschmelzung. Die einzelnen Verfahrensschritte werden in der nachfolgenden Abbildung aufgezeigt. Zu beachten ist, dass die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer durch das Gesetz

⁵⁵⁵ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 577.

⁵⁵⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 14.

⁵⁵⁷ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 726.

⁵⁵⁸ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 577.

⁵⁵⁹ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 726.

über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung in einem gesonderten Kapitel behandelt wird.

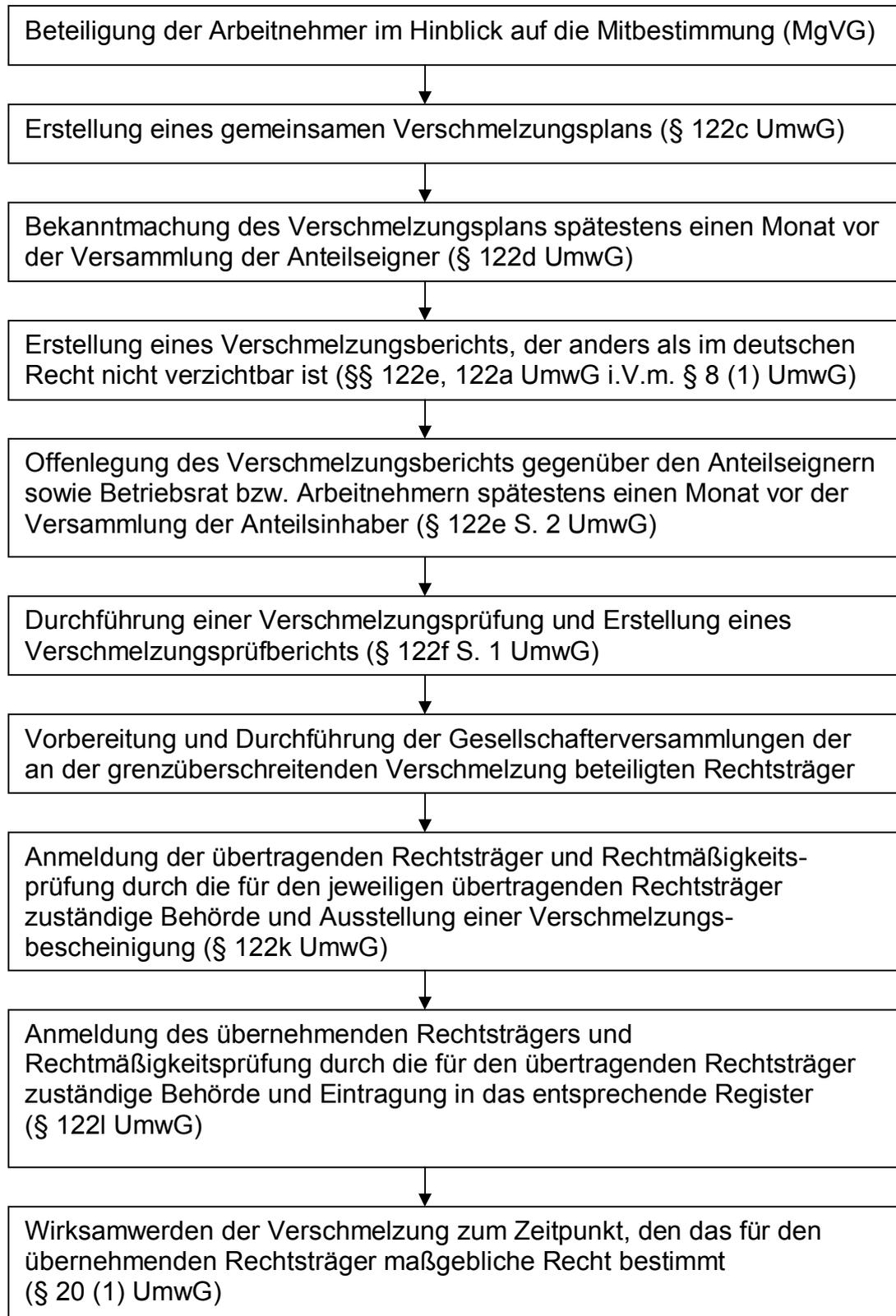


Abb. 11: Ablauf einer grenzüberschreitenden Verschmelzung
Quelle: Klein, S. (2007), Seite 578.

9.1.4.1 Verschmelzungsplan

Geregelt ist der gemeinsame Verschmelzungsplan, mit dessen Aufstellung durch die Vertretungsorgane der verschmelzenden Rechtsträger das Verfahren der grenzüberschreitenden Verschmelzung beginnt, in § 122c UmwG. Auffallend ist hier zunächst, dass der Gesetzgeber in Zusammenhang mit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von einem Verschmelzungsplan spricht, wohingegen bei einer innerstaatlichen Verschmelzung der Terminus des Verschmelzungsvertrags (vgl. §§ 4, 5 UmwG) gebräuchlich ist. Es liegt die Vermutung nahe, dass der Gesetzgeber den bereits in Art. 5 VRL genannten Begriff des Verschmelzungsplans bei der Umsetzung der entsprechenden Regelungen der Verschmelzungsrichtlinie übernommen hat.⁵⁶⁰ Festzuhalten ist allerdings, dass der Terminus des gemeinsamen Verschmelzungsplans nicht identisch ist mit dem Begriff des Verschmelzungsvertrages, da im Verschmelzungsvertrag die Angaben hinsichtlich einer Vereinbarung i.S.v. § 5 (1) Nr. 2 UmwG fehlen. Aufgrund dieser fehlenden schuldrechtlichen Verpflichtung ist der gemeinsame Verschmelzungsplan gem. § 122c UmwG als⁵⁶¹ „ein bloßer gesellschaftsrechtlicher Organisationsakt zu qualifizieren, der kein schuldrechtliches Element enthält. Er regelt nur das „Wie“ der Verschmelzung und enthält keine Aussage über das „Ob“ der Verschmelzung, also der schuldrechtlichen Verpflichtung.“⁵⁶²

Ferner ist zu beachten, dass Art. 5 VRL die Aufstellung des gemeinsamen Verschmelzungsplans durch die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der sich verschmelzenden Gesellschaften vorsieht,⁵⁶³ wohingegen § 122c (1) S. 1 UmwG nur auf das Vertretungsorgan abstellt. Aus dieser Formulierung ergibt sich für die deutschen Kapitalgesellschaften in Form der AG, KGaA und der GmbH keine Probleme, da bei diesen Gesellschaftsformen Vertretungsorgan sowie Leitungsorgan identisch sind. Missverständlich kann diese Formulierung jedoch

⁵⁶⁰ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist, Seite 15.

⁵⁶¹ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 202.

⁵⁶² Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 202.

⁵⁶³ Vgl. Kallmeyer, H. (2007), Der gemeinsame Verschmelzungsplan für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Seiten 472-473.

bei einer nach dem monistischen System organisierten SE sein, welche dem deutschen Recht unterliegt. Der Grund dafür ist, dass bei einer solchen SE das Vertretungsorgan die geschäftsführenden Direktoren gem. § 41 (1) SEAG ist, das Leitungsorgan ist jedoch der Verwaltungsrat gem. Art. 43 (1) SE-VO, § 22 (1) SEAG.⁵⁶⁴

Der Mindestinhalt des gemeinsamen Verschmelzungsplans ist in § 122c (2) UmwG normiert und entspricht weitestgehend den inhaltlichen Vorgaben des Art. 5 VRL.⁵⁶⁵ Allerdings wurde die in Art. 5 VRL gebräuchliche Formulierung „aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft“ nicht übernommen, sondern in § 122c (2) UmwG präziser formuliert; hier spricht man von der „übernehmenden oder neuen Gesellschaft“. Durch diese Formulierung wird sowohl auf die Verschmelzung durch Aufnahme als auch auf die Verschmelzung durch Neugründung eingegangen.⁵⁶⁶

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass es den nationalen Gesetzgebern nicht gestattet ist, die in Art. 5 VRL enthaltenen Mindestangaben zu ergänzen. Diese Möglichkeit zur Ergänzung des gemeinsamen Verschmelzungsplans soll aufgrund der Formulierung des Erwägungsgrundes 4 der Verschmelzungsrichtlinie nur den Gesellschaften zur Verfügung stehen.⁵⁶⁷ Aus diesem Grund steht es den beteiligten Rechtsträgern frei, zusätzliche Angaben einvernehmlich in den Verschmelzungsplan aufzunehmen.⁵⁶⁸

Der gemeinsame Verschmelzungsplan bzw. dessen Entwurf muss zwingend Angaben enthalten über:

- Rechtsform, Firma und Sitz der übertragenden und übernehmenden oder neuen Gesellschaft (§ 122c (2) Nr. 1 UmwG),
- das Umtauschverhältnis der Gesellschaftsanteile und ggf. die Höhe der baren Zuzahlungen (§ 122c (2) Nr. 2 UmwG),

⁵⁶⁴ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 727.

⁵⁶⁵ Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 491.

⁵⁶⁶ Vgl. Weng, A. (2008), Seite 208.

⁵⁶⁷ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 727.

⁵⁶⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 15.

- die Einzelheiten hinsichtlich der Übertragung der Gesellschaftsanteile der übernehmenden oder neuen Gesellschaft (§ 122c (2) Nr. 3 UmwG),
- die voraussichtlichen Auswirkungen der Verschmelzung auf die Beschäftigung (§ 122c (2) Nr. 4 UmwG),
- den Zeitpunkt, von dem an die Gesellschaftsanteile deren Inhabern das Recht auf Beteiligung am Gewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten, die eine Auswirkung auf dieses Recht haben (§ 122c (2) Nr. 5 UmwG),
- den Zeitpunkt, von dem an die Handlungen der übertragenden Gesellschaften unter dem Gesichtspunkt der Rechnungslegung als für Rechnung der übernehmenden oder neuen Gesellschaft vorgenommen gelten (Verschmelzungstichtag) (§ 122c (2) Nr. 6 UmwG),
- die Rechte, die die übernehmende oder neue Gesellschaft den mit Sonderrechten ausgestatteten Gesellschaftern und den Inhabern von anderen Wertpapieren als Gesellschaftsanteilen gewährt, oder die für diese Personen vorgeschlagenen Maßnahmen (§ 122c (2) Nr. 7 UmwG),
- etwaige besondere Vorteile, die den Sachverständigen, die den Verschmelzungsplan prüfen, oder den Mitgliedern der Verwaltungs-, Leitungs-, Aufsichts- oder Kontrollorgane der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften gewährt werden (§ 122c (2) Nr. 8 UmwG),
- die Satzung der übernehmenden oder neuen Gesellschaft (§ 122c (2) Nr. 9 UmwG),
- ggf. Angaben zu dem Verfahren, nach dem die Einzelheiten über die Beteiligung der Arbeitnehmer an der Festlegung ihrer Mitbestimmungsrechte in der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft geregelt werden (§ 122c (2) Nr. 10 UmwG),
- Angaben zur Bewertung des Aktiv- und Passivvermögens, das auf die übernehmende oder neue Gesellschaft übertragen wird (§ 122c (2) Nr. 11 UmwG),
- den Stichtag der Bilanzen der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften, die zur Festlegung der Bedingungen der Verschmelzung verwendet werden (§ 122c (2) Nr. 12 UmwG).⁵⁶⁹

⁵⁶⁹ Vgl. § 122c (2) Nr. 1-12 UmwG.

Vergleicht man den Mindestinhalt des gemeinsamen Verschmelzungsplans mit dem des Verschmelzungsvertrags gem. § 5 (1) UmwG, so wird deutlich, dass sich die Mindestangaben dieser beiden Vorschriften in weiten Teilen entsprechen, die Angaben des Verschmelzungsplans jedoch über die des Verschmelzungsvertrags für Verschmelzungen im nationalem Rechtsraum hinausgehen. Dies sind die Angaben gem. § 122c (2) Nr. 9-12 UmwG, welche im Folgenden näher erläutert werden sollen. Auffallend ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber von der Möglichkeit der Verweisung auf die Vorschriften des § 5 UmwG keinen Gebrauch gemacht hat. Nach der Gesetzesbegründung dient die Aufnahme sämtlicher von der Verschmelzungsrichtlinie geforderten Angaben der Vermeidung von Unklarheiten.⁵⁷⁰

Gem. § 122c (2) Nr. 9 UmwG muss der gemeinsame Verschmelzungsplan die Satzung der übernehmenden oder neuen Gesellschaft enthalten; diese Pflicht erfolgt in Umsetzung von Art. 5 i) VRL. Für inländische Verschmelzungen gilt dies bislang nur im Falle einer Verschmelzung durch Neugründung gem. § 37 UmwG. Der Grund dafür ist, dass nur in diesem Fall der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung des neuen Rechtsträgers festgestellt wird.⁵⁷¹ Aufgrund der Registerpublizität in Deutschland findet sich für diese Bestimmung keine entsprechende Vorschrift für innerstaatliche Verschmelzungen durch Aufnahme.⁵⁷² Jedoch soll bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen die Satzung des übernehmenden oder neuen Rechtsträgers zu Informationszwecken in jedem Fall Bestandteil des Verschmelzungsplans sein, was der Systematik der SE-VO entspricht. Da zumindest die Gesellschafter eines Verschmelzungspartners aus einem anderen Mitgliedstaat stammen und folglich nicht zwingend mit den Satzungen der anderen beteiligten Jurisdiktionen vertraut sind, erscheint diese Regelung sinnvoll. In der Praxis geschieht die Aufnahme der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrags der übernehmenden Gesellschaft in Form einer Anlage zum Verschmelzungsplan.⁵⁷³

⁵⁷⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 15.

⁵⁷¹ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 581.

⁵⁷² Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122c UmwG Verschmelzungsplan, Rn. 30, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁵⁷³ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 581.

Nach den Vorschriften des § 122c (2) Nr. 10 UmwG sind im Verschmelzungsplan gegebenenfalls Angaben zu machen zum Verfahren zur Festlegung der Arbeitnehmermitbestimmung, wodurch Art. 5 j) VRL wortgetreu umgesetzt wurde. Inhaltlich entspricht diese Vorschrift Art. 20 (1) i) SE-VO, wonach das Vertretungsorgan im Verschmelzungsplan Angaben über das Verfahren an sich zu machen hat.⁵⁷⁴ Gemeint ist in diesem Zusammenhang das Verfahren gem. Art. 16 VRL, umgesetzt durch das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG).⁵⁷⁵ Erforderlich sind solche Angaben allerdings nur dann, wenn ein solches Verfahren auch tatsächlich durchzuführen ist. Die Voranstellung des Wortes „gegebenenfalls“ zu Beginn dieser Vorschrift bedeutet folglich nicht, dass es im Ermessen der den gemeinsamen Verschmelzungsplan aufstellenden Vertretungsorgane steht, diese Angaben zu machen.⁵⁷⁶ Für die Praxis dürfte es ausreichend sein, die Grundzüge des Verfahrens darzustellen.⁵⁷⁷

Ferner muss der Verschmelzungsplan gem. § 122c (2) Nr. 11 UmwG in Umsetzung des Art. 5 k) VRL Angaben enthalten über die Bewertung des Aktiv- und Passivvermögens, welches auf die übernehmende oder neue Gesellschaft übertragen wird. Unklar ist in diesem Zusammenhang, ob hier Angaben zur Bewertung des Unternehmens selbst gefordert sind oder lediglich Angaben über die Art und Weise der Bewertung des zu übertragenden Vermögens. Die Einführung dieser Mindestangabe erfolgte auf Initiative der französischen Delegation bei den Verhandlungen über die Verschmelzungsrichtlinie und ist dem französischen Recht für innerstaatliche Verschmelzungen bereits bekannt.⁵⁷⁸ Die an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger haben nach französischem Recht im Verschmelzungsvertrag anzugeben, ob das Vermögen zu Buch- oder Verkehrswerten übernommen werden soll.⁵⁷⁹

⁵⁷⁴ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 207.

⁵⁷⁵ Vgl. Simon, S. / Hinrichs, L. (2008), Seite 392.

⁵⁷⁶ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 207.

⁵⁷⁷ Vgl. Weng, A. (2008), Seiten 211-212.

⁵⁷⁸ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 208.

⁵⁷⁹ Vgl. Weng, A. (2008), Seite 212.

Dies lässt wiederum darauf schließen, dass im Verschmelzungsplan nur die Angaben über die Art und Weise der Vermögensbewertung gefordert sind. Dies ergibt sich außerdem aus der Tatsache, dass die Festsetzung des Umtauschverhältnisses der Anteile erst im Verschmelzungsbericht gem. § 122e UmwG rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet werden muss und somit auch eine Bewertung der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Rechtsträger zu erfolgen hat.⁵⁸⁰ Wären diese Informationen bereits im Verschmelzungsplan mit aufzunehmen, käme es zu einer Duplizierung der ohnehin umfangreichen Verschmelzungsdokumentation.⁵⁸¹ Folglich lässt sich diese Vorschrift nur sinnvoll dahingehend verstehen, dass die Vertretungsorgane im Verschmelzungsplan lediglich zu erklären haben, zu welchen handelsrechtlichen Werten die Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft von der aufnehmenden Gesellschaft übernommen werden, ob also die Buchwerte fortgeführt werden sollen oder ein Ansatz zu Teil- oder Zwischenwerten erfolgen soll.⁵⁸²

Schließlich ist gem. § 122c (2) Nr. 12 UmwG der Stichtag der Bilanzen der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften, die zur Festlegung der Bedingungen der Verschmelzungen verwendet werden, anzugeben. Diese Vorschrift ist nahezu wortgleich mit Art. 5 I) VRL, allerdings nennt der deutsche Gesetzgeber hier den Stichtag der Bilanzen, wohingegen die Richtlinie vom Stichtag der Jahresabschlüsse spricht. Ebenso wie die Vorschrift des Art. 5 k) VRL geht diese Vorschrift auf die Initiative der französischen Delegation zurück, was wiederum bei der Auslegung dieser Vorschrift von Bedeutung ist.⁵⁸³ § 122c (2) Nr. 12 UmwG ist folglich dahingehend zu deuten, dass die Stichtage der Schlussbilanzen aller an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften anzugeben sind, nicht jedoch die Aufnahme ganzer Jahresabschlüsse in den Verschmelzungsplan.⁵⁸⁴

⁵⁸⁰ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 208-209.

⁵⁸¹ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 582.

⁵⁸² Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122c UmwG Verschmelzungsplan, Rn. 35, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁵⁸³ Vgl. Weng, A. (2008), Seite 213.

⁵⁸⁴ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122c UmwG Verschmelzungsplan, Rn. 37, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

Für den Fall der Verschmelzung einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft im Wege der Aufnahme auf ihre Muttergesellschaft sieht § 122c (3) UmwG die Entbehrlichkeit bestimmter Mindestangaben im Verschmelzungsplan vor, wodurch die Vorschriften des Art. 15 (1) VRL in nationales Recht umgesetzt werden.⁵⁸⁵ Da die übernehmende Gesellschaft im Rahmen der Verschmelzung keine Anteile erhält, können die Angabe des Umtauschverhältnisses (§ 122c (2) Nr. 2 UmwG), der Einzelheiten hinsichtlich der Übertragung der Gesellschaftsanteile (§ 122c (2) Nr. 3 UmwG) sowie des Zeitpunkts der Gewinnbeteiligung (§ 122c (2) Nr. 5 UmwG) entfallen.⁵⁸⁶

Hinsichtlich der Form des Verschmelzungsplans ist zunächst festzuhalten, dass die Verschmelzungsrichtlinie selbst keine besonderen Vorgaben macht. Allerdings muss gem. Art. 4 (1) b) VRL eine Gesellschaft, welche sich an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt, die Vorschriften und Formalitäten des für sie geltenden innerstaatlichen Rechts einhalten bzw. erledigen. Somit gilt in Bezug auf die Formvorschrift für eine an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligte deutsche Gesellschaft deutsches Recht.⁵⁸⁷ Gem. § 122c (4) UmwG muss der Verschmelzungsplan notariell beurkundet werden, was der Klarstellung des Formerfordernisses dient. Trotzdem wäre diese Vorschrift auf Grund des generellen Verweises auf die entsprechende Geltung der Verschmelzungsvorschriften gem. § 122a (2) UmwG i.V.m. § 6 UmwG entbehrlich gewesen.⁵⁸⁸ Dessen ungeachtet ist diese Vorschrift zu begrüßen, da sie unmissverständlich klarstellt, dass der Verschmelzungsplan auch dann notariell zu beurkunden ist, wenn nach dem Gesellschaftsstatut des beteiligten ausländischen Rechtsträgers eine notarielle Beurkundung nicht vorgeschrieben ist.⁵⁸⁹

Ferner ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, dass für eine ausländische Beurkundung die allgemeinen Regeln gelten sollen. Somit ist zumindest für grenzüberschreitende Verschmelzungen eine Auslandsbeurkundung zulässig,

⁵⁸⁵ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 583.

⁵⁸⁶ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122c UmwG Verschmelzungsplan, Rn. 40, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁵⁸⁷ Vgl. Klein, S. (2007), Seiten 583-584.

⁵⁸⁸ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122c UmwG Verschmelzungsplan, Rn. 42, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁵⁸⁹ Vgl. Klein, S. (2007), Seiten 583-584.

soweit die ausländische Beurkundung der durch einen deutschen Notar gleichwertig ist. Folglich ist eine Doppelbeurkundung, also eine Beurkundung in Deutschland zusätzlich zu einer ausländischen Beurkundung, dann erforderlich, wenn die Beurkundung im Ausland dem deutschen Gleichwertigkeitserfordernis nicht entspricht.⁵⁹⁰

Interessant ist noch die Frage nach der Sprache des Verschmelzungsplans, da dies durch das Gesetz nicht ausdrücklich geregelt wird. Da allerdings der Verschmelzungsplan im weiteren Verlauf der grenzüberschreitenden Verschmelzung zwecks Information der Gesellschafter und Gläubiger jeder beteiligten Gesellschaft in den entsprechenden nationalen Registern bekannt zu machen ist und die Versammlungen der Anteilseigner jeder beteiligten Gesellschaft diesem zustimmen müssen, erscheint eine einsprachige Aufstellung des Plans nicht praktikabel. Es bietet sich vielmehr an, den Verschmelzungsplan multilingual abzufassen, sofern die beteiligten Gesellschaften aus verschiedenen Sprachkreisen kommen. Allerdings ist aus Sicht des deutschen Rechts eine deutschsprachige Version auf Grund der erforderlichen Einreichung des Plans beim Handelsregister notwendig.⁵⁹¹

9.1.4.2 Bekanntmachung des Verschmelzungsplans

Nach den Vorschriften des § 122d S. 1 UmwG, welche die des Art. 6 VRL in nationales Recht umsetzen, ist der Verschmelzungsplan oder sein Entwurf spätestens einen Monat vor der Versammlung der Anteilseigner, welche über die Zustimmung zum Verschmelzungsplan beschließen soll, zum Register einzureichen. Zusammen mit der Einreichung sind dem Register die Angaben gem. § 122d S. 2 Nr. 2-4 UmwG zu übermitteln, welche wiederum aus Art. 6 (2) a)-c) VRL übernommen worden sind. Diese Angaben betreffen:

⁵⁹⁰ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122c UmwG Verschmelzungsplan, Rn. 42-43, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁵⁹¹ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 588.
Vgl. Weng, A. (2008), Seiten 217-218.

- Rechtsform, Firma und Sitz der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften (§ 122d S. 2 Nr. 2 UmwG),
- die Register, bei denen die an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften eingetragen sind, sowie die jeweilige Nummer der Eintragung (§ 122d S. 2 Nr. 3 UmwG),
- einen Hinweis auf die Modalitäten für die Ausübung der Rechte der Gläubiger und der Minderheitsgesellschafter der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften sowie die Anschrift, unter der vollständige Auskünfte über diese Modalitäten kostenlos eingeholt werden können (§ 122d S. 2 Nr. 4 UmwG).

Diese Regelung ist angelehnt an § 61 UmwG, geht jedoch hinsichtlich des Umfangs darüber hinaus. Sieht § 61 UmwG lediglich die Bekanntmachung eines Hinweises auf die Einreichung des Verschmelzungsvertrages durch das Registergericht vor, so muss das Registergericht im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung gem. § 122d S. 2 Nr. 2-4 UmwG die oben genannten zusätzlichen Punkte bekannt machen. Darüber hinaus ist die Schaffung einer eigenständigen Regelung für den Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung sinnvoll, da ansonsten auf Grund der generellen Verweisung des § 122a (2) UmwG eine Anwendbarkeit des § 61 UmwG nur für die AG, die KGaA sowie die SE gegeben wäre. Im Falle der Beteiligung einer GmbH käme § 10 HGB zur Anwendung, wonach der gesamte Verschmelzungsplan als solcher bekanntzumachen wäre.⁵⁹² Die Bekanntmachung erfolgt in den in § 10 S. 1 HGB genannten Medien.⁵⁹³ Seit Inkrafttreten des EHUG am 01.01.2007 erfolgt die Bekanntmachung demnach in elektronischer Form.⁵⁹⁴

Der Grund für diese Bekanntmachung ist einerseits, dass die Anteilseigner frühzeitig über die bevorstehende Versammlung der Anteilsinhaber informiert werden, und andererseits, dass das Registergericht durch die Einreichung des Verschmelzungsplans die Möglichkeit erhält, diesen bzw. seinen Entwurf noch vor Beschlussfassung der Anteilseigner zu prüfen und auf etwaige Mängel

⁵⁹² Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 727.

⁵⁹³ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 589.

⁵⁹⁴ Vgl. Weng, A. (2008), Seite 222.

hinzuweisen.⁵⁹⁵ Darüber hinaus werden sowohl die Gläubiger als auch die Minderheitsgesellschafter umfassend über ihre Rechte hinsichtlich der grenzüberschreitenden Verschmelzung informiert.⁵⁹⁶

In Zusammenhang mit der Bekanntmachung des Verschmelzungsplans stellt sich die Frage, ob darauf verzichtet werden kann. Verschiedentlich wird die Auffassung vertreten, dass bei innerstaatlichen Verschmelzungen auf die Bekanntmachung des Verschmelzungsvertrags verzichtet werden kann, da diese hauptsächlich den Anteilseignern diene.⁵⁹⁷ Allerdings kann dieser Auffassung in Bezug auf die Parallelvorschrift zur grenzüberschreitenden Verschmelzung des § 122d UmwG nicht gefolgt werden, da die dort normierten Bekanntmachungspflichten gem. § 122d S. 2 Nr. 4 UmwG auch einen drittschützenden Charakter haben und folglich auch der Information der Gläubiger dienen.⁵⁹⁸ Dieser drittschützende Charakter wird bereits durch den Richtliniengeber hervorgehoben.⁵⁹⁹

Unklar ist außerdem, ob der Verschmelzungsplan an den Betriebsrat weiterzuleiten ist. Im Rahmen einer nationalen Verschmelzung ist gem. § 5 (3) UmwG der Verschmelzungsvertrag bzw. sein Entwurf spätestens einen Monat vor dem Tag der über die Verschmelzung entscheidenden Versammlung der Anteilseigner dem Betriebsrat der beteiligten Gesellschaft zuzuleiten.⁶⁰⁰ Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist durch die Sonderregelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht ausdrücklich ausgeschlossen, sodass sie auf Grund des allgemeinen Verweises des § 122a (2) UmwG anzuwenden wäre.⁶⁰¹ Gegen diese Auffassung spricht allerdings, dass der Gesetzgeber mit den Vorschriften des § 122c UmwG eine abschließende Spezialregelung getroffen hat, da § 122c (2) UmwG den Mindestinhalt des Verschmelzungsplans trotz teilweiser Übereinstimmung mit dem des

⁵⁹⁵ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122d UmwG Bekanntmachung des Verschmelzungsplans, Rn. 2, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁵⁹⁶ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 234.

⁵⁹⁷ Vgl. Diekmann, H. (o.J.), § 61 UmwG, Bekanntmachung des Verschmelzungsvertrags, Rn. 17, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁵⁹⁸ Vgl. Weng, A. (2008), Seite 223.

⁵⁹⁹ Vgl. RL 2005/56/EG v. 26.10.2005, Erwägungsgrund 5.

⁶⁰⁰ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 590.

⁶⁰¹ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 727.

Verschmelzungsvertrags abschließend aufzählt, § 122c (3) UmwG die Regelungen des § 5 (2) UmwG wiederholt und ferner § 122c (4) UmwG das Erfordernis der notariellen Beurkundung nennt. Aus diesem Grund ist anzunehmen, dass die Vorschriften der §§ 5, 6 UmwG vollständig von § 122c UmwG verdrängt werden und der Verweis des § 122a (2) UmwG nicht zur Anwendung kommt.⁶⁰² Des Weiteren wird die Information der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung in erster Linie durch den Verschmelzungsbericht gewährleistet, wohingegen sie bei einer nationalen Verschmelzung durch den Verschmelzungsvertrag erfolgt. Auch diese Tatsache spricht gegen das Erfordernis der Zuleitung des Verschmelzungsplans an den Betriebsrat.⁶⁰³

9.1.4.3 Verschmelzungsbericht

Der nächste Verfahrensschritt bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung ist die Erstellung eines Verschmelzungsberichts gem. § 122e UmwG, welcher die Vorgaben des Art. 7 VRL in nationales Recht umsetzt. Die Pflicht zur Erstellung eines solchen Verschmelzungsberichts wird von dieser Vorschrift vorausgesetzt⁶⁰⁴ und ergibt sich folglich aus der in § 122a (2) UmwG vorgesehenen Verweisung auf die entsprechenden Verschmelzungsvorschriften des Umwandlungsgesetzes. Es findet folglich § 8 UmwG Anwendung, wonach das Vertretungsorgan der an der Verschmelzung beteiligten deutschen Gesellschaft dazu verpflichtet ist, einen ausführlichen schriftlichen Bericht zu erstellen.⁶⁰⁵ Adressaten der Berichtspflicht sind demnach bei der AG der Vorstand, bei einer KGaA der Komplementär, bei einer GmbH die Geschäftsführung sowie bei einer SE das Leitungsorgan, sofern deren innere Organisation dem dualistischen System folgt. Bei einer monistisch organisierten SE ist hingegen unklar, wer für die Berichterstattung zuständig ist. Vertreten

⁶⁰² Vgl. Weng, A. (2008), Seiten 216-217.

⁶⁰³ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 590.

⁶⁰⁴ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122e UmwG Verschmelzungsbericht, Rn. 2, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶⁰⁵ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 728.

wird diese zwar durch die geschäftsführenden Direktoren, allerdings ist in richtlinienkonformer Auslegung auch von der Zuständigkeit des Verwaltungsorgans auszugehen. Grund hierfür ist, dass Art. 7 VRL die Berichterstattung durch Leitungs- oder Verwaltungsorgan vorsieht.⁶⁰⁶

Gegenstand dieses Berichtes sind im Einzelnen die Verschmelzung als solche, der Verschmelzungsplan bzw. dessen Entwurf, das Umtauschverhältnis der Anteile oder die Angaben über die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger sowie die Höhe einer anzubietenden Barabfindung. Diese Punkte sind im Bericht rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen.⁶⁰⁷ In diesem Zusammenhang wird auf die Ausführungen des Kapitels 2.2.3.2 dieser Arbeit hinsichtlich des Verschmelzungsberichts bei einer innerstaatlichen Verschmelzung verwiesen. Zu beachten ist allerdings, dass die Vorschriften des § 122e UmwG selbst lediglich Abweichungen und Besonderheiten regeln, welche sich bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen ergeben.⁶⁰⁸ Auf diese soll im Folgenden näher eingegangen werden.

Wie bereits dargelegt dient der innerstaatliche Verschmelzungsbericht in erster Linie der Information der Anteilseigner der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften, da in diesem die Auswirkungen der Verschmelzung auf die Anteilseigner zu erläutern sind. Allerdings wurde diese Ziel- und Schutzrichtung des Verschmelzungsberichts durch die Vorgaben des Art. 7 VRL deutlich geändert und erweitert. Aufgrund dieser Tatsache erweitert § 122e UmwG in Umsetzung des Art. 7 VRL den erforderlichen Inhalt des Verschmelzungsberichtes dahingehend, dass nunmehr auch die Auswirkungen der Verschmelzung auf die Gläubiger und die Arbeitnehmer zu erläutern sind.⁶⁰⁹ Zu erläutern sind folglich die Gläubigerschutzvorschriften des § 22 UmwG für Gläubiger einer übernehmenden deutschen Gesellschaft sowie des § 122j UmwG für Gläubiger einer übertragenden deutschen Gesellschaft. Ferner sind auch die Aus-

⁶⁰⁶ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122e UmwG Verschmelzungsbericht, Rn. 3, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶⁰⁷ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 236.

Vgl. Picot, G. / Antropius, I. (2007), Seite 433.

⁶⁰⁸ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122e UmwG Verschmelzungsbericht, Rn. 2, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶⁰⁹ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 591.
Vgl. Vetter, J. (2007), Seite 620.

wirkungen der Verschmelzung auf die Gläubiger der jeweils anderen beteiligten Gesellschaften zu schildern, da § 122e S. 1 UmwG explizit die Erläuterung der Auswirkungen auf die Gläubiger der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften verlangt.⁶¹⁰

Gleiches gilt auch für die Erläuterungen zu den Auswirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung auf die Arbeitnehmer. Auch hier müssen sich diese Ausführungen auf die Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften beziehen. Zu beachten ist, dass sich die Verschmelzung sowohl individual- als auch kollektivrechtlich für die Arbeitnehmer auswirkt. So kommt es einerseits für die Arbeitnehmer des übertragenden Rechtsträgers zu einem Wechsel des Arbeitgebers, da der übernehmende bzw. neue Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Partei bestehender Arbeitsverhältnisse wird. Andererseits kann sich das anzuwendende Mitbestimmungssystem ändern, welches bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nach Maßgabe der jeweiligen nationalen Umsetzungsvorschriften des Art. 16 VRL gesondert festgelegt wird. Sollte die aufnehmende bzw. neue Gesellschaft ihren Sitz in Deutschland haben, so finden für die Festlegung der Arbeitnehmermitbestimmung die Vorschriften des MgVG Anwendung. Darüber hinaus sind weitere im Rahmen der Verschmelzung durchgeführte Maßnahmen die Arbeitsverhältnisse betreffend zu erläutern. Hierzu zählen z.B. Personalmaßnahmen, kollektivrechtliche Vereinbarungen oder Auswirkungen auf die betriebliche Altersversorgung.⁶¹¹ Nicht erforderlich sind hingegen Angaben über die Folgen der Verschmelzung für Arbeitnehmervertretungen oder zu den Auswirkungen auf die Unternehmensmitbestimmung. Entbehrlich sind ferner Angaben über die Arbeitnehmer betreffende geplante Maßnahmen nach der Verschmelzung wie z.B. Personalabbau oder eine Restrukturierung. Solche sind nur dann im Verschmelzungsbericht darzustellen, wenn sie eine Folge der Verschmelzung sind.⁶¹²

⁶¹⁰ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122e UmwG Verschmelzungsbericht, Rn. 10, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶¹¹ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122e UmwG Verschmelzungsbericht, Rn. 11, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶¹² Vgl. Dzida, B. / Schramm, N. (2008), Seite 525.

Auf Grund der Verweisung des § 122a (2) UmwG ist auch die Vorschrift des § 8 (2) UmwG anwendbar, wonach solche Tatsachen nicht in den Bericht aufgenommen werden müssen, deren Bekanntwerden einem beteiligten Rechtsträger einen Nachteil zufügen könnte. Zwar sieht Art. 7 VRL keine Einschränkung der Berichtspflicht vor, jedoch wird eine solche Einschränkung grundsätzlich zur Wahrung höherrangiger Interessen der Gesellschaft für zulässig erachtet. Gegenteilige Anhaltspunkte können der Richtlinie nicht entnommen werden.⁶¹³

Bei innerstaatlichen Verschmelzungen gestattet es § 8 (1) S. 1 UmwG den zuständigen Organen der beteiligten Gesellschaften, einen gemeinsamen Verschmelzungsbericht zu erstellen. Grundsätzlich wäre diese Regelung auf Grund des allgemeinen Verweises des § 122a (2) UmwG auch für grenzüberschreitende Verschmelzungen anwendbar, da § 122e UmwG lediglich die Anwendung des § 8 (3) UmwG ausschließt.⁶¹⁴ Allerdings wäre eine Mindestvoraussetzung für die Erstellung eines gemeinsamen Verschmelzungsberichts, dass auch die Rechtsordnungen, denen die anderen an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Rechtsträger unterliegen, die Erstellung eines gemeinsamen Verschmelzungsberichts zulassen.⁶¹⁵ Ein Hauptargument gegen die Erstellung eines gemeinsamen Verschmelzungsberichts bieten die Regelungen der Art. 7 und 8 VRL. In Art. 8 (2) VRL ist ausdrücklich die gemeinsame Bestellung von Sachverständigen für die Verschmelzungsprüfung zugelassen, wohingegen Art. 7 VRL die gemeinsame Berichterstattung nicht vorsieht.⁶¹⁶ Auf Grund dieser Unklarheiten ist es in der Praxis angeraten, bis zu einer abschließenden Klärung auf die Erstellung eines gemeinsamen Verschmelzungsberichts zu verzichten.⁶¹⁷

⁶¹³ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 591.

Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 728.

⁶¹⁴ Vgl. Weng, A. (2008), Seiten 236-237.

⁶¹⁵ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 728.

Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122e UmwG Verschmelzungsbericht, Rn. 5, in:

Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶¹⁶ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist, Seiten 16-17.

⁶¹⁷ Vgl. Heckschen, H. (2007), Seite 459.

Nach den Vorschriften des § 122e S. 2 UmwG ist der Verschmelzungsbericht den Anteilsinhabern sowie dem Betriebsrat oder, wenn die Gesellschaft über keinen Betriebsrat verfügt, den Arbeitnehmern der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten deutschen Gesellschaft spätestens einen Monat vor der Versammlung der Anteilseigner, die über die Zustimmung zum Verschmelzungsplan beschließen soll, gem. § 63 (1) Nr. 4 UmwG zugänglich zu machen.⁶¹⁸ Bei der Offenlegung des Verschmelzungsberichts gegenüber Betriebsrat bzw. Arbeitnehmern handelt es sich um eine Besonderheit der grenzüberschreitenden Verschmelzung, welche durch die Vorgaben des Art. 7 S. 2 VRL bedingt ist und mit der Erweiterung der Berichtspflicht in Bezug auf die Auswirkungen der Verschmelzung auf die Arbeitnehmer korrespondiert.⁶¹⁹ Die Offenlegung des Verschmelzungsberichts hat gem. § 63 (1) Nr. 4 UmwG durch Auslage in den Geschäftsräumen der Gesellschaft zur Einsicht zu erfolgen. Nicht erforderlich ist eine gesonderte Zuleitung an den Betriebsrat.⁶²⁰ Keine Berücksichtigung fanden hingegen die Vorgaben des Art. 7 S. 3 VRL, wonach eine Stellungnahme der Arbeitnehmer bzw. deren Vertreter dem Bericht beizufügen ist, wenn das Leitungs- oder Verwaltungsorgan diese nach den Maßgaben der nationalen Rechtsvorschriften rechtzeitig erhält.⁶²¹ Für den deutschen Gesetzgeber bestand insofern kein Umsetzungsbedarf, das sich Art. 7 S. 3 VRL nur an Staaten wendet, welche eine solche Stellungnahme bei innerstaatlichen Verschmelzungen vorschreiben.⁶²²

Bei einer nationalen Verschmelzung besteht gem. § 8 (3) UmwG die Möglichkeit, auf die Erstellung eines Verschmelzungsberichts zu verzichten. Voraussetzung hierfür ist, dass alle Anteilseigner aller an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften auf die Erstattung verzichten oder sich alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden. Diese Verzichtserklärungen sind notariell zu

⁶¹⁸ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 591.

Vgl. Dzida, B. (2009), Seite 459.

⁶¹⁹ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122e UmwG Verschmelzungsbericht, Rn. 16, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 728.

⁶²⁰ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 591.

⁶²¹ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 728.

⁶²² Vgl. Grohmann, U. / Gruschinske, N. (2006), Grenzüberschreitende Mobilität von Kapitalgesellschaften in Europa, Seite 192.

beurkunden.⁶²³ Anzumerken ist, dass im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung diese Verzichtsmöglichkeit des Verschmelzungsberichts nicht existiert, da § 122e S. 3 UmwG die Anwendung des § 8 (3) UmwG ausdrücklich ausschließt. Nach der Gesetzesbegründung ging der deutsche Gesetzgeber davon aus, dass die einzelnen Mitgliedstaaten keine Befreiungsmöglichkeiten von der Berichtspflicht vorsehen können, da die Verschmelzungsrichtlinie keine entsprechenden Ausnahmen vorsieht.⁶²⁴ Diese Ansicht wird zusätzlich durch die Tatsache gestützt, dass der europäische Gesetzgeber, im Gegensatz zu den Vorschriften des Art. 7 VRL, in Art. 8 (4) VRL den Verzicht auf die Prüfung des gemeinsamen Verschmelzungsplans durch unabhängige Sachverständige sowie den Verzicht auf die Erstellung eines Sachverständigenberichts explizit zulässt, sofern alle Gesellschafter aller sich verschmelzenden Gesellschaften darauf verzichten.⁶²⁵

Begründet liegt dieser Ausschluss der Verzichtsmöglichkeit in der Tatsache, dass der Verschmelzungsbericht, anders als im nationalen Verschmelzungsrecht, nicht nur zur Information der Anteilshaber, sondern auch der Arbeitnehmer dient. Trotzdem stellt sich die Frage, ob unter bestimmten Umständen ein Verzicht auf die Erstellung eines Verschmelzungsberichts nicht doch zulässig sein sollte. Demnach sollte ein Verzicht dann möglich sein, wenn die beteiligte deutsche Gesellschaft keinerlei Arbeitnehmer hat, denen der Bericht zugänglich gemacht werden könnte und außerdem alle Gesellschafter auf einen Verschmelzungsbericht verzichten. Ferner sollte ein Verschmelzungsbericht entbehrlich sein, wenn alle Anteilseigner aller beteiligten Rechtsträger sowie die zuständigen Betriebsräte bzw. mangels solcher die betroffenen Arbeitnehmer der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften auf die Erstellung verzichten. In einem solchen Fall würde ein Zwang zur Berichtspflicht trotz ausdrücklichen Verzichts aller Berechtigten unnötige Kosten verursachen.⁶²⁶

⁶²³ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 592.

⁶²⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 15.
Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 491.

⁶²⁵ Vgl. Weng, A. (2008), Seite 235.

Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist, Seite 17.

Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 728.

⁶²⁶ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122e UmwG Verschmelzungsbericht, Rn. 12-13, in:
Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.
Vgl. Klein, S. (2007), Seiten 592-593.

9.1.4.4 Verschmelzungsprüfung und Prüfungsbericht

Als ein weiterer zentraler Verfahrensschritt bestimmt § 122f S. 1 UmwG, dass der von den Vertretungsorganen aufgestellte Verschmelzungsplan bzw. sein Entwurf von unabhängigen Sachverständigen (Verschmelzungsprüfer) zu prüfen ist und setzt somit die Vorgaben des Art. 8 VRL in deutsches Recht um. Die Prüfung erstreckt sich auf die Vollständigkeit und Richtigkeit des Verschmelzungsplans und insbesondere auf die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses sowie die Bewertung des Aktiv- und Passivvermögens gem. § 122c (2) Nr. 11 UmwG. Der Sinn dieser Vorschrift liegt im Schutz der Anteilsinhaber der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten deutschen Gesellschaften. Da eine solche Verschmelzungsprüfung, wie sie in Art. 8 VRL vorgesehen ist, dem deutschen Recht in Zusammenhang mit innerstaatlichen Verschmelzungen bereits bekannt und vorgeschrieben ist, verweist § 122f S. 1 UmwG auf die entsprechenden Vorschriften der §§ 9-12 UmwG.⁶²⁷ In diesem Zusammenhang wird auf die Ausführungen in Kapitel 2.2.3.3 dieser Arbeit verwiesen. Allerdings wird die Anwendung des § 48 UmwG, wonach für die GmbH vorgesehen ist, dass eine Verschmelzungsprüfung nur auf Verlangen eines ihrer Gesellschafter durchzuführen ist, gem. § 122f S. 1 2. Halbs. UmwG ausdrücklich ausgeschlossen.⁶²⁸ Der Grund hierfür ist, dass Art. 8 VRL eine Verschmelzungsprüfung sowie den Prüfungsbericht bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen unabhängig von einem Verlangen der Gesellschafter fordert.⁶²⁹

Gem. Art. 8 (1) S. 2 VRL richtet sich das Verfahren zur Bestellung des Verschmelzungsprüfers bzw. der Verschmelzungsprüfer nach dem Recht der Mitgliedstaaten. Als Sachverständige können sowohl natürliche als auch juristische Personen bestellt werden. Da sich aus dieser sekundär-gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe für den deutschen Gesetzgeber kein Grund für eine gesonderte Regelung in Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Ver-

⁶²⁷ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122f UmwG Verschmelzungsprüfung, Rn. 1-2, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶²⁸ Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 491.

⁶²⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 15.

Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 729.

schmelzungen ergeben hat, konnte er auf die Vorschriften zur innerstaatlichen Verschmelzung verweisen. Die Verschmelzungsprüfer werden gem. § 122f S. 1 UmwG i.V.m. § 10 (1) UmwG auf Antrag des Vertretungsorgans vom Gericht ausgewählt und bestellt.

Art. 8 (2) VRL sieht die Möglichkeit vor, dass die Verschmelzungsprüfung gemeinsam durchgeführt werden kann und nur ein einziger schriftlicher Bericht zu erstellen ist, um die anfallenden Sachverständigenkosten zu begrenzen.⁶³⁰ Der gemeinsame Antrag der beteiligten Gesellschaften auf Bestellung des oder der Prüfer muss gegenüber einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde eines Mitgliedstaates, dessen Recht einer der sich verschmelzenden Rechtsträger unterliegt oder nach dem Recht eines Mitgliedstaates, welchem der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Rechtsträger unterliegen wird, erfolgen; das Bestellungsverfahren erfolgt nach dem Recht des entsprechenden Mitgliedstaates.⁶³¹

Die Möglichkeit der gemeinsamen Bestellung eines bzw. mehrerer Verschmelzungsprüfer sowie der gemeinsamen Erstattung des Prüfberichts existiert bereits im deutschen Recht in Zusammenhang mit innerstaatlichen Verschmelzungen, sodass der deutsche Gesetzgeber grundsätzlich auf diese Vorschriften verweisen konnte. Allerdings genügt diese pauschale Verweisung den Vorgaben des Art. 8 VRL nicht, da die Vorschriften des UmwG auf rein nationale Sachverhalte zugeschnitten sind.⁶³² Die Möglichkeit zur gemeinsamen Verschmelzungsprüfung ergibt sich zwar aus den Vorschriften der §§ 10 (1) S. 2, 12 (1) S. 2 UmwG, allerdings können die beteiligten Gesellschaften gem. Art 8 (2) VRL wählen, in welchem der über das Gesellschaftsstatut involvierten Mitgliedstaaten die Bestellung der Prüfer erfolgen soll.⁶³³ Sollten sich die beteiligten Rechtsträger für eine der beteiligten ausländischen Rechtsordnungen entscheiden, so unterliegt die gesamte Verschmelzungsprüfung dem entsprechenden ausländischen Recht. Dies schließt sowohl die

⁶³⁰ Vgl. RL 2005/56/EG v. 26.10.2005, Erwägungsgrund 6.

⁶³¹ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 264.

⁶³² Vgl. Müller, H. (2006), Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, Seiten 288-289.

⁶³³ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 265.

Vgl. Klein, S. (2007), Seite 593.

Bestellung als auch die Qualifikation des Verschmelzungsprüfers mit ein, nicht jedoch den Inhalt der Prüfung, dessen Anforderungen sich aus einer kumulativen Anwendung der Verschmelzungsrechte aller Gesellschaften, auf die sich die gemeinsame Prüfung erstreckt, ergeben.⁶³⁴

Zum Inhalt des Verschmelzungsprüfungsberichts sieht Art. 8 (3) S. 1 VRL vor, dass der Bericht zumindest die Angaben entsprechend Art. 10 (2) der Fusions-RL enthalten muss. Diese Regelung der Verschmelzungsrichtlinie setzt der deutsche Gesetzgeber durch den Verweis des § 122f S. 1 UmwG auf § 12 (2) UmwG um. Nicht in den Bericht aufgenommen werden müssen solche Umstände, deren Bekanntwerden geeignet ist, einem der beteiligten Rechtsträger einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen (§ 122f S. 1 i.V.m. § 12 (3) i.V.m. § 8 (2) UmwG).⁶³⁵ Der Verschmelzungsprüfungsbericht muss gem. § 122f S. 2 UmwG spätestens einen Monat vor der Versammlung der Anteilseigner, welche über die Zustimmung zum Verschmelzungsplan beschließen soll, vorliegen und ist in entsprechender Anwendung von § 63 (1) Nr. 5 UmwG in den Geschäftsräumen der Gesellschaft zur Einsicht durch die Gesellschafter auszulegen. Art. 8 (1) S. 1 VRL wird hierdurch in nationales Recht umgesetzt.⁶³⁶ Den Anteilseignern einer beteiligten deutschen Gesellschaft muss der Bericht in deutscher Sprache vorliegen, sodass im Falle einer gemeinsamen Verschmelzungsprüfung auch eine deutsche Fassung anzufertigen ist.⁶³⁷

Im Gegensatz zum Verschmelzungsbericht sieht Art. 8 (4) VRL ausdrücklich vor, dass weder eine Verschmelzungsprüfung noch ein entsprechender Prüfungsbericht erforderlich sind, sofern alle Gesellschafter aller an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Rechtsträger darauf verzichten. Im Hinblick auf eine beteiligte deutsche Gesellschaft wird diese Vorgabe durch den Verweis des § 122f UmwG auf § 9 (3) i.V.m. § 8 (3) UmwG sowie § 12 (3) i.V.m. § 8 (3) UmwG umgesetzt. Diese Verzichtserklärungen sind gem. § 8 (3) S. 2 UmwG notariell zu beurkunden. Unklar ist allerdings, ob die

⁶³⁴ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122f UmwG Verschmelzungsprüfung, Rn. 5, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶³⁵ Vgl. Müller, H. (2007), Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts, Seite 1085.

⁶³⁶ Vgl. Klein, S. (2007), Seiten 593-594.

⁶³⁷ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122f UmwG Verschmelzungsprüfung, Rn. 6, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

Anteilseigner der beteiligten ausländischen Gesellschaft die Verzichtserklärung notariell zu beurkunden haben, da für deren Wirksamkeit gem. Art. 4 (1) b) VRL ausschließlich die Vorschriften des jeweiligen ausländischen Gesellschaftsstatuts gelten und § 8 (3) UmwG insofern nicht anwendbar ist.⁶³⁸ Eine richtlinienkonforme Auslegung ergibt folglich, dass allein die Verzichtserklärungen der Anteilseigner des beteiligten deutschen Rechtsträgers notariell zu beurkunden sind.⁶³⁹

Darüber hinaus sind Verschmelzungsprüfung und Verschmelzungsprüfungsbericht nicht erforderlich, wenn eine hundertprozentige Tochtergesellschaft auf ihre Muttergesellschaft verschmolzen wird (sog. upstream Mergers). Dies ergibt sich für die Prüfungspflicht aus § 122f S. 1 i.V.m. § 9 (2) UmwG und für die Pflicht zur Erstellung eines Prüfungsberichtes aus § 122f S. 1 Halbs. 1 i.V.m. §§ 12 (3), 8 (3) UmwG.⁶⁴⁰ Umgesetzt wurden hierdurch die Vorgaben des Art. 15 (1) 1. Spiegelstrich VRL, wonach die Bestimmungen des Art. 8 VRL gänzlich keine Anwendung finden, wenn eine Gesellschaft, welche sämtliche in der Gesellschafterversammlung Stimmrecht gewährenden Aktien und sonstigen Anteile der übertragenden Gesellschaft(en) hält, eine grenzüberschreitende Verschmelzung im Wege der Aufnahme vollzieht.⁶⁴¹

9.1.4.5 Zustimmungsbeschlüsse der Anteilseigner

Art. 9 VRL bestimmt, dass die Gesellschafterversammlungen aller an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Rechtsträger über die Zustimmung zum gemeinsamen Verschmelzungsplan in Kenntnis des Verschmelzungsberichts und evtl. des Verschmelzungsprüfungsberichts beschließen. Da Art. 9 VRL hinsichtlich der Einberufung und des Abhaltens der Gesellschafterversammlung sowie der erforderlichen Mehrheit keine Sonder-

⁶³⁸ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 594.

⁶³⁹ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist, Seite 19.

⁶⁴⁰ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 257.

⁶⁴¹ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 594.

vorschriften enthält, findet gem. Art 4 (1) b) VRL das jeweilige nationale Recht Anwendung.⁶⁴²

Seine Umsetzung in das nationale Recht fand Art. 9 VRL in § 122g UmwG, welcher bestimmte Regelungen zur Versammlung der Anteilseigner, in der über die Zustimmung zum gemeinsamen Verschmelzungsplan beschlossen werden soll, enthält. Allerdings erschöpfen sich diese Regelungen bereits darin, dass zum einen die Anteilseigner ihre Zustimmung in der Versammlung davon abhängig machen können, dass die Art und Weise der Arbeitnehmermitbestimmung der übernehmenden und neuen Gesellschaft ausdrücklich von ihnen bestätigt wird, und zum anderen, dass bei upstream Merger ein Verschmelzungsbeschluss der Anteilseigner der übertragenden Gesellschaft nicht erforderlich ist.⁶⁴³ Folglich finden auf Grund von § 122a (2) UmwG die entsprechenden Vorschriften des UmwG sowie ergänzend die des AktG bzw. GmbHG Anwendung.⁶⁴⁴ Dies gilt insbesondere für die Vorbereitung der Anteilseignerversammlung, das Verfahren sowie die Beschlussmehrheit.⁶⁴⁵ In diesem Zusammenhang wird auch auf die Ausführungen in Kapitel 2.2.3.4 dieser Arbeit verwiesen.

Wie bereits erläutert, enthält § 122g UmwG keine Regelungen zur Vorbereitung der Anteilseignerversammlung, sodass über den Verweis des § 122a (2) UmwG die Vorschriften zur Vorbereitung der Anteilseignerversammlung bei innerstaatlichen Verschmelzungen entsprechend zur Anwendung kommen. Folglich sind den Aktionären einer Aktiengesellschaft die in § 63 (1) UmwG genannten Unterlagen ab Einberufung der Hauptversammlung in den Geschäftsräumen der Gesellschaft zur Einsicht auszulegen. Dies sind der Verschmelzungsplan bzw. sein Entwurf (Nr. 1), die Jahresabschlüsse und Lageberichte aller an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften für die letzten drei Geschäftsjahre (Nr. 2), die Verschmelzungsberichte aller an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger (Nr. 4) sowie die erstatteten Prüfungs-

⁶⁴² Vgl. Weng, A. (2008), Seite 247.

⁶⁴³ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 269-270.

⁶⁴⁴ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 729.

⁶⁴⁵ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 269-270.

berichte (Nr. 5). Zusätzlich muss den Aktionären Einsicht in eine Zwischenbilanz gewährt werden, falls sich der letzte Jahresabschluss auf ein Geschäftsjahr bezieht, welches über sechs Monate vor dem Aufstellen des Verschmelzungsplans abgelaufen ist (Nr. 3). Die gleichen Anforderungen gelten für eine SE mit Sitz in Deutschland sowie gem. § 78 UmwG auch für eine KGaA.⁶⁴⁶ Diese Unterlagen sind jeweils in deutscher Sprache vorzulegen, sodass unter Umständen Übersetzungen anzufertigen sind.⁶⁴⁷ Den Gesellschaftern einer GmbH sind gem. § 47 UmwG der gemeinsame Verschmelzungsplan bzw. sein Entwurf sowie der von den Geschäftsführern der GmbH erstellte Verschmelzungsbericht mit der Einberufung der Gesellschafterversammlung zu übersenden. Unklar ist, ob auch ein Verschmelzungsprüfungsbericht zu übersenden ist, da das Gesetz dies für die nationale Verschmelzung nicht ausdrücklich vorsieht.⁶⁴⁸

Anzumerken ist noch, dass das innerstaatliche Verschmelzungsrecht die Möglichkeit bietet, auf die Einhaltung der Informationspflichten sowie Form- und Fristenfordernissen für die Einberufung der Anteilseignerversammlung zu verzichten, da diese Vorschriften ausschließlich dem Schutz der Anteilsinhaber dienen. Da sich für die grenzüberschreitende Verschmelzung nichts anderes ergibt, können die Anteilseigner bei einer solchen ebenfalls auf die Auslegung bzw. Zuleitung der entsprechenden Unterlagen verzichten.⁶⁴⁹

Weder Art. 9 VRL noch § 122g UmwG enthalten gesonderte Regelungen für die erforderliche Mehrheit des Beschlusses über die Zustimmung zum gemeinsamen Verschmelzungsplan. Folglich finden die Vorschriften des Rechts für innerstaatliche Verschmelzungen gem. Art. 4 (1) b) VRL, § 122a (2) UmwG Anwendung. Der Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung einer GmbH bedarf gem. §§ 50 (1), 56 UmwG der Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen, der Beschluss der Hauptversammlung der AG bedarf gem. §§ 65 (1),

⁶⁴⁶ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 272-273.

⁶⁴⁷ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122g UmwG Zustimmung der Anteilsinhaber, Rn. 4, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶⁴⁸ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 595.

⁶⁴⁹ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 276.

Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122g UmwG Zustimmung der Anteilsinhaber, Rn. 5, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

73 UmwG mindestens einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Dies gilt gem. § 78 UmwG ebenfalls für die KGaA sowie gem. Art. 9 (1) c) ii SE-VO für eine SE mit Sitz in Deutschland.⁶⁵⁰

Zur Vereinfachung des Verfahrens bei upstream Mergers sieht § 122g (2) UmwG vor, dass ein Verschmelzungsbeschluss der Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft nicht erforderlich ist, wenn sich alle Anteile dieses Rechtsträgers in der Hand der übernehmenden Gesellschaft befinden.⁶⁵¹ Folglich ist im Falle der Verschmelzung einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft ein Verschmelzungsbeschluss bei der Tochtergesellschaft entbehrlich.⁶⁵²

Befinden sich mindestens 90% des Stammkapitals oder des Grundkapitals einer übertragenden Kapitalgesellschaft in der Hand einer übernehmenden Aktiengesellschaft, so ist gem. § 62 (1) UmwG ein Verschmelzungsbeschluss der übernehmenden Aktiengesellschaft zur Aufnahme dieser übertragenden Gesellschaft nicht erforderlich, es sei den, dass gem. § 62 (2) UmwG mindestens 5% der Anteilseigner einen Verschmelzungsbeschluss verlangen. Diese Regelung gilt auf Grund § 122a (2) UmwG auch für grenzüberschreitende Verschmelzungen.⁶⁵³

Hinsichtlich der Beschlussfassung enthält § 122g (1) UmwG, in Umsetzung von Art. 9 (2) VRL, eine Sonderregelung, wonach die Anteilseigner ihre Zustimmung zum Verschmelzungsplan davon abhängig machen können, dass die Art und Weise der Arbeitnehmermitbestimmung in der übernehmenden bzw. neuen Gesellschaft ausdrücklich von ihnen bestätigt wird. Der Grund für diese Vorschrift ist, dass die Anteilseigner nicht an dem Verfahren zur Festlegung der Arbeitnehmermitbestimmung beteiligt sind und die Beschlussfassung der Anteilseigner darüber hinaus zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem das Verfahren zur Festlegung der Mitbestimmung noch nicht abgeschlossen ist. Dieses

⁶⁵⁰ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 276-277.

⁶⁵¹ Vgl. Heckschen, H. (2007), Seite 463.

⁶⁵² Vgl. Klein, S. (2007), Seiten 596-597.

⁶⁵³ Vgl. Heckschen, H. (2007), Seite 463.

Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122g UmwG Zustimmung der Anteilsinhaber, Rn. 15, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

Verfahren wird in der Regel erst nach Offenlegung des Verschmelzungsplans einen Monat vor Beschlussfassung eingeleitet und kann daran anschließend bis zu sechs Monate bzw. bei einverständlicher Verlängerung sogar bis zu einem Jahr andauern. Anzumerken ist, dass die Anteilseigner durch diese Vorschrift zwar keine Gestaltungs- oder Einflussrechte auf das festgelegte Mitbestimmungsmodell haben, es ihnen dieser Vorbehalt allerdings ermöglicht, die Verschmelzung durch Verweigerung der Bestätigung zu verhindern, sofern die festgelegte Mitbestimmung nicht ihr Einverständnis findet.⁶⁵⁴ Anders ausgedrückt können sich die Anteilseigner im Sinne eines Letztentscheidungsrechts vorbehalten, der Verschmelzung nochmals zuzustimmen, nachdem das Modell der Arbeitnehmermitbestimmung feststeht.⁶⁵⁵

Sollten die Anteilseigner von ihrem Letztentscheidungsrecht Gebrauch machen, ist zunächst der Vorbehalt in den Beschluss über die Zustimmung zum Verschmelzungsplan aufzunehmen, was durch entsprechenden Beschluss der Anteilseignerversammlung geschieht. Anzumerken ist, dass weder Art. 9 (2) VRL noch § 122g (1) UmwG Angaben machen über die hierzu erforderliche Mehrheit. Folglich gelten gem. § 122a (2) UmwG die besonderen Regelungen über die Beschlussfassung der Anteilseignerversammlung, d.h. der Beschluss der Hauptversammlung bedarf mindestens einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals gem. § 65 (1) S. 1 UmwG oder der Beschluss der Gesellschafterversammlung bedarf mindestens einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen gem. § 50 (1) S. 1 UmwG.⁶⁵⁶

Zur Fassung des Bestätigungsbeschlusses ist eine weitere Versammlung der Anteilseigner erforderlich, sobald die Regelung der Mitbestimmung feststeht. Für die Einberufung dieser Versammlung gelten ausschließlich die Regelungen des AktG bzw. des GmbHG, da es sich nicht mehr um eine Versammlung zur Beschlussfassung über die Verschmelzung selbst handelt.⁶⁵⁷ Unklar ist hier,

⁶⁵⁴ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122g UmwG Zustimmung der Anteilsinhaber, Rn. 8-9, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶⁵⁵ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 597.

Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist, Seite 19.

⁶⁵⁶ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 279-281.

⁶⁵⁷ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122g UmwG Zustimmung der Anteilsinhaber, Rn. 11, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

welches Mehrheitserfordernis an diesen Bestätigungsbeschluss zu stellen ist. Grundsätzlich bedarf wohl auch dieser Beschluss einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit gem. § 122a (2) i.V.m. § 50 (1) S. 1, § 65 (1) S. 1 UmwG.⁶⁵⁸ Andererseits könnte auf Grund der Beschlusskompetenz der Anteilseignerversammlung auch ein einfaches Mehrheitserfordernis gem. § 133 AktG, § 47 GmbHG zulässig sein, da die Beschlussfassung über die Verschmelzung als Grundlagenentscheidung, welche einer qualifizierten Mehrheit bedurfte, bereits erfolgt ist und die Entscheidung über die Billigung des Mitbestimmungssystems folglich keine Grundlagenentscheidung mehr darstellt, die eine qualifizierte Mehrheit erfordern würde. Gestützt wird diese Annahme zusätzlich durch die Tatsache, dass die Anteilseigner während des Verhandlungsverfahrens keine Mitwirkungsrechte haben und auch den Inhalt der Mitbestimmungsregelung nicht beeinflussen können.⁶⁵⁹

Im Gegensatz dazu wird in der Literatur ebenfalls die Meinung vertreten, dass auch für diesen Beschluss eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist. Begründet wird dies mit der Tatsache, dass verfassungsändernde Maßnahmen oder Strukturentscheidungen allgemein einer qualifizierten Mehrheit bedürfen, da sie sowohl für den Rechtsträger selbst als auch für die Anteilseigner erhebliche Konsequenzen haben. Durch diese qualifizierte Mehrheit soll sichergestellt werden, dass ein Großteil der Anteilseigner diese Maßnahmen billigen, eine einfache Mehrheit des vertretenen Kapitals soll hier nicht ausreichen. Der Bestätigungsbeschluss steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem bereits erfolgten Zustimmungsbeschluss, da durch die Bestätigung des Mitbestimmungsmodells der Zustimmungsbeschluss endgültig wirksam wird. Es wird folglich davon ausgegangen, dass für den Bestätigungsbeschluss dasselbe qualifizierte Mehrheitserfordernis gilt wie für den Zustimmungsbeschluss selbst, da eine weniger qualifizierte Mehrheit der Bedeutung dieses Bestätigungsbeschlusses nicht gerecht würde. Trotzdem steht den Anteilseignern die Möglichkeit offen, eine andere Mehrheit für den Bestätigungsbeschluss festzulegen.⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 597.

⁶⁵⁹ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122g UmwG Zustimmung der Anteilsinhaber, Rn. 11, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶⁶⁰ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist, Seiten 19-20.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Verschmelzungsbescheinigung gem. § 122k UmwG nicht erteilt werden und auch die Eintragung der Verschmelzung gem. § 122l UmwG nicht erfolgen kann, wenn der Verschmelzungsbeschluss unter Vorbehalt der Bestätigung gestellt wurde. Der Grund ist, dass folglich keine ordnungsgemäße und vorbehaltlose Zustimmung zum Verschmelzungsplan vorliegt.⁶⁶¹

9.1.4.6 Schutz der Minderheitsgesellschafter

Auf Grund der Vorschriften des Art. 4 (2) S. 2 VRL ist jeder Mitgliedstaat berechtigt, Vorschriften zu erlassen, um einen angemessenen Schutz der die grenzüberschreitende Verschmelzung ablehnenden Minderheitsgesellschafter zu erlassen. Dies könnten z.B. besondere Informationsrechte, Zustimmungs- bzw. Mehrheitserfordernisse, die Möglichkeit zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses sowie ein Austrittsrecht aus der übertragenden Gesellschaft gegen angemessene Barabfindung sein. Über den Verweis des § 122a (2) UmwG gelten für den Schutz von Minderheitsgesellschaftern der deutschem Recht unterliegenden Gesellschaften grundsätzlich die jeweiligen Schutzvorschriften für innerstaatliche Verschmelzungen. Folglich steht den Gesellschaftern einer übertragenden deutschen Gesellschaft grundsätzlich ein Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses gem. § 15 UmwG und ein Austrittsrecht verbunden mit dem Anspruch auf eine angemessene Barabfindung gem. § 29 UmwG zu, sofern sie der Verschmelzung widersprochen haben.⁶⁶² „Diese Rechte sind jeweils verbunden mit dem Ausschluss von Anfechtungsklagen wegen Bewertungsprügen bei gleichzeitigem Verweis auf die Korrekturmöglichkeiten des Spruchverfahrens nach Maßgabe des SpruchG (§§ 14 Abs. 2, 32 UmwG). Damit soll vermieden werden, dass die Wirksamkeit der Verschmelzung durch Bewertungsstreitigkeiten verzögert wird.“⁶⁶³

⁶⁶¹ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122g UmwG Zustimmung der Anteilshaber, Rn. 12, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶⁶² Vgl. Klein, S. (2007), Seiten 597-598.

⁶⁶³ Klein, S. (2007), Seite 598.

Bei innerstaatlichen Verschmelzungen haben Anteilseigner eines übertragenden Rechtsträgers gem. § 15 (1) S. 1 UmwG einen Anspruch auf bare Zuzahlung gegen den übernehmenden Rechtsträger, sofern das Umtauschverhältnis zu niedrig bemessen ist. Dieser Anspruch entsteht mit Eintragung der Verschmelzung im Register des übernehmenden bzw. neu gegründeten Rechtsträgers und ist gem. § 15 (2) S. 1 UmwG jährlich mit einem Zinssatz von zwei Prozentpunkten über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen. Gem. § 15 (1) S. 2 UmwG kann der Anspruch auf bare Zuzahlung zwar im Wege des Spruchverfahrens vor Gericht eingeklagt werden, jedoch sieht § 14 (2) UmwG einen Anfechtungsausschluss für Klagen dieser Anteilseigner gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses vor, welche darauf gestützt werden, das Umtauschverhältnis sei zu niedrig bemessen.⁶⁶⁴ Hierdurch sollen Verzögerungen des Verschmelzungsvorgangs auf Grund von Bewertungsstreitigkeiten vermieden werden.⁶⁶⁵

Allerdings ist diese Konzeption bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht ohne weiteres zu verwirklichen, da den Rechtsordnungen der meisten Mitgliedstaaten eine solche Korrektur vereinbarter Leistungen in einem Spruchverfahren fremd ist. Nach dem Vorbild des Art. 25 (3) SE-VO ist auf Wunsch Deutschlands und Österreichs Art. 10 (3) VRL aufgenommen worden. Hierdurch soll gemeinschaftsrechtlich sichergestellt werden, dass das in Deutschland und Österreich bekannte gerichtliche Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses sowie von Zuzahlungen und Barabfindungen bei Umstrukturierungen von Gesellschaften zugunsten der Gesellschafter übertragender Gesellschaften aus diesen Mitgliedstaaten Anwendung finden kann. Voraussetzung ist hierfür, dass das Recht, dem die anderen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften unterliegen, ein solches Verfahren ebenfalls vorsieht, oder dass die Gesellschafter der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten, deren Recht ein solches Verfahren unbekannt ist, der Möglichkeit der Durchführung eines solchen Spruchverfahrens im Verschmelzungsbeschluss ausdrücklich zugestimmt haben. Aus den vorgenannten Gründen waren erhebliche

⁶⁶⁴ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 312.

⁶⁶⁵ Vgl. Müller, H. (2007), Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts, Seite 1086.

Modifikationen gegenüber dem Recht notwendig, welches für nationale Verschmelzungen Anwendung findet. Solche Modifikationen normierte der deutsche Gesetzgeber in §§ 122h und 122i UmwG.⁶⁶⁶ Regelungen zur Verbesserung des Umtauschverhältnisses werden in § 122h UmwG normiert, wohingegen § 122i UmwG das Austrittsrecht gegen Barabfindung regelt.

Die Möglichkeit, einen Anspruch auf bare Zuzahlung zur Verbesserung des Umtauschverhältnisses im Wege des Spruchverfahrens gegen den aus der Verschmelzung hervorgehenden Rechtsträger durchzusetzen, hat der deutsche Gesetzgeber auf grenzüberschreitende Verschmelzungen ausgedehnt. Im Rahmen des § 122h UmwG wird zwischen zwei Konstellationen differenziert. Einerseits regelt § 122h (1) UmwG den Fall, dass das Gesellschaftsstatut der anderen an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses der Anteile entsprechend dem deutschen Spruchverfahren nicht vorsieht. Auf der anderen Seite beinhaltet § 122h (2) UmwG Vorschriften für den Fall, dass auch dem ausländischen Gesellschaftsstatut ein solches Verfahren bekannt ist.⁶⁶⁷

Gem. § 122h (1) UmwG können die Regelungen der §§ 14 (2), 15 UmwG zugunsten der Anteilseigner einer übertragenden deutschen Gesellschaft angewendet werden, wenn die Anteilseigner des anderen an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgers, dessen Gesellschaftsstatut kein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses kennt, der Anwendung im Verschmelzungsbeschluss ausdrücklich zustimmen. Art. 10 (3) VRL ist hierdurch in deutsches Recht umgesetzt worden.⁶⁶⁸ Sollten die Anteilseigner des anderen Rechtsträgers nicht zustimmen, so gilt der Ausschluss der Anfechtungsklage gem. § 14 (2) UmwG nicht.⁶⁶⁹ Folglich haben die Anteilseigner der übertragenden deutschen Gesellschaft die Möglichkeit, im Wege der Klage den Zustimmungsbeschluss zum gemeinsamen Verschmelzungsplan

⁶⁶⁶ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 598.

⁶⁶⁷ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 317.

⁶⁶⁸ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 317.

⁶⁶⁹ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122h UmwG Verbesserung des Umtauschverhältnisses, Rn. 5, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

wegen eines zu niedrig bemessenen Umtauschverhältnisses anzufechten.⁶⁷⁰ Eine Folge der Anfechtungsklage ist allerdings, dass das deutsche Registergericht eine Verschmelzungsbescheinigung gem. § 122k (2) UmwG nicht ausstellen kann und die Verschmelzung somit erst dann eingetragen werden kann, wenn die Klagen gegen den Verschmelzungsbeschluss erledigt sind oder die Gesellschaft das Eintragungshindernis im Wege des gerichtlichen Freigabeverfahrens gem. § 16 (3) UmwG überwunden hat.⁶⁷¹

Es ist jedoch fraglich, ob die Zustimmung der Anteilseigner ausländischer Gesellschaften zur Durchführung des Spruchverfahrens in der Praxis erlangt werden kann. Der Grund dafür ist, dass die Festsetzung der baren Zuzahlung lediglich den Anteilseignern der übertragenden deutschen Gesellschaft zugute kommt und auf der anderen Seite zu einem Liquiditätsabfluss bei der übernehmenden ausländischen Gesellschaft führt.⁶⁷² Nach geltendem Recht können die Anteilseigner der ausländischen übernehmenden Gesellschaft im Spruchverfahren eigentlich nur verlieren, da im (aus ihrer Sicht) günstigsten Fall das Umtauschverhältnis gerichtlich bestätigt wird, im ungünstigsten Fall bedarf es als Ergebnis des deutschen Spruchverfahrens einer Erhöhung der baren Zuzahlung, welche zu ihrem wirtschaftlichen Nachteil erfolgt. Unzulässig ist eine Verschlechterung des Umtauschverhältnisses.⁶⁷³ Auf der anderen Seite spricht für eine Zustimmung zum Spruchverfahren, dass das Verschmelzungsverfahren ohne eine Blockade durch Anfechtungsklagen, welche auf ein unangemessenes Umtauschverhältnis gestützt werden, durchgeführt werden kann. Aus diesem Grund kommt es bei der Frage der Zustimmungserteilung auch darauf an, wie groß das Interesse der ausländischen Anteilseigner an einer möglichst schnellen Durchführung der Verschmelzung ist.⁶⁷⁴

Sollten die Voraussetzungen des § 122h (1) UmwG allerdings erfüllt sein, so ist eine Rüge des Umtauschverhältnisses nur über das Spruchverfahren möglich. Eine Anfechtungsklage unter Geltendmachung anderer Mängel des Verschmel-

⁶⁷⁰ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 731.

⁶⁷¹ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 598.

⁶⁷² Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122h UmwG Verbesserung des Umtauschverhältnisses, Rn. 7, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶⁷³ Vgl. Klein, S. (2007), Seiten 598-599.

⁶⁷⁴ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122h UmwG Verbesserung des Umtauschverhältnisses, Rn. 7, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

zungsbeschlusses ist jedoch weiterhin möglich. Durch den Zustimmungsbeschluss erhält das Gericht am Sitz der übertragenden Gesellschaft internationale Zuständigkeit zur Durchführung des Spruchverfahrens.⁶⁷⁵

Gem. § 122h (2) UmwG gilt § 15 UmwG auch für Anteilseigner einer übertragenden Gesellschaft, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegt, wenn zum einen das Recht dieses Staates ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses der Anteile kennt und zum anderen deutsche Gerichte für die Durchführung dieses Spruchverfahrens international zuständig sind. Gegenwärtig wird die erste Voraussetzung lediglich von Österreich erfüllt. Die internationale Zuständigkeit kann sich laut der Gesetzesbegründung⁶⁷⁶ einerseits aus einer Gerichtsstandvereinbarung und andererseits aus der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ergeben.⁶⁷⁷ Durch diese Vorschrift sollen Doppelarbeit und sich widersprechende Entscheidungen deutscher und ausländischer Gerichte vermieden werden.⁶⁷⁸

Eine weitere Schutzvorschrift ist in § 122i UmwG normiert. Grundlage dieser Vorschrift ist Art. 4 (2) S. 2 VRL, wonach jeder Mitgliedstaat Vorschriften zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern der seinem Recht unterliegenden Gesellschaften erlassen kann, die sich gegen die Verschmelzung ausgesprochen haben.⁶⁷⁹ Entsprechende Parallelvorschriften finden sich in § 29 UmwG, bei der Gründung einer SE durch Verschmelzung in § 7 (1) SEAG sowie bei der Gründung einer Holding-SE in § 9 SEAG.⁶⁸⁰

Nach den Vorschriften des § 122i (1) S. 1 UmwG muss eine an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligte übertragende Gesellschaft, die dem deutschen Recht unterliegt, jedem Anteilseigner, der der Verschmel-

⁶⁷⁵ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122h UmwG Verbesserung des Umtauschverhältnisses, Rn. 8, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶⁷⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 16.

⁶⁷⁷ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000, ABl. EG 2001, Nr. L 12, Seite 1.

⁶⁷⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 16.

⁶⁷⁹ Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 492.

⁶⁸⁰ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 599.

Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122i UmwG Abfindungsangebot im Verschmelzungsplan, Rn. 1, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

zung widersprochen hat, im Verschmelzungsplan ein Austrittsrecht sowie den Erwerb seiner Anteile gegen eine angemessene Barabfindung anbieten. Voraussetzung ist jedoch, dass die übernehmende oder neue Gesellschaft nicht dem deutschen Recht unterliegt, es sich also um eine Hinausverschmelzung handelt.⁶⁸¹ Ferner ist der Widerspruch gem. § 122i (1) S. 1 UmwG zur Niederschrift zu erklären. Der Gesetzgeber begründet diese Vorschrift damit, dass kein Anteilseigner gezwungen werden soll, die mit dem Wechsel in eine ausländische Rechtsform verbundene Änderung seiner gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten hinzunehmen.⁶⁸²

Interessant ist indes die Frage nach der Vereinbarkeit von § 122i (1) UmwG mit Art. 5 VRL. Wie bereits an anderer Stelle erläutert handelt es sich bei den in Art. 5 S. 2 VRL aufgezählten Angaben um Mindestangaben, die in jedem Fall im gemeinsamen Verschmelzungsplan enthalten sein müssen. Lediglich den an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften steht es offen, weitere Angaben im Verschmelzungsplan aufzuführen. Die Aufnahme eines Pflichtangebots des übertragenden Rechtsträgers in den gemeinsamen Verschmelzungsplan auf Grund von § 122i (1) UmwG könnte folglich einen Verstoß gegen Art. 5 VRL darstellen. Sinn einer grundsätzlich abschließenden Aufzählung der Mindestangaben in Art. 5 VRL ist, dass die für die Aufstellung zuständigen Organe keine differenten Angaben in den Verschmelzungsplan aufnehmen dürfen. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die Anteilseignerversammlungen den Zustimmungsbeschluss jeweils im Hinblick auf dieselben Verschmelzungskonditionen fassen. Allerdings ist das Pflichtangebot des übertragenden Rechtsträgers als empfangsbedürftige Willenserklärung nur an die Anteilseigner des dem deutschen Recht unterliegenden Rechtsträgers gerichtet. Auf Grund der Fixierung im Verschmelzungsplan sowie der öffentlichen Bekanntmachung des Angebots geht das Angebot allen potentiell Berechtigten zu. Abweichend davon bestünde auch die Möglichkeit, das Angebot getrennt vom Verschmelzungsplan zu erklären und den Zugang bei den potentiell berechtigten Anteilseignern zu bewirken. Dies zeigt, dass eine Gefahr des Scheiterns der Verschmelzung auf Grund differenter und nicht

⁶⁸¹ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 341.

⁶⁸² Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 16.

anpassungsfähiger Angaben im Verschmelzungsplan nicht besteht, sodass folglich § 122i (1) UmwG konform geht mit Art. 5 VRL.⁶⁸³ Gestützt wird dies zusätzlich durch die Ermächtigung in Art. 4 (2) S. 2 VRL, welche auch Vorschriften zur obligatorischen Aufnahme des Abfindungsangebots im Verschmelzungsplan umfasst und insoweit Art. 5 VRL ergänzt.⁶⁸⁴

Angelehnt ist die Vorschrift des § 122i (1) UmwG an § 29 (1) UmwG, wonach bei innerstaatlichen Verschmelzungen ein Austrittsrecht gewährt wird, wenn die übernehmende oder neue Gesellschaft eine andere Rechtsform besitzt als die übertragende Gesellschaft.⁶⁸⁵ Im Gegensatz zu § 29 (1) UmwG, wonach bei innerstaatlichen Verschmelzungen der übernehmende Rechtsträger dieses Pflichtangebot zu unterbreiten hat, ist dieses Angebot gem. § 122i (1) S. 1 UmwG bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen durch die übertragende Gesellschaft zu unterbreiten. Insofern findet eine Vorverlagerung statt, was der eigentlichen Bedeutung von § 122i UmwG entspricht.⁶⁸⁶ Der Grund hierfür ist, dass der deutsche Gesetzgeber keine Gesetzgebungskompetenz für den Erlass von Pflichten gegenüber anderen an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern besitzt.⁶⁸⁷ Bei grenzüberschreitenden Hinausverschmelzungen liefe diese Abfindungspflicht gem. § 29 UmwG somit ins Leere, da die übernehmende ausländische Gesellschaft nicht dem deutschen Recht unterliegt.⁶⁸⁸ Mit Wirksamwerden der Verschmelzung geht die durch § 122i UmwG begründete Verpflichtung der übertragenden deutschen Gesellschaft zur Barabfindung der Anteilseigner im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende übernehmende oder neue Gesellschaft über.⁶⁸⁹

⁶⁸³ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 341-342.

⁶⁸⁴ Vgl. Müller, H. (2007), Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts, Seite 1086.

⁶⁸⁵ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122i UmwG Abfindungsangebot im Verschmelzungsplan, Rn. 2, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶⁸⁶ Vgl. Müller, H. (2007), Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts, Seite 1086.

⁶⁸⁷ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 341.

⁶⁸⁸ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 600.

⁶⁸⁹ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 600.

Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 731.

Die mit der Abwicklung des Barabfindungsangebots verbundene Übernahme der Anteile der widersprechenden Gesellschafter einer übertragenden deutschen Kapitalgesellschaft ist bei einer AG der Erwerb eigener Aktien und bei einer GmbH der Erwerb eigener Geschäftsanteile. Aus diesem Grund befindet § 122i (1) S. 2 UmwG die entsprechenden Vorschriften des AktG sowie des GmbHG für entsprechend anwendbar. Ausdrücklich ausgeschlossen sind jedoch die Regelungen des § 71 (4) S. 2 AktG und des § 33 (2) S. 3 GmbHG über die Nichtigkeit von schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäften, welche gegen § 71 AktG bzw. § 33 GmbHG verstoßen. Allerdings können die deutschen Regelungen zur Kapitalerhaltung nur bis zum Wirksamwerden der Verschmelzung Geltung beanspruchen. Die Anteilseigner, welche gem. § 122i UmwG Anspruch haben auf Erwerb ihrer Anteile gegen angemessene Barabfindung, werden mit Wirksamwerden der Verschmelzung zunächst Anteilseigner der übernehmenden oder neuen ausländischen Gesellschaft. Dieser Anspruch gem. § 122i (1) UmwG richtet sich nunmehr auf den Erwerb der Anteile an der übernehmenden oder neuen Gesellschaft durch die übernehmende oder neue Gesellschaft. Jedoch richtet sich dessen Zulässigkeit wiederum ausschließlich nach dem für diese Gesellschaft geltenden ausländischen Recht.⁶⁹⁰

Gem. § 122i (1) S. 3 UmwG sind auf das Abfindungsangebot im Verschmelzungsplan § 29 (1) S. 4 und 5 und (2) UmwG entsprechend anzuwenden. Ebenfalls Anwendung finden die Vorschriften des § 30 UmwG über den Inhalt des Anspruchs auf Barabfindung und Prüfung der Barabfindung, des § 31 UmwG über die Annahme des Angebots sowie des § 33 UmwG über die anderweitige Veräußerung von Anteilen.⁶⁹¹ Die Angemessenheit der angebotenen Barabfindung ist auch bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen gem. § 122i (1) S. 3 UmwG i.V.m. § 30 (2) UmwG durch Verschmelzungsprüfer obligatorisch zu prüfen, wenn eine Barabfindung im Verschmelzungsplan anzubieten ist. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass es bei hundertprozentigen upstream Mergers keine Minderheitsgesellschafter gibt, gegenüber denen ein Barabfindungsangebot abgegeben werden könnte,

⁶⁹⁰ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122i UmwG Abfindungsangebot im Verschmelzungsplan, Rn. 8, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁶⁹¹ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122i UmwG Abfindungsangebot im Verschmelzungsplan, Rn. 10, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

sodass korrespondierend auch keine Pflicht zur Erstellung eines Prüfungsberichtes besteht.⁶⁹² Die Annahme des Barabfindungsangebots richtet sich nach den Vorschriften des § 122i (1) S. 3 UmwG i.V.m. § 31 UmwG und hat binnen zwei Monaten nach dem Tag zu erfolgen, an dem die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers bekannt gemacht worden ist.⁶⁹³

Der Anspruch auf eine angemessene Barabfindung gem. § 29 UmwG ist im nationalen Verschmelzungsrecht verbunden mit dem Ausschluss von Anfechtungsklagen gegen den Verschmelzungsbeschluss des übertragenden Rechtsträgers wegen der Höhe, des Fehlens oder des nicht ordnungsgemäß erfolgten Barabfindungsangebotes bei gleichzeitigem Verweis auf die Korrekturmöglichkeit des Spruchverfahrens nach Maßgabe des SpruchG. Im Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung bestimmt § 122i (2) UmwG als Sondernorm die Anwendung des § 32 UmwG über den Ausschluss der Anfechtungsklage sowie des § 34 UmwG über die Anwendung des Spruchverfahrens. Festzuhalten ist, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine Parallelnorm zu § 122h UmwG handelt, sodass auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann.⁶⁹⁴

Gem. § 122i (2) S. 1 UmwG gelten die Regelungen der §§ 32, 34 UmwG für die Anteilseigner einer übertragenden Gesellschaft nur, wenn die Anteilseigner der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegen, dessen Rechtsvorschriften ein Verfahren zur Abfindung von Minderheitsgesellschaftern nicht vorsehen, im Verschmelzungsbeschluss ausdrücklich zustimmen. Sollten diese Voraussetzungen nicht erfüllt sein, so besteht die Möglichkeit, den Verschmelzungsbeschluss auch hinsichtlich der Barabfindung anzufechten.⁶⁹⁵ Allerdings ist auch hier die Konsequenz der Anfechtungsklage, dass das deutsche Registergericht daran gehindert wird, eine Verschmelzungsbescheinigung gem. § 122k (2) UmwG für die übertragende deutsche Gesellschaft auszustellen. Als

⁶⁹² Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 342-343.

⁶⁹³ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 600.

⁶⁹⁴ Vgl. Klein, S. (2007), Seiten 600-601.

⁶⁹⁵ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122i UmwG Abfindungsangebot im Verschmelzungsplan, Rn. 11, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

Parallelnorm zu § 122h (2) UmwG erstreckt § 122i (2) S. 2 UmwG die Anwendbarkeit des Spruchverfahrens auf die Anteilseigner einer übertragenden Gesellschaft, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegt. Voraussetzung dafür ist, dass einerseits nach dem Recht dieses Staates ein Verfahren zur Abfindung von Minderheitsgesellschaftern vorgesehen ist und dass andererseits deutsche Gerichte für die Durchführung eines solchen Verfahrens international zuständig sind.⁶⁹⁶

9.1.4.7 Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft

Grundlage dieser Vorschrift ist Art. 4 (2) S. 1 VRL, wonach sich der Schutz der Gläubiger grundsätzlich nach dem anzuwendenden nationalen Recht richtet und der grenzüberschreitende Charakter der Verschmelzung zu berücksichtigen ist.⁶⁹⁷ Die Regelung zum Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft ist in § 122j UmwG normiert und trägt dem speziellen Schutzbedürfnis der Gläubiger von übertragenden deutschen Gesellschaften bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung für den Fall Rechnung, dass die übernehmende bzw. neue Gesellschaft einer ausländischen Rechtsordnung unterliegt.⁶⁹⁸ Sprachlich lehnt sich diese Vorschrift an die entsprechende Regelung für innerstaatliche Verschmelzungen in § 22 UmwG an, allerdings gewährt diese Vorschrift nur einen nachgeordneten Gläubigerschutz. Demnach ist den Gläubigern der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können, Sicherheit zu leisten, sofern sie binnen sechs Monaten nach Eintragung der Verschmelzung ihren Anspruch schriftlich anmelden und glaubhaft machen, dass durch die Verschmelzung die Erfüllung dieser Forderung gefährdet wird. Handelt es sich bei der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten deutschen Gesellschaft um die übernehmende Gesellschaft (Hineinverschmelzung), so findet § 22 UmwG auf Grund der Verweisung des § 122a (2) UmwG unmittelbar Anwendung.

⁶⁹⁶ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 601.

⁶⁹⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 17.

⁶⁹⁸ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122j UmwG Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft, Rn. 1, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

Besondere Regelungen zum Zwecke des Gläubigerschutzes sind in diesem Fall nicht notwendig, da die Gläubiger auch nach Vollzug der Verschmelzung einen inländischen Rechtsträger in Anspruch nehmen können.⁶⁹⁹

Ein solcher nachgeordneter Gläubigerschutz wird den Interessen der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft nach Auffassung des Gesetzgebers in manchen Fällen möglicherweise nicht gerecht, insbesondere dann nicht, wenn die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz im Ausland hat oder einer anderen Rechtsordnung unterliegt und die Gläubiger ihre Ansprüche im Ausland geltend machen müssten. § 122j UmwG eröffnet den Gläubigern somit die Möglichkeit, ihre Interessen bereits vor Vollzug der Verschmelzung geltend zu machen.⁷⁰⁰

Wie eingangs bereits erwähnt, tritt in Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Verschmelzung die spezielle Norm des § 122j UmwG für Gläubiger übertragender deutscher Gesellschaften an die Stelle des § 22 UmwG, sofern die übernehmende oder neue Gesellschaft nicht dem deutschen Recht unterliegt. Allerdings enthält diese Vorschrift keine abschließende Regelung, sondern modifiziert lediglich den Gläubigerschutz bei bestimmten Fallkonstellationen der grenzüberschreitenden Verschmelzung.⁷⁰¹ Gem. § 122j (1) UmwG ist den Gläubigern einer übertragenden Gesellschaft Sicherheit zu leisten, sofern sie nicht Befriedigung verlangen können, wenn sie binnen zwei Monaten nach dem Tag, an dem der Verschmelzungsplan oder sein Entwurf bekannt gemacht worden ist, ihren Anspruch nach Grund und Höhe schriftlich anmelden und glaubhaft machen, dass durch die Verschmelzung die Erfüllung ihrer Forderung gefährdet wird.⁷⁰² Folglich kann ein Anspruch auf Sicherheitsleistung i.S.v. § 122j UmwG nur dann bestehen, wenn es sich um eine Hinausverschmelzung handelt, der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Rechtsträger also nicht dem deutschen Recht unterliegt. Der Anwendungsbereich des § 122j (1) UmwG

⁶⁹⁹ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 601.

⁷⁰⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 17.

Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 492.

⁷⁰¹ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 359.

⁷⁰² Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 17.

Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 732.

wäre also nicht eröffnet, wenn eine Verschmelzung durch Neugründung beabsichtigt ist, bei der zwar ein dem deutschen Recht unterliegender Rechtsträger als übertragende Gesellschaft beteiligt ist, der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende neue Rechtsträger jedoch auch dem deutschen Recht unterliegt.⁷⁰³

Allerdings kann die Sicherheitsleistung gem. § 122j (2) UmwG nur für Forderungen verlangt werden, die vor oder bis zu 15 Tagen nach Bekanntmachung des Verschmelzungsplans durch das Registergericht entstanden sind.⁷⁰⁴ Diese Übergangsfrist wurde laut Gesetzesbegründung in Anlehnung an § 15 HGB gewählt.⁷⁰⁵ Der Grund für die Begrenzung der zur Sicherheit berechtigten Forderungen resultiert aus der Vorverlagerung des Gläubigerschutzes, da für den Fall, dass sich der Anspruch gegen den deutschen übertragenden Rechtsträger richten soll, nur die Forderungen in Betracht kommen können, welche vor Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Verschmelzung entstanden sind. Sachgerecht ist auch das Abstellen auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung des Verschmelzungsplans, da die Gläubiger normalerweise bis zu diesem Zeitpunkt keine Kenntnis von der bevorstehenden Verschmelzung haben und somit schutzbedürftig sind.⁷⁰⁶ Weitere Tatbestandsvoraussetzungen sind, dass die Gläubiger zum einen aus ihren Forderungen noch keine Erfüllung verlangen können, die Forderungen folglich zum Zeitpunkt der Bekanntmachung noch nicht fällig sind, und zum anderen müssen sie glaubhaft machen, dass die Erfüllung ihrer Forderungen durch die grenzüberschreitende Verschmelzung gefährdet ist. Die entsprechenden Kriterien für eine solche Gefährdung hat der deutsche Gesetzgeber bewusst nicht konkretisiert, dieser unbestimmte Rechtsbegriff soll durch Rechtsprechung definiert und ausgelegt werden.⁷⁰⁷ Allerdings besteht hier die Gefahr einer gewissen Rechtsunsicherheit.

⁷⁰³ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 359.

⁷⁰⁴ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 602.

⁷⁰⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 17.

⁷⁰⁶ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 361.

⁷⁰⁷ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 361-362.

Für die Annahme einer Gefährdung gelten dieselben Voraussetzungen wie bei § 22 UmwG, sodass der Gläubiger auch bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen eine konkrete Gefährdung nachzuweisen hat. Eine konkrete Gefährdung könnte sich z.B. aus der Verlagerung von Vermögensmassen ins Ausland oder infolge eines Rechtsformwechsels ergeben. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der durch die grenzüberschreitende Verschmelzung verursachte Wechsel der Schuldnerschaft noch keinen Gefährdungsgrund begründet.⁷⁰⁸

Der Anspruch auf die Gewährung von Sicherheit i.S.v. § 122j UmwG richtet sich gegen die übertragende deutsche Gesellschaft. Im Gegensatz dazu steht § 22 UmwG, welcher einen entsprechenden Anspruch erst nach Wirksamwerden der Verschmelzung gegen den übernehmenden Rechtsträger vorsieht.⁷⁰⁹

Der materielle Schutz der Gläubiger einer übertragenden deutschen Gesellschaft wird ergänzt durch Verpflichtungen im Eintragungsverfahren, da die Vertretungsorgane gem. § 122k (1) S. 3 UmwG bei der Anmeldung der Verschmelzung zum Handelsregister der übertragenden deutschen Gesellschaft zu versichern haben, dass Sicherheit gem. § 122j UmwG geleistet wurde. Hierdurch soll gewährleistet werden, dass die Sicherheitsleistung durch den deutschen übertragenden Rechtsträger vor Wirksamwerden der Verschmelzung erfolgt. Eine solche Versicherung ist Voraussetzung für die Ausstellung der Verschmelzungsbescheinigung gem. § 122k (2) UmwG, ohne die die grenzüberschreitende Verschmelzung im Register der übernehmenden Gesellschaft nicht eingetragen werden darf. Außerdem werden falsche Angaben durch die Vertretungsorgane der deutschen Gesellschaft strafrechtlich sanktioniert (§ 314a UmwG).⁷¹⁰

⁷⁰⁸ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 363-365.

⁷⁰⁹ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122j UmwG Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft, Rn. 11, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁷¹⁰ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 602.

9.1.4.8 Rechtmäßigkeitskontrolle

Nach den Vorgaben der Art. 10 und 11 VRL erfolgt vor Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung eine zweistufige Rechtmäßigkeitsprüfung. Auf der ersten Stufe wird gem. Art. 10 (1) VRL zunächst die Rechtmäßigkeit der Verfahrensschritte, welche die übertragenden Gesellschaften zu beachten haben, überprüft. Bei positivem Ergebnis dieser Prüfung ist gem. Art. 10 (2) VRL unverzüglich eine Bescheinigung auszustellen, aus der zweifelsfrei hervorgeht, dass die der Verschmelzung vorangehenden Rechts-handlungen und Formalitäten ordnungsgemäß vollzogen wurden. Die Kontrolle hat für jede der beteiligten Gesellschaften gesondert zu erfolgen. Für die Prüfung der Rechtmäßigkeit sowie die Ausstellung der Bescheinigung sind Gerichte oder Behörden des Sitzstaates der jeweiligen übertragenden Gesellschaft zuständig. Nach Vorlage dieser Vorabbescheinigungen sowie des von den Anteilseignern genehmigten Verschmelzungsplans überprüft in der zweiten Stufe eine nach dem Recht des Sitzstaates der aufnehmenden oder neuen Gesellschaft zuständige Stelle nach den Vorgaben des Art. 11 VRL die ordnungsgemäße Durchführung der Verschmelzung und ggf. die Neugründung der übernehmenden Gesellschaft.⁷¹¹

Diese europarechtlichen Vorgaben erfahren ihre Umsetzung in § 122k UmwG betreffend die Verschmelzungsbescheinigung sowie in § 122l UmwG betreffend die Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung. Zu beachten ist, dass aus Sicht des deutschen Rechts hier zwei Konstellationen zu unterscheiden sind.⁷¹² Handelt es sich bei dem übertragenden Rechtsträger um eine deutsche Gesellschaft (Hinausverschmelzung), so ist für diese Gesellschaft eine Bescheinigung über die Rechtmäßigkeit des Verfahrens auszustellen. Geregelt ist dies in § 122k UmwG. Sollte allerdings die übernehmende bzw. neue Gesellschaft dem deutschen Recht unterliegen (Hineinverschmelzung), so erstreckt sich die Prüfung des Registergerichts vor Eintragung der Verschmelzung auf die Rechtmäßigkeit der Durchführung der

⁷¹¹ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 729.

Vgl. Klein, S. (2007), Seite 603.

⁷¹² Vgl. Klein, S. (2007), Seite 603.

Verschmelzung sowie ggf. der Gründung der Gesellschaft. Insofern finden die Vorschriften des § 122l UmwG Anwendung.⁷¹³

Gem. § 122k (1) S. 1 UmwG hat das Vertretungsorgan der deutschen übertragenden Gesellschaft das Vorliegen der sie betreffenden Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung zur Eintragung bei dem Register am Sitz der Gesellschaft anzumelden. Zu beachten ist, dass § 122k (1) S. 2 UmwG die Anwendung des § 16 (1) UmwG ausschließt. Dies hat zur Folge, dass, anders als für innerstaatliche Verschmelzungen, keine Anmeldeöglichkeit durch das Vertretungsorgan des übernehmenden Rechtsträgers besteht, sodass die Anmeldung stets durch die Vertretungsorgane der übertragenden deutschen Gesellschaft zu erfolgen hat.⁷¹⁴ Gem. § 12 HGB ist die Handelsregisteranmeldung der übertragenden deutschen Gesellschaft elektronisch in öffentlich beglaubigter Form einzureichen. Dieser Anmeldung sind gem. § 122k (1) S. 2 UmwG i.V.m. § 17 UmwG die dort genannten Unterlagen beizufügen. Ferner muss gem. § 122k (1) S. 2 UmwG i.V.m. § 16 (2) UmwG eine Negativerklärung durch das Vertretungsorgan abgegeben werden.⁷¹⁵ Nach der Gesetzesbegründung sind hiervon allerdings nur die Unterlagen und Erklärungen erfasst, die die übertragende deutsche Gesellschaft betreffen. Die ausländischen Gesellschaften müssen gem. Art. 10 VRL in ihrem jeweiligen Sitzstaat eine entsprechende Rechtmäßigkeitskontrolle durchführen lassen und dort die entsprechenden Erklärungen abgeben und Nachweise erbringen. Anders als bei einer innerstaatlichen Verschmelzung ist auch die Negativerklärung gem. § 16 (2) UmwG lediglich im Hinblick auf den Verschmelzungsbeschluss der übertragenden deutschen Gesellschaft abzugeben.⁷¹⁶ Sollte eine Negativbescheinigung auf Grund einer anhängigen Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss nicht abgegeben werden können, so steht wie bei der innerstaatlichen Verschmelzung das Freigabeverfahren gem. § 16 (3) UmwG offen.⁷¹⁷

⁷¹³ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 729.

⁷¹⁴ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 603.

⁷¹⁵ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122k UmwG Verschmelzungsbescheinigung, Rn. 9, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁷¹⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 17.

⁷¹⁷ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122k UmwG Verschmelzungsbescheinigung, Rn. 9, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

Einzureichen sind gem. § 122k (1) S. 2 UmwG i.V.m. § 17 (1) UmwG folgende Unterlagen:

- Verschmelzungsplan,
- Niederschrift des Verschmelzungsbeschlusses der übertragenden deutschen Gesellschaft,
- ggf. erforderliche Zustimmungserklärungen einzelner Anteilseigner der übertragenden deutschen Gesellschaft, auch der bei Beschlussfassung nicht erschienenen,
- Verschmelzungsbericht der übertragenden deutschen Gesellschaft,
- Verschmelzungsprüfungsbericht der übertragenden deutschen Gesellschaft oder notariell beurkundete Verzichtserklärung aller Anteilseigner aller an der Verschmelzung beteiligter Rechtsträger,
- ggf. Nachweis über die rechtzeitige Zuleitung des Verschmelzungsplans bzw. seines Entwurfs an den Betriebsrat der übertragenden deutschen Gesellschaft,
- ggf. Urkunden über die Erteilung staatlicher Genehmigungen, die die übertragende deutsche Gesellschaft benötigt,
- Nachweis der ordnungsgemäßen Bekanntmachung gem. § 122a (2) UmwG i.V.m. § 62 (3) S. 4 UmwG, wenn die übertragende Gesellschaft eine AG, KGaA oder SE mit Sitz in Deutschland ist,
- Schlussbilanz der übertragenden deutschen Gesellschaft, die auf einen höchstens acht Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag erstellt worden sein darf.⁷¹⁸

Die Einschränkung der erforderlichen Unterlagen auf die der übertragenden deutschen Gesellschaft ist aus Sicht der Praxis von Bedeutung, da hierdurch umfangreiche Übersetzungsarbeiten für ausländische Dokumente eingespart werden können, was ansonsten mit erheblichen Kosten verbunden wäre.⁷¹⁹

Sollte der Beschluss über die Zustimmung zum Verschmelzungsplan gem. § 122g (1) UmwG unter dem Vorbehalt der Bestätigung des anzuwendenden

⁷¹⁸ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122k UmwG Verschmelzungsbescheinigung, Rn. 10, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁷¹⁹ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 604.

Mitbestimmungsregimes erfolgt sein, ist auch eine Niederschrift des Bestätigungsbeschlusses einzureichen, da ansonsten das Registergericht nicht erkennen kann, dass die Bestätigung erfolgt und die Zustimmung zum Verschmelzungsplan nunmehr vorbehaltlos ist. Ferner haben die Mitglieder des Vertretungsorgans gem. § 122k (1) S. 3 UmwG eine Versicherung darüber abzugeben, dass allen Gläubigern der übertragenden Gesellschaft, die einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gem. § 122j UmwG haben, eine angemessene Sicherheit geleistet wurde. Gem. § 122k (2) S. 4 UmwG darf die Verschmelzungsbescheinigung nach § 122k (2) S. 1 UmwG nur dann ausgestellt werden, wenn eine solche Versicherung vorliegt. Die Abgabe einer falschen Versicherung durch ein Mitglied des Vertretungsorgans kann gem. § 314a UmwG einen Straftatbestand erfüllen und mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren geahndet werden.⁷²⁰

Die Prüfung der Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verschmelzung durch das zuständige Registergericht am Sitz der übertragenden deutschen Gesellschaft erfolgt im Anschluss an die Handelsregisteranmeldung. Diese Prüfung gem. § 122k (2) S. 1 UmwG erstreckt sich auf die ordnungsgemäße Durchführung der Verfahrensschritte durch die übertragende deutsche Gesellschaft.⁷²¹ Überprüft wird in diesem Zusammenhang insbesondere, ob der Rechtsträger einen die Mindestangaben des § 122c (2) UmwG enthaltenden, gemeinsamen Verschmelzungsplan aufgestellt hat sowie die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses.⁷²² Im Falle einer positiven Prüfung hat das Registergericht unverzüglich eine Bescheinigung (Verschmelzungsbescheinigung) auszustellen.⁷²³ Gem. § 122k (2) S. 2 UmwG gilt die Nachricht über die Eintragung der Verschmelzung im Register als Verschmelzungsbescheinigung.⁷²⁴ Eine gesonderte Bescheinigung ist nicht vorgesehen.⁷²⁵

⁷²⁰ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 377.

⁷²¹ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 604.

⁷²² Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 380.

⁷²³ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 604.

⁷²⁴ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122k UmwG Verschmelzungsbescheinigung, Rn. 17, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁷²⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 17.

Unklar ist, ob eine solche Verschmelzungsbescheinigung ausreichend ist, da nach den Vorgaben des Art. 10 (2) VRL die dort genannte Vorabbescheinigung „zweifelsfrei“ zum Ausdruck bringen muss, dass die vom Gericht zu prüfenden Verfahrensschritte hinsichtlich der übertragenden deutschen Gesellschaft rechtmäßig vollzogen wurden.⁷²⁶ Sinn und Zweck der Verschmelzungsbescheinigung ist es, dass die auf zweiter Stufe prüfende Stelle nicht die Rechtmäßigkeit der Verschmelzung nach den Vorschriften eines fremden Gesellschaftsstatuts prüfen muss. Vielmehr ersetzt die Verschmelzungsbescheinigung die eigene Prüfung dieser Verfahrensschritte. Die bloße Nachricht über die Eintragung der Verschmelzung wird diesen Anforderungen nicht gerecht, da die prüfende Stelle im Mitgliedstaat des aus der Verschmelzung hervorgehenden Rechtsträgers anhand der bloßen Eintragungsmitteilung nicht erkennen kann, ob das Ergebnis der ersten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle positiv ist. Im Hinblick auf die vorangegangenen Ausführungen erscheint die Streichung des § 122k (2) S. 2 UmwG sinnvoll.⁷²⁷

Darüber hinaus ist die Eintragung gem. § 122k (2) S. 3 UmwG mit dem Vermerk zu versehen, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung unter den Voraussetzungen des Rechts des Staates, dem die übernehmende oder neue Gesellschaft unterliegt, wirksam wird. Im Gegensatz zu § 19 (1) S. 2 UmwG wird hier nicht auf die Eintragung am Sitz der übernehmenden oder neuen Gesellschaft abgestellt. Hierdurch soll dem Fall Rechnung getragen werden, dass der Staat, dessen Recht die übernehmende oder neue Gesellschaft unterliegt, das Wirksamwerden der Verschmelzung unter Umständen von anderen Voraussetzungen als der Eintragung in einem Register abhängig macht.⁷²⁸ Sollte ein Spruchverfahren anhängig sein, so ist dies gem. § 122k (2) S. 5 UmwG in der Verschmelzungsbescheinigung anzugeben.⁷²⁹

Gem. § 122k (3) UmwG hat das Vertretungsorgan der übertragenden Gesellschaft die Verschmelzungsbescheinigung innerhalb von sechs Monaten nach

⁷²⁶ Vgl. Haritz, D. / von Wolff, B. (2006), Seite 344.

⁷²⁷ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 381.

⁷²⁸ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 730.

⁷²⁹ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122k UmwG Verschmelzungsbescheinigung, Rn. 19, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

ihrer Ausstellung zusammen mit dem Verschmelzungsplan der für die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle zuständigen Stelle des Staates vorzulegen, dessen Recht die übernehmende oder neue Gesellschaft unterliegt.⁷³⁰ Nach der Gesetzesbegründung soll diese Regelung sicherstellen, dass die Verschmelzungsbescheinigung sowie der Verschmelzungsplan innerhalb der von Art. 11 (2) VRL vorgeschriebenen Frist an die für die Eintragung der übernehmenden oder neuen Gesellschaft zuständige Stelle weitergeleitet werden.⁷³¹ Vorzulegen ist folglich die Eintragungsnachricht gem. § 122k (2) S. 2 UmwG. Allerdings kann die Einreichung einer solchen Nachricht als Verschmelzungsbescheinigung zu Problemen führen, wenn die zuständige ausländische Stelle die Eintragungsnachricht als unzureichend erachtet, da diese nicht die ausdrückliche Erklärung enthält, dass die notwendigen Verfahrensschritte ordnungsgemäß durchgeführt wurden. Aus diesem Grund kann ggf. eine gesonderte Bescheinigung über die ordnungsgemäße Durchführung der Verfahrensschritte erforderlich sein.⁷³²

Die Verschmelzungsbescheinigung besitzt ausschließlich Bedeutung für die Verfahrensschritte, welche die übertragende deutsche Gesellschaft betreffen. Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Verfahrensschritte, welche die aufnehmende Gesellschaft betreffen, obliegt der zuständigen Stelle im anderen Mitgliedstaat. Diese hat hierüber ebenfalls eine Vorabbescheinigung gem. Art. 10 (2) VRL auszustellen. Nach Vorlage sämtlicher Verschmelzungsbescheinigungen sowie des gemeinsamen Verschmelzungsplans erfolgt die oben bereits erwähnte zweite Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle nach Art. 11 VRL. Diese Zweite Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle sowie die Anmeldung durch den übertragenden Rechtsträger und die Eintragung oder sonstige Verlautbarung der Rechtmäßigkeit und des Vollzugs der Verschmelzung im Sitzstaat der aufnehmenden oder neuen Gesellschaft richten sich grundsätzlich nach dem dort geltenden ausländischen Recht.⁷³³

⁷³⁰ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 730.

⁷³¹ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 18.

⁷³² Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122k UmwG Verschmelzungsbescheinigung, Rn. 20, 22, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁷³³ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 605.

Nach den Vorschriften des § 122k (4) S. 1 UmwG hat das Registergericht einer übertragenden deutschen Gesellschaft den Tag des Wirksamwerdens der Verschmelzung einzutragen, nachdem es eine Mitteilung über die Wirksamkeit der Verschmelzung der Behörde erhalten hat, in dessen Register die übernehmende oder neue Gesellschaft eingetragen ist. Diese Regelung entspricht § 19 (2) S. 2 UmwG. Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung bestimmt sich nach dem Recht, welchem die übernehmende oder neue Gesellschaft unterliegt. Bei Anwendung des deutschen Rechts wird die Verschmelzung gem. § 122a (2) UmwG i.V.m. § 20 (1) UmwG folglich mit Eintragung im Register der übernehmenden oder neuen Gesellschaft wirksam. Begründet liegt diese Verpflichtung zur Mitteilung der Wirksamkeit der Verschmelzung in Art. 13 S. 2 VRL. Der Grund dafür ist, dass durch diese Mitteilung dem Register der übertragenden Gesellschaft die Prüfung des Wirksamkeitszeitpunktes nach Maßgabe einer ausländischen Rechtsordnung erspart wird. Ferner hat das Registergericht gem. § 122k (4) UmwG die bei ihm aufbewahrten elektronischen Dokumente betreffend die übertragende Gesellschaft an das Register der übernehmenden oder neuen Gesellschaft zu übermitteln.⁷³⁴

Das Registerverfahren für deutsche Gesellschaften, die sich als übernehmende Gesellschaften an der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch Aufnahme beteiligen oder als neue Gesellschaft aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung durch Neugründung hervorgehen, ist in § 122l UmwG geregelt. Diese Vorschrift ersetzt für die grenzüberschreitende Verschmelzung die Regelung über die Eintragung gem. § 19 (1) und (2) UmwG.⁷³⁵ Festzuhalten ist zunächst jedoch, dass sich im Falle einer solchen Hineinverschmelzung die erste Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle einschließlich der Anmeldung der Verschmelzung bei der zuständigen Behörde durch das zuständige Vertretungsorgan des jeweiligen übertragenden Rechtsträgers sowie der Prüfung und Eintragung oder sonstigen Verlautbarung der Rechtmäßigkeit des Verschmelzungsverfahrens hinsichtlich der übertragenden Gesellschaften gem. Art. 10 (1) VRL ausschließlich nach dem Gesellschaftsstatut des jeweiligen

⁷³⁴ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122k UmwG Verschmelzungsbescheinigung, Rn. 23, 24, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁷³⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 18.

übertragenden Rechtsträgers richtet. Im Anschluss an eine positive Überprüfung hat die für den jeweiligen übertragenden Rechtsträger zuständige Behörde gem. Art. 10 (2) VRL unverzüglich eine Vorabbescheinigung auszustellen.⁷³⁶

Nach den Vorschriften des § 122I (1) S. 1 UmwG hat das zuständige Vertretungsorgan der aufnehmenden oder neu zu gründenden deutschen Gesellschaft die Verschmelzung in öffentlich beglaubigter Form zur Eintragung in das Register des Sitzes der Gesellschaft anzumelden. Dies ist im Falle einer Verschmelzung durch Aufnahme das Vertretungsorgan der aufnehmenden Gesellschaft, im Falle einer Verschmelzung durch Neugründung sind, in Anlehnung an § 38 (2) UmwG, die Vertretungsorgane der übertragenden Gesellschaften für die Anmeldung zuständig.⁷³⁷ Der Anmeldung sind gem. § 122I (1) S. 2 und S. 3 UmwG die Verschmelzungsbescheinigungen aller übertragenden Gesellschaften, die nicht älter als sechs Monate sein dürfen, der gemeinsame Verschmelzungsplan sowie eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer, sofern eine solche abgeschlossen wurde, beizufügen. Hierdurch werden die Vorgaben des Art. 11 (2) VRL in deutsches Recht umgesetzt.⁷³⁸

Gem. § 122I (1) S. 3 2. Halbsatz UmwG finden die Vorschriften der §§ 16 (2) und (3), 17 UmwG auf die übertragenden Gesellschaften keine Anwendung. Der Grund hierfür ist, dass die dort geregelten Nachweise für deutsche übertragende Gesellschaften bereits für die Verschmelzungsbescheinigung zu erbringen sind. Ferner sind auch für eine übertragende ausländische Gesellschaft die sie betreffenden Voraussetzungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung bereits in der Verschmelzungsbescheinigung dokumentiert.⁷³⁹

Das Registergericht hat gem. § 122I (2) UmwG anhand der eingereichten Unterlagen die Voraussetzungen der Eintragung zu prüfen. Gegenstand dieser Prüfung ist, neben den Eintragungsvoraussetzungen nach deutschem Recht,

⁷³⁶ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 606.

⁷³⁷ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 730.

⁷³⁸ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 606.

⁷³⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/2919 vom 12.10.2006, Seite 18.

insbesondere, ob die Anteilseigner aller an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Rechtsträger einem gemeinsamen, gleich lautenden Verschmelzungsplan zugestimmt haben und ob ggf. eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer geschlossen worden ist.⁷⁴⁰ Die Verfahrensschritte, welche bereits Gegenstand der Prüfung zur Erteilung der Verschmelzungsbescheinigung der beteiligten Gesellschaften waren, sind vom Registergericht des übernehmenden bzw. neuen Rechtsträgers hingegen nicht zu prüfen.⁷⁴¹ Festzuhalten ist noch, dass diese Aufzählung der Prüfungsgegenstände in § 122I (2) UmwG nicht abschließend ist, dies ist aus der Wahl der Formulierung „insbesondere“ ersichtlich.⁷⁴² Darüber hinaus sind bei einer Verschmelzung durch Neugründung auch die Gründungsvoraussetzungen der jeweiligen Rechtsform zu überprüfen.⁷⁴³

Die Überprüfung durch das Registergericht, ob die Anteilseigner aller an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Rechtsträger einem gemeinsamen, gleich lautenden Verschmelzungsplan zugestimmt haben, bezieht nicht die Prüfung dahingehend mit ein, ob die Anteilseigner der übertragenden Gesellschaften einen ordnungsgemäßen Verschmelzungsbeschluss gefasst haben. Dies ist bereits durch die vorgelegten Verschmelzungsbescheinigungen dokumentiert worden. In diesem Prüfungsschritt ist lediglich die Frage zu klären, ob der Verschmelzungsplan, welchem die jeweiligen Anteilseigner zugestimmt haben, gleichlautend ist.⁷⁴⁴

Die Formulierung betreffend die Vereinbarung der Arbeitnehmermitbestimmung ist annähernd wörtlich von Art. 11 (1) S. 2 VRL übernommen worden. Diese Formulierung darf nicht dahingehend verstanden werden, dass es im Belieben des Gerichts steht zu prüfen, ob eine Vereinbarung über die Beteiligung der

⁷⁴⁰ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 730.

Vgl. Neye, H. / Timm, B. (2006), Seite 493.

⁷⁴¹ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122I UmwG Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Rn. 10, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

⁷⁴² Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122I UmwG Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Rn. 11, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.
Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 387.

⁷⁴³ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 607.

⁷⁴⁴ Vgl. Drinhaus, F. (o.J.), § 122I UmwG Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Rn. 11, in: Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007): UmwG.

Arbeitnehmer geschlossen wurde, sondern ist vielmehr dahingehend auszulegen, dass das Registergericht nur dann den Schluss einer solchen Vereinbarung zu prüfen hat, wenn ein Verfahren zur Mitbestimmung des aus der Verschmelzung hervorgehenden Rechtsträgers durchgeführt werden musste. Auch die Vorschrift des § 122l (2) UmwG ist nicht dahingehend auszulegen, dass das Gericht die Verschmelzung nur dann eintragen darf, wenn eine Vereinbarung zwischen dem BVG und den Leitungen der Rechtsträger ausgehandelt wurde. Zweck dieser Vorschrift ist es sicherzustellen, dass eine Eintragung der Verschmelzung erst vorgenommen wird, wenn das Verfahren zur Festlegung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in einer durch Art. 16 (3) VRL vorgegebenen Weise beendet wurde. Unter anderem kann dies auch durch den Beschluss des BVG geschehen, die Auffangregelung anzuwenden.⁷⁴⁵

Nach positivem Abschluss der Prüfung trägt das deutsche für die übernehmende oder neu gegründete Gesellschaft zuständige Registergericht die Verschmelzung in das Handelsregister ein. Als korrespondierende Regelung zu § 122k (4) UmwG verpflichtet § 122l (3) UmwG das Registergericht, jedem Register, bei dem eine der übertragenden Gesellschaften Unterlagen zu hinterlegen hatte, den Tag der Eintragung der Verschmelzung von Amts wegen mitzuteilen. Gem. Art. 13 (2) S. 2 VRL darf die Löschung des oder der übertragenden Rechtsträger erst nach Erhalt dieser Mitteilung über das Wirksamwerden der Verschmelzung erfolgen.⁷⁴⁶

9.1.4.9 Wirkung der Verschmelzung und Rechtsfolgen

Nach den Vorgaben des Art. 12 VRL richtet sich der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der grenzüberschreitenden Verschmelzung nach dem Recht des Staates, dem die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft

⁷⁴⁵ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 383-384.

⁷⁴⁶ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 607.

unterliegt. Allerdings kann die Verschmelzung erst nach Abschluss der zweistufigen Rechtmäßigkeitskontrolle wirksam werden.⁷⁴⁷ Der deutsche Gesetzgeber hat im Abschnitt zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften keine speziellen Regelungen zum Wirksamwerden der Verschmelzung getroffen, sodass auf Grund der Verweisung des § 122a (2) UmwG die Vorschriften für innerstaatliche Verschmelzungen anzuwenden sind. Zu beachten ist, dass das deutsche Recht hinsichtlich des Zeitpunkts des Wirksamwerdens einer grenzüberschreitenden Verschmelzung jedoch nur im Falle einer Hereinverschmelzung zu berücksichtigen ist. Bei einer Hinausverschmelzung bestimmt sich dieser Zeitpunkt gem. Art. 12 VRL nach dem Recht des Mitgliedstaates, dem der aus der Verschmelzung hervorgehende Rechtsträger unterliegt.⁷⁴⁸ Sollte die aufnehmende oder neue Gesellschaft ihren Sitz im Ausland haben, so entscheidet deren Gesellschaftsstatut über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung und den insofern erforderlichen Rechtsakt.⁷⁴⁹

Gem. § 122a (2) UmwG i.V.m. § 20 (1) UmwG und § 36 UmwG wird im Falle einer Hereinverschmelzung auf eine deutsche aufnehmende oder neue Gesellschaft die Verschmelzung mit Eintragung in deren Register wirksam. Auf Grund der Anwendung der Vorschriften zur innerstaatlichen Verschmelzung wird ebenfalls sichergestellt, dass die Rechtmäßigkeitskontrolle vor Wirksamwerden der Verschmelzung bereits abgeschlossen ist.⁷⁵⁰ Da die für die nationale Verschmelzung geltenden Vorschriften den europarechtlichen Vorgaben entsprechen, waren zumindest in dieser Hinsicht keinerlei Sonderregelungen erforderlich. Gem. § 122a (2) UmwG i.V.m. § 324 UmwG, § 613a BGB erfolgt auch der Übergang der bestehenden Rechte und Pflichten aus den Arbeits- und Beschäftigungsverhältnissen zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung. Hinsichtlich des Bestandschutzes bedarf es im Abschnitt betreffend die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften ebenfalls keiner Sonderregelung. § 20 (2) UmwG besagt für innerstaatliche Verschmelzungen, dass Mängel des Verschmelzungs-

⁷⁴⁷ Vgl. Haritz, D. / von Wolf, B. (2006), Seite 344.

⁷⁴⁸ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 391.

⁷⁴⁹ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 607.

⁷⁵⁰ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 391.

verfahrens die einmal wirksam gewordene Verschmelzung unberührt lassen. Gem. § 122a (2) UmwG ist auch diese Vorschrift auf grenzüberschreitende Verschmelzungen anzuwenden.⁷⁵¹

Die Rechtsfolgen der grenzüberschreitenden Verschmelzung sind in Art. 14 VRL geregelt. Zwar wird in dieser Vorschrift zwischen den in Art. 2 Nr. 2 VRL aufgeführten Formen der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Verschmelzung durch Aufnahme, Verschmelzung durch Neugründung, Konzernverschmelzung) unterschieden, jedoch sind für alle Formen der Verschmelzung die Wirkungen gleich. Demnach bewirkt die Verschmelzung eine Universalsukzession, d.h., das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers geht infolge der Verschmelzung auf den aus der Verschmelzung hervorgehenden Rechtsträger über. Ferner werden die Anteilseigner der übertragenden Gesellschaft Anteilseigner des aus der Verschmelzung hervorgehenden Rechtsträgers. Schließlich bewirkt die Verschmelzung das Erlöschen der übertragenden Rechtsträger infolge der Verschmelzung, ohne dass ein Liquidationsverfahren durchgeführt werden muss. Da diese Wirkungen denen bei innerstaatlichen Verschmelzungen entsprechen, musste der deutsche Gesetzgeber hinsichtlich der grenzüberschreitenden Verschmelzung keine Sonderregelungen erlassen.⁷⁵² Daher finden im Falle einer Hereinverschmelzung auf eine aufnehmende oder neu gegründete deutsche Gesellschaft die Rechtsfolgen in § 20 (1) UmwG auf Grund des Verweises durch § 122a (2) UmwG Anwendung.⁷⁵³

⁷⁵¹ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 730.

Vgl. Klein, S. (2007), Seite 607.

⁷⁵² Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 392.

⁷⁵³ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 608.

9.1.5 Zusammenfassung und Bewertung

Zunächst ist festzuhalten, dass die Umsetzung der Vorschriften der Verschmelzungsrichtlinie in das nationale Recht durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes recht gut gelungen ist. Als besonders positiv hervorzuheben ist die Grundkonzeption, hauptsächlich auf das bereits bekannte innerstaatliche Verschmelzungsrecht zu verweisen und die Besonderheiten eigens zu regeln, welche durch den grenzüberschreitenden Charakter des zu regelnden Sachverhalts bedingt sind. Dies bedeutet für die beteiligten Unternehmen, Rechtsanwälte, Notare und Registergerichte, dass sie es im Kern mit den von inländischen Verschmelzungsvorgängen bekannten Normen zu tun haben werden, was die Rechtsanwendung nicht unerheblich erleichtern dürfte.⁷⁵⁴ Als positiv anzusehen ist ferner die zügige Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in deutsches Recht, was wiederum einer gewissen Rechtssicherheit die grenzüberschreitende Verschmelzung betreffend dient.

Festzuhalten ist auch, dass sich der Gesetzgeber bei der Konzeption der ergänzenden Sondervorschriften eng an den Vorgaben der Verschmelzungsrichtlinie orientiert. Auch die Spielräume zu Gunsten von Minderheitsgesellschaftern sowie Gläubigern werden sachgerecht ausgenutzt und somit ein wertungswidersprüchliches Unterschreiten des bei innerstaatlichen Verschmelzungen anerkannten Schutzniveaus verhindert.⁷⁵⁵

Allerdings bleiben bei der Auslegung verschiedener Vorschriften auf Grund des Verweises durch § 122a (2) UmwG trotzdem noch Unklarheiten. So ist z.B. nicht abschließend geklärt, ob der gemeinsame Verschmelzungsplan an den Betriebsrat weiterzuleiten ist, was gem. § 5 (3) UmwG für den Verschmelzungsvertrag bei innerstaatlichen Verschmelzungen zu geschehen hat. Weitere Unklarheiten bestehen hinsichtlich der Möglichkeit einer gemeinsamen Erstellung des Verschmelzungsberichts sowie in Bezug auf die Möglichkeit eines Verzichts auf die Erstellung eines solchen.

⁷⁵⁴ Vgl. Müller, H. (2007), Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts, Seite 1088.

⁷⁵⁵ Vgl. Müller, H. (2007), Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts, Seite 1088.

Hinsichtlich des Gläubigerschutzes gem. § 122j UmwG stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit. Unklar ist insbesondere, ob die Verschmelzungsrichtlinie den Erlass von Sonderregelungen zum Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen zulässt. Die Gesetzesbegründung stützt den Erlass des § 122j UmwG auf Art. 4 (2) S. 1 VRL i.V.m. Art 4 (1) b) VRL, wonach unter Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Charakters der Verschmelzung die Vorschriften bzgl. des Gläubigerschutzes Anwendung finden sollen, die auch bei innerstaatlichen Verschmelzungen gelten. Jedoch lässt sich aus dieser Bestimmung nicht explizit entnehmen, dass der Gesetzgeber zur Schaffung abweichender Regelungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen berechtigt ist, wie es beim Schutz von Minderheitsgesellschaftern gem. Art. 4 (2) S. 2 VRL der Fall ist.⁷⁵⁶

Abschließend ist festzuhalten, dass die neuen Regelungen deutschen Kapitalgesellschaften eine geeignete gesetzliche Grundlage für grenzüberschreitende Verschmelzungsvorhaben im gemeinsamen Binnenmarkt bieten.

9.2 Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung

9.2.1 Zielsetzung und Regelungskonzept

Das zweite Gesetz zur Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in das nationale Recht ist das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG). Nach § 1 (1) MgVG ist es Ziel dieses Gesetzes, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft zu regeln und ferner die in den an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften erworbenen Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer zu sichern. Somit gilt, ähnlich der

⁷⁵⁶ Vgl. Drinhaus, F. / Keinath, A. (2006), Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG, Seite 732.

Unternehmensmitbestimmung in der SE, das Vorher-Nachher-Prinzip.⁷⁵⁷
Kernziel des MgVG ist gem. § 1 (2) MgVG die Ausgestaltung des Mitbestimmungsverfahrens bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen mittels einer Verhandlungs- bzw. einer Auffanglösung.⁷⁵⁸

Die Begriffsbestimmungen sind in § 2 MgVG geregelt und orientieren sich an den Regelungen des SEBG. Nach § 2 (1) MgVG richtet sich der Begriff des Arbeitnehmers grundsätzlich nach den Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten des jeweiligen Mitgliedstaates und umfasst für inländische Unternehmen bzw. Betriebe Arbeiter, Angestellte, Auszubildende und leitende Angestellte. Nach § 2 (2) MgVG sind beteiligte Gesellschaften die an der Verschmelzung beteiligten Kapitalgesellschaften. Tochtergesellschaften sind nach § 2 (3) MgVG rechtlich selbständige Unternehmen, auf die eine andere Gesellschaft einen beherrschenden Einfluss i.S.d. Art. 3 (2)-(4) der Richtlinie 94/45/EG⁷⁵⁹ ausüben kann. Betroffene Tochtergesellschaften bzw. betroffene Betriebe sind gem. § 2 (4) MgVG solche, die zu Tochtergesellschaften oder Betrieben der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft werden sollen. Gem. § 2 (5) MgVG ist die Leitung das Organ der an der Verschmelzung beteiligten oder aus dieser hervorgehenden Gesellschaft, welches die Geschäfte der Gesellschaft führt und zu deren Vertretung es berechtigt ist. Als Arbeitnehmervertretung wird gem. § 2 (6) MgVG jede Vertretung der Arbeitnehmer nach dem Betriebsverfassungsgesetz bezeichnet. Die Mitbestimmung nach § 2 (7) MgVG ist schließlich die Einflussnahme der Arbeitnehmer auf die Angelegenheiten der Gesellschaft durch die Wahrnehmung des Rechts zur Wahl bzw. Bestellung eines Teils der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft oder durch die Wahrnehmung des Rechts zur Empfehlung oder Ablehnung eines Teils oder aller Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ Vgl. Schubert, C. (2007), Seite 9.

⁷⁵⁸ Vgl. Krause, N. / Janko, M. (2007), Seite 2195.

⁷⁵⁹ Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22. September 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrates oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. EG Nr. L 254 Seite 64.

⁷⁶⁰ Vgl. Lunk, S. / Hinrichs, L. (2007), Seite 774.

Der räumliche Anwendungsbereich des MgVG ergibt sich aus den Vorschriften des § 3 MgVG und ist in zwei Fallkonstellationen eröffnet. Zum einen unterliegt dem Gesetz gem. § 3 (1) S. 1 MgVG jede aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft mit Sitz im Inland. Zum anderen gilt das Gesetz gem. § 3 (1) S. 2 MgVG darüber hinaus auch, unabhängig vom Sitz der Gesellschaft, für Arbeitnehmer der Zielgesellschaft, welche in einem inländischen Betrieb beschäftigt sind und für inländische beteiligte Gesellschaften, betroffene Tochtergesellschaften und betroffene Betriebe.⁷⁶¹

9.2.2 Anwendbares Recht

Durch die Vorschriften des § 4 MgVG wird das Sitzlandprinzip der Verschmelzungsrichtlinie in das deutsche Recht umgesetzt. Auf die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft finden demnach die Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung des Mitgliedstaates Anwendung, in dem diese Gesellschaft ihren Sitz hat. Allerdings lässt sich dem Wortlaut dieser Vorschrift, wie auch schon in der deutschen Fassung von Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie, nicht entnehmen, ob es sich beim Sitz der Gesellschaft um den Verwaltungs- oder den Satzungssitz handelt. Es ist jedoch anzunehmen, dass die Richtlinie, deren Anwendungsbereich den Begriff des satzungsmäßigen Sitzes gebraucht, auch hinsichtlich des Sitzlandprinzips auf den Satzungssitz abstellt und der deutsche Gesetzgeber dies in seiner Umsetzung übernommen hat.⁷⁶²

Ausnahmen von der Anwendung des Sitzlandprinzips werden in § 5 MgVG normiert.⁷⁶³ Sollte einer dieser Tatbestände erfüllt sein, so finden die Vorschriften über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer kraft Vereinbarung bzw. kraft Gesetz Anwendung. Das Mitbestimmungssystem des Sitzlandstaates findet gem. § 5 Nr. 1 MgVG keine Anwendung, wenn in den sechs Monaten vor

⁷⁶¹ Vgl. Lunk, S. / Hinrichs, L. (2007), Seite 775.

⁷⁶² Vgl. Forsthoff, U. (2006), Seite 615.

⁷⁶³ Siehe hierzu vertiefend Schubert, C. (2007), Seiten 10-13.

der Veröffentlichung des Verschmelzungsplans mindestens einer der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Rechtsträger im Durchschnitt mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt und dieser Rechtsträger einer Mitbestimmung unterliegt. Der Grundsatz vom Sitzlandprinzip gilt gem. § 5 Nr. 2 MgVG auch dann nicht, wenn das maßgebliche innerstaatliche Recht für die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft nicht mindestens das gleiche Schutzniveau bietet, welches in den an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften bestand. Als Bemessungsgrundlage für den Umfang der Mitbestimmung dient der Anteil der Arbeitnehmersvertreter im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan, in Ausschüssen, in denen die Mitbestimmung der Arbeitnehmer erfolgt oder im Leitungsgremium. § 5 Nr. 3 MgVG zeigt eine dritte Ausnahme vom Sitzlandprinzip auf. Demnach sind Verhandlungen über Unternehmensmitbestimmung zu führen, wenn das maßgebliche innerstaatliche Recht für die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft für Arbeitnehmer in Betrieben dieser Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat liegen, nicht das gleiche Niveau an Mitbestimmung gewährt, wie es für Arbeitnehmer in Betrieben dieses Rechtsträgers im Inland besteht.⁷⁶⁴

9.2.3 Unternehmensmitbestimmung kraft Vereinbarung

Die Errichtung einer Unternehmensmitbestimmung kraft Vereinbarung erfolgt in zwei Stufen. Es muss zunächst ein besonderes Verhandlungsgremium (BVG) auf Grund einer schriftlichen Aufforderung der Leitungen der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften als Verhandlungsführer für die Arbeitnehmerseite gebildet werden (§ 6 (1) S. 1 MgVG). In einem zweiten Schritt schließt dieses BVG mit den Leitungen der beteiligten Rechtsträger die Mitbestimmungsvereinbarung ab (§ 6 (1) S. 2 MgVG).⁷⁶⁵ Die Verhandlungen hierzu beginnen gem. § 21 (1) S. 1 MgVG mit der Einsetzung des BVG und können bis zu sechs Monate dauern.

⁷⁶⁴ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 290-291.

⁷⁶⁵ Vgl. Lunk, S. / Hinrichs, L. (2007), Seite 775.

Gem. § 6 (2) MgVG haben die Leitungen der verschmelzenden Rechtsträger unverzüglich und unaufgefordert nach Offenlegung des Verschmelzungsplans die Arbeitnehmervertretungen und Sprecherausschüsse in den beteiligten Rechtsträgern, betroffenen Tochtergesellschaften und Betrieben über das Verschmelzungsvorhaben zu informieren. Sollte keine Arbeitnehmervertretung existieren, so erfolgt die Information gegenüber den Arbeitnehmern. Diese Information muss gem. § 6 (3) MgVG insbesondere Angaben enthalten über

- die Identität und die Struktur der beteiligten Rechtsträger, Tochtergesellschaften und betroffenen Betriebe und deren Verteilung auf die Mitgliedstaaten (§ 6 (3) Nr. 1 MgVG),
- das Bestehen von Arbeitnehmervertretungen in diesen Gesellschaften und Betrieben (§ 6 (3) Nr. 2 MgVG),
- die Zahl der in diesen Gesellschaften und Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer sowie die Gesamtzahl der in einem Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer (§ 6 (3) Nr. 3 MgVG),
- die Zahl der Arbeitnehmer, welchen Mitbestimmungsrechte in den Organen dieser Rechtsträger zustehen (§ 6 (3) Nr. 4 MgVG).⁷⁶⁶

Die Zusammensetzung des BVG ergibt sich aus § 7 MgVG. Die Mitglieder dieses Gremiums werden gem. § 10 MgVG von einem Wahlgremium gewählt.⁷⁶⁷ Die Wahl bzw. Bestellung der Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums soll gem. § 13 (1) S. 1 MgVG innerhalb von zehn Wochen nach der in § 6 (2) und (3) MgVG vorgeschriebenen Information erfolgen. Unverzüglich nach Benennung der Mitglieder oder nach Ablauf der Zehnwochenfrist haben die Leitungen gem. § 14 (1) S. 1 MgVG zur konstituierenden Sitzung des BVG einzuladen und die örtlichen Betriebs- und Unternehmensleitungen zu informieren. Aus seiner Mitte hat das BVG einen Vorsitzenden und mindestens zwei Stellvertreter zu wählen (§ 14 (1) S. 2 MgVG). Ziel der Verhandlungen ist der Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Um dieses Ziel zu erreichen sind die Leitungen zu einer vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem besonderen Verhandlungsgremium

⁷⁶⁶ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 294-296.

⁷⁶⁷ Siehe hierzu vertiefend Lunk, S. / Hinrichs, L. (2007), Seiten 775-777.

nach § 15 (1) S. 2 MgVG verpflichtet.⁷⁶⁸ Nach § 15 (2) MgVG haben die Leitungen dem BVG alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und alle benötigten Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Insbesondere ist das BVG über das Verschmelzungsvorhaben und den Verlauf der Verschmelzung bis hin zur Eintragung der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft zu unterrichten. Des Weiteren ist das BVG gem. § 16 MgVG berechtigt, Sachverständige und Vertreter von geeigneten außenstehenden Organisationen zu den Verhandlungen hinzuzuziehen.

Die Willensbildung innerhalb des BVG erfolgt durch Beschlussfassung gem. § 17 MgVG. Grundsätzlich bedarf es hierzu gem. § 17 (2) S. 1 MgVG der Mehrheit seiner Mitglieder, in der zugleich die Mehrheit der vertretenen Arbeitnehmer enthalten sein muss. Hierbei vertritt jedes auf das Inland entfallende Mitglied gleich viele Arbeitnehmer. Die Willensbildung bedarf in Ausnahmefällen einer qualifizierten Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder, die mindestens zwei Drittel der Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten repräsentieren. Eine solche qualifizierte Mehrheit ist gem. § 17 (3) S. 1 MgVG erforderlich, wenn die Verhandlungen eine Minderung der Mitbestimmungsrechte zur Folge hätten. Des Weiteren bedarf es gem. § 18 S. 1 MgVG dieser qualifizierten Mehrheit, wenn das BVG beschließt, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen abubrechen.⁷⁶⁹ Sollte ein solcher Beschluss getroffen werden, so finden gem. § 18 S. 3 MgVG die Vorschriften über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer Anwendung, welche in dem Mitgliedstaat gelten, in dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat; es gilt folglich das Sitzlandprinzip. Demnach ist es möglich, dass der aus der Verschmelzung hervorgehende Rechtsträger keiner Mitbestimmung unterliegt, wenn in dem Mitgliedstaat, in welchem der Rechtsträger seinen Sitz haben wird, kein Mitbestimmungssystem existiert oder der Anwendungsbereich nicht eröffnet ist, obwohl einer oder mehrere der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger einem Mitbestimmungssystem unterworfen waren. Diese Tatsache rechtfertigt das Erfordernis der qualifizierten Mehrheit, da die

⁷⁶⁸ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 298.

⁷⁶⁹ Vgl. Lunk, S. / Hinrichs, L. (2007), Seite 778.
Vgl. Schubert, C. (2007), Seite 13.

Arbeitnehmervertreter im BVG hier die Möglichkeit haben, auf ihr Recht zur unternehmerischen Mitbestimmung zu verzichten.⁷⁷⁰

Die Inhalte der Arbeitnehmermitbestimmung können weitgehend frei ausgehandelt werden, was einerseits einen sinnvollen Ausgleich der in den jeweiligen Mitgliedstaaten geltenden Rechtslage ermöglicht und andererseits eine sachgerechte Anpassung der Mitbestimmung an die Bedürfnisse und Strukturen des aus der Verschmelzung hervorgehenden Rechtsträgers gewährleistet.⁷⁷¹ Der Mindestinhalt der schriftlichen Vereinbarung richtet sich nach den Vorschriften des § 22 (1) MgVG. Demnach haben die Leitungen und das BVG Festlegungen über folgende Punkte zu treffen:

1. „den Geltungsbereich der Vereinbarung, einschließlich der außerhalb des Hoheitsgebietes der Mitgliedstaaten liegenden Unternehmen und Betriebe, sofern diese in den Geltungsbereich einbezogen werden;
2. der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vereinbarung und ihrer Laufzeit; ferner die Fälle, in denen die Vereinbarung neu ausgehandelt werden soll, und das dabei anzuwendende Verfahren;
3. die Zahl der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft, welche die Arbeitnehmer wählen oder bestellen können oder deren Bestellung sie empfehlen oder ablehnen können;
4. das Verfahren, nach dem die Arbeitnehmer diese Mitglieder wählen oder bestellen oder deren Bestellung empfehlen oder ablehnen können, und
5. die Rechte dieser Mitglieder.“⁷⁷²

In der Vereinbarung soll gem. § 22 (2) MgVG zusätzlich festgelegt werden, dass vor strukturellen Veränderungen des aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Rechtsträgers erneut Verhandlungen über die unternehmerische Mitbestimmung aufzunehmen sind.⁷⁷³ Zu beachten ist hier, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine Soll-Vorschrift handelt, deren

⁷⁷⁰ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 300.

⁷⁷¹ Vgl. BT-Drucks. 16/2922 vom 12.10.2006, Seite 26.

⁷⁷² § 22 (1) MgVG.

⁷⁷³ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 299.

Nichtbeachtung durch die Verhandlungsparteien nicht schädlich ist.⁷⁷⁴ Darüber hinaus gewährt § 22 (3) MgVG den Verhandlungsparteien die Möglichkeit, in der Vereinbarung zu bestimmen, dass die Auffangregelung gem. §§ 23 ff. MgVG ganz oder in Teilen gelten soll. Schließlich sieht § 22 (4) MgVG eine Satzungsänderung der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft vor, wenn deren Satzung im Widerspruch steht zu den Regelungen der Mitbestimmung kraft Vereinbarung.

9.2.4 Unternehmensmitbestimmung kraft Gesetzes

Das Gesetz sieht grundsätzlich eine Vereinbarung über die unternehmerische Mitbestimmung vor. Allerdings ist die Unternehmensmitbestimmung kraft Gesetzes unter den in § 23 MgVG genannten Voraussetzungen anzuwenden. Demnach findet die Auffangregelung Anwendung wenn

- die Parteien dies vereinbaren (§ 23 (1) S. 1 Nr. 1 MgVG),
- bis zum Ende des Verhandlungszeitraums keine Vereinbarung zustande gekommen ist und das BVG keinen Beschluss zur Nichtaufnahme bzw. zum Abbruch der Verhandlungen gefasst hat (§ 23 (1) S. 1 Nr. 2 MgVG) oder
- die Leitungen der beteiligten Gesellschaften entscheiden, diese Regelungen ohne vorhergehende Verhandlung unmittelbar ab dem Zeitpunkt der Eintragung anzuwenden (§ 23 (1) S. 1 Nr. 3 MgVG).⁷⁷⁵

In den beiden letztgenannten Fällen muss gem. § 23 (1) S. 2 MgVG zusätzlich vor der Eintragung der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bestanden haben, welche entweder mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften oder betroffenen Tochtergesellschaften erfasste

⁷⁷⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/2922 vom 12.10.2006, Seite 26.

⁷⁷⁵ Vgl. Lunk, S. / Hinrichs, L. (2007), Seite 779.

Vgl. Müller-Bonanni, T. / Müntefering, M. (2009), Arbeitnehmerbeteiligung bei SE-Gründung und grenzüberschreitender Verschmelzung im Vergleich, Seite 1701.

(§ 23 (1) S. 2 Nr. 1 MgVG) oder sich auf weniger als ein Drittel der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften erstreckte und das BVG einen entsprechenden Entschluss zur Anwendung der gesetzlichen Mitbestimmung in der Zielgesellschaft gefasst hat (§ 23 (1) S. 2 Nr. 2 MgVG).⁷⁷⁶ Nach den Vorschriften des § 23 (3) MgVG hat das BVG die Leitung über diesen Beschluss zu unterrichten. Gerade die Möglichkeit, dass die Leitungen der beteiligten Gesellschaften die Anwendung der Auffangregelung ohne vorhergehende Verhandlung beschließen können, soll die grenzüberschreitende Verschmelzung vereinfachen und beschleunigen.⁷⁷⁷

Durch die Berücksichtigung der in den betroffenen Tochtergesellschaften beschäftigten Arbeitnehmer geht das MgVG über die Vorgaben der Verschmelzungsrichtlinie hinaus, in welcher gem. Art. 16 (3) e) VRL i.V.m. Art. 7 (2) b) SE-RL nur die Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften zu berücksichtigen sind.⁷⁷⁸ Ein weiterer Unterschied zur Verschmelzungsrichtlinie besteht darin, dass diese durch Art. 16 (3) e) VRL i.V.m. Art. 7 (3) SE-RL den Mitgliedstaaten gestattet zu bestimmen, dass bei ergebnislosem Ablauf der Verhandlungsdauer die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft keiner Mitbestimmung unterliegt, auch nicht der Mitbestimmung nach der Auffangregelung. Von dieser Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht.⁷⁷⁹

Für den Fall, dass bei mehreren beteiligten Gesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Formen der Mitbestimmung bestehen, sieht § 23 (2) S. 1 MgVG vor, dass das BVG durch Beschluss zu entscheiden hat, welche Form der Mitbestimmung in der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft eingeführt wird. Auch über diesen Beschluss muss das BVG die Leitung informieren. Sollte das BVG keine Entscheidung treffen, so gilt gem. § 23 (2) S. 2 MgVG die Mitbestimmung nach § 2 (7) Nr. 1 MgVG, sofern eine inländische Gesellschaft, deren Arbeitnehmern

⁷⁷⁶ Vgl. Lunk, S. / Hinrichs, L. (2007), Seite 779.

⁷⁷⁷ Vgl. Nagel, B. (2007), MgVG, Seite 58.

⁷⁷⁸ Vgl. Lunk, S. / Hinrichs, L. (2007), Seite 779.

⁷⁷⁹ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 302-303.

Mitbestimmungsrechte zustehen, an der Verschmelzung beteiligt ist. Falls keine solche inländische Gesellschaft beteiligt ist, gilt gem. § 23 (2) S. 3 MgVG das Mitbestimmungssystem der Gesellschaft mit der größten Arbeitnehmerzahl.

Der Umfang der Mitbestimmung ist in § 24 MgVG wiedergegeben. Nach § 24 (1) S. 1 MgVG haben die Arbeitnehmer das Recht, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft zu wählen oder zu bestellen oder deren Bestellung zu empfehlen oder abzulehnen. In diesem Zusammenhang wird nicht zwischen den beiden Formen der Mitbestimmung gem. § 2 (7) MgVG differenziert. Der eigentliche Umfang bemisst sich gem. § 24 (1) S. 2 MgVG nach dem höchsten Anteil an Arbeitnehmervertretern, welcher in den Organen der beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der Zielgesellschaft bestanden hat. Ist z.B. eine deutsche Gesellschaft an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt, so sind daher, in Abhängigkeit von der Anwendung des MitbestG bzw. des DrittelbG auf die deutsche Gesellschaft, die Aufsichts- oder Verwaltungsorgane zur Hälfte bzw. zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen.⁷⁸⁰ Zu beachten ist, dass das MgVG keinerlei Angaben über die absolute Anzahl der zu besetzenden Aufsichts- oder Verwaltungsmandate enthält. Die Zahl dieser Sitze kann für das jeweilige Organ in der Satzung festgelegt werden.⁷⁸¹

Sollte es sich bei der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft um eine GmbH handeln, so schreibt § 24 (2) S. 1 MgVG zwingend die Bildung eines Aufsichtsrats vor. Auf Grund der Bildung des Aufsichtsrats ist sichergestellt, dass eine unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer erfolgen kann.⁷⁸² Den Besonderheiten des GmbH-Rechts wird durch diese Vorschrift Rechnung getragen, da nach § 52 (1) GmbHG die Errichtung eines Aufsichtsrats nicht obligatorisch vorgeschrieben ist, die Mitbestimmungsgesetze jedoch auch die GmbH dem an der AG orientierten und institutionell im Aufsichtsrat angesiedelten jeweiligen Mitbestimmungsmodell unterwerfen. Folglich ist in der betroffenen Gesellschaft

⁷⁸⁰ Vgl. Lunk, S. / Hinrichs, L. (2007), Seite 779.

⁷⁸¹ Vgl. BT-Drucks. 16/2922 vom 12.10.2006, Seite 27.

⁷⁸² Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 304.

zwingend ein Aufsichtsrat zu bilden, dieser Gedanke wird durch § 24 (2) MgVG auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung übertragen. Durch Verweis auf die entsprechenden aktienrechtlichen Vorschriften regelt § 24 (2) S. 2 MgVG u.a. die Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder, deren Amtszeit sowie die innere Ordnung des Aufsichtsrats. Enthält das MgVG Spezialvorschriften, so sind diese vorrangig zu berücksichtigen.⁷⁸³

Die Sitzverteilung ist in § 25 MgVG geregelt. Nach § 25 (1) S. 1 MgVG werden die Arbeitnehmermandate für das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der Zielgesellschaft durch das BVG auf die Mitgliedstaaten verteilt, in denen Mitglieder zu wählen oder zu bestellen sind. Die Verteilung richtet sich gem. § 25 (1) S. 2 MgVG nach dem jeweiligen Anteil der in den einzelnen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmer der Zielgesellschaft, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe. Sollten bei dieser Verteilung die Arbeitnehmer aus einem oder mehreren Mitgliedstaaten keinen Sitz erhalten, so hat das BVG den letzten zu verteilenden Sitz einem bislang unberücksichtigten Mitgliedstaat zuzuweisen (§ 25 (1) S. 3 MgVG). Nach Möglichkeit soll dieser Sitz gem. § 25 (1) S. 4 MgVG dem Mitgliedstaat zugewiesen werden, in dem die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz haben wird.⁷⁸⁴

Das MgVG differenziert für die konkrete Verteilung der Mandate zwischen inländischen und ausländischen Mitbestimmungsmandaten. Gem. § 25 (3) MgVG werden die inländischen Arbeitnehmervertreter durch ein Wahlgremium gewählt, welches sich aus den Arbeitnehmervertretern der Zielgesellschaft, ihrer Tochtergesellschaften und Betrieben zusammensetzt.⁷⁸⁵ Im Grundsatz folgt dieses Verfahren den Regelungen über die Wahl der inländischen Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums.⁷⁸⁶ Im Gegensatz dazu richtet sich die Auswahl der ausländischen Arbeitnehmervertreter grundsätzlich nach dem Umsetzungsgesetz des jeweiligen Mitgliedstaates. Für den Fall, dass das Umsetzungsgesetz keine Regelung über

⁷⁸³ Vgl. BT-Drucks. 16/2922 vom 12.10.2006, Seite 27.

⁷⁸⁴ Vgl. Lunk, S. / Hinrichs, L. (2007), Seiten 779-780.

⁷⁸⁵ Vgl. Lunk, S. / Hinrichs, L. (2007), Seite 780.

⁷⁸⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/2922 vom 12.10.2006, Seite 28.

die Mandatsverteilung enthält, bestimmt das BVG gem. § 25 (2) MgVG die Arbeitnehmersvertreter aus dem relevanten Mitgliedstaat.⁷⁸⁷

9.2.5 Der Umgehungsschutz nach § 30 MgVG

Die Vorschrift des § 30 MgVG setzt Art. 16 (7) VRL um, wonach die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in einer aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft im Falle einer nachfolgenden innerstaatlichen Verschmelzung für drei Jahre ab der Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung geschützt werden. In entsprechender Anwendung des § 4 MgVG gilt für die der grenzüberschreitenden Verschmelzung folgende innerstaatliche Verschmelzung das Sitzlandprinzip.⁷⁸⁸ Folglich kommen die deutschen Vorschriften über die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer zur Anwendung,⁷⁸⁹ insbesondere die gesetzlichen Regelungen nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Drittelbeteiligungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz, dem Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz und dem SE-Beteiligungsgesetz. Ein weiterer Grund für diese Vorschrift ist neben der Anwendung des Sitzlandprinzips, dass eine Verschmelzung mit anderen Kapitalgesellschaften zu einem Verlust an Beteiligungsrechten für ausländische Arbeitnehmer führen kann, da diese durch das deutsche Recht nicht in die Mitbestimmung einbezogen werden. Die Arbeitnehmermitbestimmung entfiere bei einer Verschmelzung auf eine Personenhandelsgesellschaft völlig. Die Regelungen des MgVG fänden folglich ohne die Vorschrift des § 30 MgVG keine Anwendung, da keine grenzüberschreitende Verschmelzung vorliegt.⁷⁹⁰

Für den Fall, dass das mitgliedstaatliche Recht nicht denselben Umfang an Mitbestimmung gewährt wie das Recht, welchem die aus der grenzüber-

⁷⁸⁷ Vgl. Lunk, S. / Hinrichs, L. (2007), Seite 780.

⁷⁸⁸ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 305-306.

⁷⁸⁹ Vgl. Götze, C. / Winzer, T. / Arnold, C. (2009), Seite 254.

⁷⁹⁰ Vgl. Schubert, C. (2007), Seite 15.

schreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft unterliegt, gelten gem. § 30 S. 2 MgVG die in der Zielgesellschaft bestehenden Regelungen über die Mitbestimmung für die Dauer von drei Jahren ab der Eintragung der Zielgesellschaft fort⁷⁹¹ (sog. Perpetuierungsklausel).⁷⁹² Dies kann sowohl die Unternehmensmitbestimmung kraft Vereinbarung gem. § 22 MgVG als auch die Unternehmensmitbestimmung kraft Gesetz gem. § 23 MgVG sein. Es wird in diesem Zusammenhang auf Grund der von Art. 16 (7) VRL geforderten entsprechenden Anwendung der Richtlinie der Fall des § 5 Nr. 2 MgVG aufgegriffen. Durch das Vorher-Nachher-Prinzip wird der bestehende Umfang an Mitbestimmung auch bei nachfolgenden innerstaatlichen Verschmelzungen gesichert. Diese Regelung dient der Rechtssicherheit und soll den Gesellschaften zeit- und kostenintensive Verhandlungen ersparen.⁷⁹³

Durch die Regelungen des § 30 MgVG und die damit einhergehende Umsetzung des Art. 16 (7) VRL besteht für die Dauer von drei Jahren sekundär-gemeinschaftsrechtlich ein Bestandsschutz für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Eine Flucht aus der Mitbestimmung ist allerdings legal möglich, zur Verdeutlichung dient nachfolgendes Beispiel. Ein deutscher Rechtsträger wird auf einen dem englischen Recht unterliegenden Rechtsträger verschmolzen (Hinausverschmelzung), im Anschluss daran findet eine innerstaatliche Verschmelzung mit einem weiteren Rechtsträger statt. Der aus dieser Verschmelzung hervorgehende Rechtsträger unterliegt nach Ablauf der Karenzzeit von drei Jahren keiner unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer mehr. Im Falle einer Hereinverschmelzung sollte § 30 S. 2 MgVG nur dann von Interesse sein, wenn der aus der innerstaatlichen Verschmelzung hervorgehende Rechtsträger mangels Erreichen der Schwellenwerte für die Anwendung der Vorschriften über die Arbeitnehmermitbestimmung keiner Mitbestimmung unterliegt.⁷⁹⁴

⁷⁹¹ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seiten 305-306.

Vgl. Schubert, C. (2007), Seiten 15-16.

⁷⁹² Vgl. Wiesner, P. (2005), Seite 93.

⁷⁹³ Vgl. Schubert, C. (2007), Seite 16.

Vgl. BT-Drucks. 16/2922 vom 12.10.2006, Seiten 28-29.

⁷⁹⁴ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 306.

9.2.6 Zusammenfassung und Bewertung

Bei der Betrachtung der Vorschriften des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung fällt auf, dass die Anwendung des § 4 MgVG, welche als Grundsatz vorgesehen ist und das Sitzlandprinzip widerspiegelt, eher die Ausnahme ist und auf Grund zahlreicher Ausnahmeregelungen vornehmlich Verhandlungen über die Arbeitnehmermitbestimmung aufzunehmen sind.⁷⁹⁵ Die Vereinbarung über die Mitbestimmung bzw. die Mitbestimmung kraft Gesetz finden in den in § 5 MgVG genannten Fällen Anwendung. Zu beachten ist hierbei, dass es sich auf Grund der textlichen Gestaltung sowie der Oder-Verknüpfung zwischen § 5 Nr. 2 MgVG und § 5 Nr. 3 MgVG um drei gleichberechtigte Varianten handelt, welche jede für sich die Anwendung des § 4 MgVG ausschließt. Diese Formulierung entspricht den Vorgaben des Art. 16 (2) VRL, geht jedoch in ihrer Wirkung über Erwägungsgrund 13 der Richtlinie hinaus.⁷⁹⁶ Demnach ist eine Neuregelung der Mitbestimmung nur dann nötig, wenn in einer der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften Mitbestimmungsrechte bestanden und das am Sitz der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft anwendbare Recht dieses Niveau an Mitbestimmung unterschreitet.⁷⁹⁷

Im Gegensatz dazu führen Art. 16 (2) VRL und in dessen Umsetzung auch § 5 Nr. 1 MgVG dazu, dass Verhandlungen über die Mitbestimmung bereits dann erforderlich sind, wenn mindestens eine der beteiligten Gesellschaften sechs Monate vor Veröffentlichung des Verschmelzungsplans durchschnittlich mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt und ein System der Mitbestimmung besteht. Irrelevant ist hierbei eine eventuelle Absenkung des Mitbestimmungsniveaus. Die Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer vor der Verschmelzung ist gem. § 5 Nr. 2 MgVG unerheblich, solange die Mitbestimmung in der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft den vorherigen Umfang der Mitbestimmung nicht gewährleistet. Vor dem Hinter-

⁷⁹⁵ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 307.

⁷⁹⁶ Vgl. Weng, A. (2008), Seite 328.

⁷⁹⁷ Vgl. RL 2005/56/EG v. 26.10.2005, Erwägungsgrund 13.

grund des Erwägungsgrundes 13 der Verschmelzungsrichtlinie erscheinen diese Regelungen zu restriktiv.⁷⁹⁸

Die Pflicht zur Aufnahme von Verhandlungen ist im Gegensatz zu den Regelungen im Rahmen einer SE-Gründung erweitert worden. Ein klarer Vorteil des MgVG ist es allerdings, dass der Gesetzgeber sowohl den Leitungen der verschmelzenden Rechtsträger durch § 23 (1) S. 1 Nr. 3 MgVG als auch dem besonderen Verhandlungsgremium auf Grund von § 22 (3) MgVG die Möglichkeit einräumt, die zeit- und kostenintensiven Verhandlungen abzukürzen bzw. zu vermeiden.⁷⁹⁹

⁷⁹⁸ Vgl. Weng, A. (2008), Seiten 328-329.

⁷⁹⁹ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 307.

10 Fazit

Die vorangegangenen Betrachtungen haben gezeigt, dass die Entwicklung der grenzüberschreitenden Verschmelzung ein sehr langwieriger Prozess war, doch schlussendlich stehen dem deutschen Rechtsanwender nunmehr erstmalig konkrete Vorschriften zur Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zur Verfügung. Im Grunde genommen kann man sagen, dass diese Regelungen auf einer gut vierzig Jahre andauernde europäische Anstrengung basieren, welche mit dem Erlass der Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten endete. Vor diesem Hintergrund erscheint die begrüßenswert kurze Umsetzungszeit in deutsches Recht als nahezu vernachlässigbar.⁸⁰⁰

Besonders hervorzuheben ist in Bezug auf die Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in nationales Recht der vom deutschen Gesetzgeber gewählte kollisionsrechtliche Ansatz, wonach in Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf die bewährten Regelungen für innerstaatliche Verschmelzungen zurückgegriffen wird, soweit es die Vorgaben der Richtlinie zulassen, und nur solche Regelungen in den neuen Zehnten Abschnitt des Zweiten Buches des Umwandlungsgesetzes aufgenommen wurden, die einer gesonderten Regelung bedurften. Folglich stehen dem Rechtsanwender auch für die grenzüberschreitende Verschmelzung überwiegend die bereits bekannten Vorschriften für die innerstaatliche Verschmelzung zur Verfügung.⁸⁰¹

Trotzdem ist die Tatsache besonders hervorzuheben, dass die Entwicklung der grenzüberschreitenden Umwandlung sicherlich noch nicht abgeschlossen ist. Zwar genießen Kapitalgesellschaften innerhalb der EU nunmehr durch die Verschmelzungsrichtlinie und deren Umsetzung in die jeweiligen nationalen Rechte der einzelnen Mitgliedstaaten erstmalig eine gewisse Rechtssicherheit für die Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, folglich stellt

⁸⁰⁰ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 395.

⁸⁰¹ Vgl. Frenzel, R. (2008), Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Seite 395.

sie eine ernsthafte Alternative bei transnationalen Umstrukturierungen dar. Im Gegensatz dazu existieren für Personengesellschaften, trotz der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache SEVIC Systems AG, keine gesetzlichen Regelungen für die Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, eine Rechtssicherheit fehlt auch weiterhin.⁸⁰²

Ein weiterer interessanter Aspekt stellt auch die Betrachtung der Folgen der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Cartesio dar. Wie bereits in Kapitel 5.2.5 dieser Arbeit erläutert wurde handelt es sich bei der Rechtssache Cartesio um einen sog. Wegzugsfall, d.h., die Gesellschaft wollte ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat als den ihrer Gründung verlegen und gleichzeitig das bisherige Gesellschaftsstatut des Gründungsstaates beibehalten.⁸⁰³ Das ungarische Register verweigerte die Eintragung dieser Sitzverlegung und das Berufungsgericht rief den EuGH zur Vorabentscheidung an.⁸⁰⁴ Der EuGH entschied, dass die Vorschriften zur Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV dahin auszulegen sind, dass sie Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht entgegenstehen, die es einer nach dem nationalen Recht dieses Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft verwehren, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei ihre Eigenschaft als Gesellschaft des nationalen Rechts des Mitgliedstaats, nach dessen Recht sie gegründet wurde, zu behalten.⁸⁰⁵ Diese Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eröffnet jedoch die Frage, ob den Gesellschaften statt einer Sitzverlegung nicht das Mittel der grenzüberschreitenden Verschmelzung bzw. des grenzüberschreitenden Formwechsels in eine Gesellschaftsform des Zuzugstaates offen steht. Diese Frage ist ganz klar zu bejahen, da der Zuzugsstaat die im Wegzugsstaat aufgelöste Gesellschaft anerkennt. Der grenzüberschreitende Rechtsformwechsel ist nach Cartesio europarechtlich geschützt.⁸⁰⁶ Diese Tatsache lässt wiederum den Schluss zu, dass zukünftig Gesellschaften, welche ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen wollen, auf die grenzüberschreitende Umwandlung zurückgreifen werden.

⁸⁰² Vgl. Weng, A. (2008), Seite 197.

⁸⁰³ Vgl. Leible, S. / Hoffmann, J. (2009), Seite 58.

⁸⁰⁴ Vgl. Paefgen, W. (2009), Seite 529.

⁸⁰⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 16.12.2008, Rs. C-210/06, Rn. 99 (Cartesio).

⁸⁰⁶ Vgl. Sethe, R. / Winzer, K. (2009), Seite 539.

Vgl. Otte, S. / Rietschel, K. (2009), Seite 984.

Ein wesentlicher Kritikpunkt in Zusammenhang mit der Änderung des Umwandlungsgesetzes ist, dass lediglich die grenzüberschreitende Verschmelzung ausdrücklich erfasst wurde. Andere Formen der Umwandlung, insbesondere die Spaltung gem. § 123 ff. UmwG, werden nicht erfasst, obwohl sie durch die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften gem. Art. 43, 48 EGV gewährleistet sind.⁸⁰⁷ Dies wird in § 125 S. 1 UmwG deutlich, da diese Vorschrift nicht auf die Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung verweist. Der Gesetzgeber hat die Chance zur Schaffung zuverlässiger gesetzlicher Regelungen für die grenzüberschreitende Spaltung, welche ihm durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes eröffnet wurde, nicht genutzt.⁸⁰⁸ Inwiefern dies in der Zukunft geschieht, bleibt abzuwarten.

⁸⁰⁷ Vgl. Herrler, S. (2007), Seite 300.

⁸⁰⁸ Vgl. Klein, S. (2007), Seite 572.

Literaturverzeichnis

- Ahrens, C. (2008):** Europäisches und Internationales Wirtschaftsprivatrecht, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart.
- Ballreich, H. (2002):** Fallkommentar zum Umwandlungsrecht, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 2. Auflage, Hermann Luchterhand Verlag GmbH, Neuwied, Kriftel.
- Bayer, W. / Schmidt, J. (2008):** Aktuelle Entwicklung im Europäischen Gesellschaftsrecht (2004-2007), in: Betriebs-Berater, BB 10.2008 vom 03.03.2008, Seiten 454-460.
- Bayer, W. / Schmidt, J. (2006):** Der Schutz der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit – zugleich Besprechung von EuGH v. 13.12.2005 – Rs C-411/03, ZIP 2005, 2311 – Sevic, in: ZIP 5/2006, Seiten 210-213.
- Bayer, W. / Schmidt, J. (2006):** Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – Inhalt und Anregungen zur Umsetzung in Deutschland, in: NJW 2006, Heft 7, Seiten 401-406.
- Behme, C. / Nohlen, N. (2009):** EuGH. Cartesio – EuGH lehnt freie Verwaltungssitzverlegung ab, in: Betriebs-Berater, BB 01/2009 vom 05.01.2009, Seiten 11-14.
- Behrens, F. O. (2007):** Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach der Richtlinie 2005/56/EG (Verschmelzungsrichtlinie), Cuvillier Verlag, Göttingen.
- Benecke, A. / Schnittger, A. (2006):** Neuregelung des UmwStG und der Entstrickungsnormen durch das SEStEG, in: IStR 2006, Heft 22, Seiten 765-779.

- Beuthien, V. / Helios, M. (2006):** Die Umwandlung als transaktionslose Rechtsträgertransformation – Zur Neuordnung des Umwandlungsrechts, in: NZG Heft 10/2006, Seiten 369-374.
- Bilitewski, A. (2007):** Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG), in: Finanzrundschau, Heft 2/2007, Seiten 57-65.
- Binder, U. / Jünemann, M. / Merz, F. / Sinewe, P. (Hrsg.) (2007):** Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), Verlag Dr. Th. Gabler, Wiesbaden.
- Blöchle, D. / Weggenmann, H. (2008):** Formwechsel und Verschmelzung im Ausland nach §§ 3 ff. UmwStG i.d.F. des SEStEG, in: IStR 2008, Heft 3, Seiten 87-94.
- Bodden, G. (2007):** Verschmelzung und Formwechsel von Kapitalgesellschaften auf gewerbliche Personengesellschaften nach dem SEStEG (§§ 3-10 UmwStG n.F.), in: Finanz-Rundschau, Heft 2/2007, Seiten 66-76.
- Bornhofen, M. / Bornhofen, M.C. (2006):** Steuerlehre 2, Rechtslage 2005, 26. Auflage, Gabler Verlag, Wiesbaden.
- Brönnner, H. (2007):** Die Besteuerung der Gesellschaften, 18. Auflage, Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart.
- Bungert, H. (2006):** Grenzüberschreitende Verschmelzungsmobilität – Anmerkung zur Sevic-Entscheidung des EuGH, in: Betriebs-Berater, BB 2/2006 vom 09.01.2006, Seiten 53-56.
- Callies, C. / Ruffert, M. (Hrsg.) (2007):** EUV EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München (zitierte Bearbeiter: Bröhmer, J.: EGV Art. 43 (ex-Art. 52), EGV Art. 48 (ex-Art. 58)).

- Cannivé, K. / Seebach, D. (2009):** Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) versus Europäische Privatgesellschaft (SPE): Wettbewerb der Ein-Euro-Gesellschaften?, in: GmbH-Rundschau, Heft 10/2009, Seiten 519-526.
- Casper, M. / Weller, M. (2009):** Mobilität und grenzüberschreitende Umstrukturierung der SE, in: NZG Heft 18/2009, Seiten 681-686.
- Conrads, M. / Schade, F. (2008):** Internationales Wirtschaftsprivatrecht, Oldenbourg Verlag, München.
- Detterbeck, S. (2006):** Öffentliches Recht für Wirtschaftswissenschaftler – Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Europarecht mit Übungsfällen, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München.
- Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006):** Die grenzüberschreitende Verschmelzung inländischer Gesellschaften nach Erlass der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in Europa, in: RIW Heft 2/2006, Seiten 81-87.
- Drinhausen, F. / Keinath, A. (2006):** Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – Erleichterung grenzüberschreitender Verschmelzungen für deutsche Kapitalgesellschaften?, in: Betriebs-Berater, BB 14/2006 vom 03.04.2006, Seiten 725-732.
- Dzida, B. (2009):** Die Unterrichtung des „zuständigen“ Betriebsrats bei innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen, in: GmbH-Rundschau, Heft 9/2009, Seiten 459-465.
- Dzida, B. / Schramm, N. (2008):** Arbeitsrechtliche Pflichtangaben bei innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen, in: NZG Heft 14/2008, Seiten 521-527.

- Eidenmüller, H. / Engert, A. / Hornuf, L. (2008):** Die Societas Europaea: Empirische Bestandsaufnahme und Entwicklungslinien einer neuen Rechtsform, in: AG – Die Aktiengesellschaft 20/2008, Seiten 721-730.
- Fietz, E. (2007):** Die Europäische Privatgesellschaft (EPG) - wird sie kommen?, in: GmbH-Rundschau, Heft 21/2007, Seiten R321-R322.
- Förster, G. / Lange, C. (2002):** Steuerliche Aspekte der Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE), in: Der Betrieb Heft 6 vom 08.02.2002, Seiten 288-294.
- Forsthoff, U. (2006):** Internationale Verschmelzungsrichtlinie: Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit und Vorwirkung; Handlungszwang für Mitbestimmungsreform, in: DStR 2006 Heft 14, Seiten 613-618.
- Frenzel, R. (2008):** Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – Zur Umsetzung der Zehnten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie in deutsches Recht, Verlag Dr. Kovac, Hamburg.
- Frenzel, R. (2008):** Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist, in: RIW Heft 1-2/2008, Seiten 12-20.
- Frobenius, T. (2009):** „Cartesio“: Partielle Wegzugsfreiheit für Gesellschaften in Europa, in: DStR 2009 Heft 10, Seiten 487-492.
- Gageur, P. (2006):** Die englische private limited company versus deutsche GmbH, Petra Bülow Verlag, Rothenburg.
- Gesell, H. / Krömker, M. (2006):** Grenzüberschreitende Verschmelzungen nach SEVIC: Praxisbericht über die Verschmelzung einer niederländischen auf eine deutsche Kapitalgesellschaft, in: Der Betrieb Heft 47 vom 24.11.2006, Seiten 2558-2563.

- Geyrhalter, V. / Weber, T. (2006):** Transnationale Verschmelzungen – im Spannungsfeld zwischen SEVIC Systems und der Verschmelzungsrichtlinie, in: DStR 2006 Heft 4, Seiten 146-151.
- Götze, C. / Winzer, T. / Arnold, C. (2009):** Unternehmerische Mitbestimmung – Gestaltungsoptionen und Vermeidungsstrategien, in: ZIP Heft 6 vom 06.02.2009, Seiten 245-254.
- Grohmann, U. / Gruschinske, N. (2008):** Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU – die Rechtssache Cartesio, in: EuZW 2008 Heft 15, Seiten 463-464.
- Grohmann, U. / Gruschinske, N. (2006):** Grenzüberschreitende Mobilität von Kapitalgesellschaften in Europa – Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, in: GmbH-Rundschau, Heft 4/2006, Seiten 191-194.
- Habersack, M. (2006):** Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München.
- Hahn, H. (2006):** Der Entwurf des SEStEG: Geplante Änderungen bei grenzüberschreitenden Fusionen, in: GmbH-Rundschau, Heft 12/2006, Seiten 617-623.
- Hahn, H. (2006):** Kritische Erläuterungen und Überlegungen zum Entwurf des SEStEG, in: IStR 2006, Heft 23, Seiten 797-805.
- Haritz, D. / von Wolff, B. (2006):** Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts – Zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, in: GmbH-Rundschau, Heft 7/2006, Seiten 340-345.
- Heckschen, H. (2007):** Die Reform des Umwandlungsrechts, in: DNotZ 2007 Heft 6, Seiten 444-465.

- Hegemann, J. / Querbach, T. (2007):** Umwandlungsrecht – Grundlagen und Steuern, Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler, Wiesbaden.
- Herfs-Röttgen, E. (2002):** Probleme der Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: NZA 2002 Heft 7, Seiten 358-365.
- Herrler, S. (2007):** Ermöglichung grenzüberschreitender Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften durch Änderung des Umwandlungsgesetzes – Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie unter Vernachlässigung der primärrechtlichen Rahmenbedingungen, in: EuZW 2006 Heft 10, Seiten 295-300.
- Heuschmid, J. (2006):** Unternehmensmitbestimmung nach der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, in: AuR 6/2006, Seiten 184-192.
- Hey, J. (2007):** Unternehmensteuerreform 2008: das Konzept der Sondertarifierung des § 34a EStG-E - Was will der Gesetzgeber und was hat er geregelt?, in: DStR 2007 Heft 22, Seiten 925-931.
- Hirte, H. (2005):** Die Europäische Aktiengesellschaft – ein Überblick nach Inkraft-Treten der deutschen Ausführungsgesetzgebung (Teil I), in: DStR 2005 Heft 15, Seiten 653-658.
- Hirte, H. (2002):** Die Europäische Aktiengesellschaft, in: NZG 2002 Heft 1, Seiten 1-10.
- Hohenlohe, F. / Rautenstrauch, G. / Adrian, G. (2006):** Der Entwurf des SEStEG: Geplante Änderungen bei inländischen Verschmelzungen, in: GmbH-Rundschau, Heft 12/2006, Seiten 623-630.
- Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008):** Eine GmbH für Europa: Der Vorschlag der EU-Kommission zur Societas Privata Europaea (SPE), in: GmbH-Rundschau, Heft 17/2008, Seiten 897-911.

- Hommelhoff, P. / Teichmann, C. (2008):** Auf dem Weg zur Europäischen Privatgesellschaft (SPE), in: DStR 2008 Heft 19, Seiten 925-933.
- Horn, N. (2004):** Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art, in: NJW 2004, Heft 13, Seiten 893-901.
- Kallmeyer, H. (2007):** Der gemeinsame Verschmelzungsplan für grenzüberschreitende Verschmelzungen, in: AG – Die Aktiengesellschaft 13-14/2007, Seiten 472-475.
- Kappes, S. (2006):** Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen, in: NZG 2006 Heft 3, Seiten 101-103.
- Kessler, W. / Achilles, C. / Huck, F. (2003):** Die Europäische Aktiengesellschaft im Spannungsfeld zwischen nationalem Steuergesetzgeber und EuGH, in: IStR 2003 Heft 20, Seiten 715-720.
- Kindler, P. (2009):** Ende der Diskussion über die so genannte Wegzugsfreiheit, in: NZG 2009 Heft 4, Seiten 130-132.
- Kisker, O. (2006):** Unternehmerische Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, der Europäischen Genossenschaft und bei grenzüberschreitender Verschmelzung im Vergleich, in: RdA 2006 Heft 4, Seiten 206-212.
- Klein, S. (2007):** Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, in: RNotZ 2007, Heft 12, Seiten 565-608.
- Kloster, L. (2003):** Societas Europaea und europäische Unternehmenszusammenschlüsse, in: EuZW 2003 Heft 10, Seiten 293-301.
- Klunzinger, E. (2002):** Grundzüge des Gesellschaftsrechts, 12. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München.

- Körner, A. (2006):** Europarecht und Umwandlungssteuerrecht, in: IStR 2006, Heft 4, Seiten 109-113.
- Kraft, G. / Bron, J. (2006):** Grundfreiheiten und grenzüberschreitende Verschmelzung im Lichte aktueller EuGH-Rechtsprechung (Sevic), in: IStR 2006, Heft 1, Seiten 26-32.
- Krause, N. / Janko, M. (2007):** Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Arbeitnehmermitbestimmung, in: Betriebs-Berater, BB 41/2007 vom 08.10.2007, Seiten 2194-2197.
- Kremer, P. (2009):** Neue Rechtsform – Die Europäische Privatgesellschaft (SPE), in: Unternehmermagazin 6/2009, Seite 27.
- Krohn, D. / Greulich, M. (2008):** Ausgewählte Einzelprobleme des neuen Umwandlungssteuerrechts aus der Praxis, in: DStR 2008, Heft 14, Seiten 646-656.
- Kußmaul, H. (2008):** Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, 5. Auflage, Oldenbourg Verlag, München.
- Lächler, C. / Oplustil, K. (2005):** Funktion und Umfang des Regelungsbereichs der SE-Verordnung, in: NZG 2005 Heft 9, Seiten 381-387.
- Lange, O. (2003):** Überlegungen zur Umwandlung einer deutschen in eine Europäische Aktiengesellschaft, in; EuZW 2003 Heft 10, Seiten 301-306.
- Leible, S. / Hoffmann, J. (2009):** Cartesio – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, in: Betriebs-Berater, BB 3.2009 vom 12.01.2009, Seiten 58-63.
- Lehne, K-H. (2008):** Die Europäische Privatgesellschaft – eine schwere Geburt?, in: GmbH-Rundschau, Heft 17/2008, Seiten R257-R258.

- Lemaitre, C. / Schönherr, F. (2007):** Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften durch Verschmelzung und Formwechsel nach der Neufassung des UmwStG durch das SEStEG, in: GmbH-Rundschau, Heft 4/2007, Seiten 179-183.
- Ley, U. / Bodden, G. (2007):** Verschmelzung und Spaltung von inländischen Kapitalgesellschaften nach dem SEStEG (§§ 11-15 UmwStG n.F.), in: Finanz-Rundschau, Heft 6/2007, Seiten 265-280.
- Lunk, S. / Hinrichs, L. (2007):** Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem MgVG, in: NZA 2007, Heft 14, Seiten 773-780.
- Madl, R. (2008):** Grundkurs des Steuerrechts Band 12, Umwandlungssteuerrecht, 4. Auflage, Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart.
- Manz, G. / Mayer, B. / Schröder, A. (Hrsg.) (2005):** Europäische Aktiengesellschaft, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- Maul, S. / Teichmann, C. / Wenz, M. (2003):** Der Richtlinienvorschlag zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, in: Betriebs-Berater, BB 50/2003 vom 08.12.2003, Seiten 2633-2641.
- Montag, H. (2005):** § 18 Unternehmenssteuerrecht, F. Umwandlung von Unternehmen, in: Tipke, K. / Lang, J. (2005): Steuerrecht, 18. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, Seiten 777-785.
- Müller, H. (2007):** Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts: Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung, in: ZIP Heft 23 vom 08.06.2007, Seiten 1081-1088.
- Müller, H. (2006):** Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, in: NZG 2006 Heft 8, Seiten 286-290.

- Müller-Bonanni, T. / Müntefering, M. (2009):** Grenzüberschreitende Verschmelzung ohne Arbeitnehmerbeteiligung? – Praxisfragen zum Anwendungsbereich und Teilnahmeverfahren des MgVG, in: NJW 2009, Heft 32, Seiten 2347-2353.
- Müller-Bonanni, T. / Müntefering, M. (2009):** Arbeitnehmerbeteiligung bei SE-Gründung und grenzüberschreitender Verschmelzung im Vergleich, in: Betriebs-Berater, BB 32.2009 vom 03.08.2009, Seiten 1699-1703.
- Nagel, B. (2007):** Das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen (MgVG), in: NZG 2007 Heft 2, Seiten 57-59.
- Nagel, B. (2006):** Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, in: NZG 2006 Heft 3, Seiten 97-101.
- Nagel, B. (2004):** Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland – der Regierungsentwurf zum SE-Einführungsgesetz, in: NZG 2004 Heft 18, Seiten 833-839.
- Neye, H. (2005):** Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, in: ZIP Heft 43 vom 28.10.2005, Seiten 1893-1898.
- Neye, H. / Timm, B. (2006):** Die geplante Umsetzung der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Umwandlungsgesetz, in: Der Betrieb Heft 9 vom 03.03.2006, Seiten 488-493.
- Oechsler, J. (2006):** Die Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen – Die Sevic-Entscheidung des EuGH, in: NJW 2006, Heft 12, Seiten 812-814.
- Oppermann, T. (2005):** Europarecht, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München.

- Otte, S. / Rietschel, K. (2009):** Freifahrtschein für den grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel nach „Cartesio“?, in: GmbH-Rundschau, Heft 18/2009, Seiten 983-988.
- Paefgen, W. (2009):** „Cartesio“: Niederlassungsfreiheit minderer Güte, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Heft 12/2009, Seite 529.
- Picot, G. / Antropius, I. (2007):** Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Zulässigkeit und Verfahrensablauf nach Umsetzung der Richtlinie 2005/56/EG, in: M&A Review 10/2007, Seite 433.
- Ringe, W. (2006):** Mitbestimmungsrechtliche Folgen einer SE-Sitzverlegung, in: NZG 2006 Heft 24, Seiten 931-935.
- Rödder, T. (2005):** Gründung und Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) – Ertragsteuerlicher Status quo und erforderliche Gesetzesänderungen, in: DStR 2005, Heft 21-22, Seiten 893-898.
- Rödder, T. / Schumacher, A. (2007):** Das SEStEG – Überblick über die endgültige Fassung und die Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf, in: DStR 2007, Heft 9, Seiten 369-377.
- Rödder, T. / Schumacher, A. (2006):** Das kommende SEStEG – Teil I: Die geplanten Änderungen des EStG, KStG und AStG – Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften, in: DStR 2006, Heft 34, Seiten 1481-1494.
- Rödder, T. / Schumacher, A. (2006):** Das kommende SEStEG – Teil II: Das geplante neue Umwandlungssteuergesetz – Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften, in: DStR 2006, Heft 35, Seiten 1525-1542.

- Römermann, V. (Hrsg.) (2006):** Private Limited Company in Deutschland, Praxis-Leitfaden für Berater und Unternehmer, Stollfuß Verlag, Bonn, Berlin.
- Rubner, D. (2007):** Grenzüberschreitende Verschmelzungen nach Umwandlungsgesetz, in: NJW-Spezial 2007, Heft 5, Seiten 219-220.
- Sagasser, B. / Bula, T. / Brünger, T. (2002):** Umwandlungen, Verschmelzung – Spaltung – Formwechsel – Vermögensübertragung, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München.
- Schmidt, J. (2008):** Der Vorschlag für eine Verordnung über die europäische Privatgesellschaft (SPE) – eine europäische Rechtsform speziell für KMU, in: EWS Heft 11/2008, Seiten 455-463.
- Schön, W. / Schindler, P. (2004):** Seminar D: Zur Besteuerung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer Europäischen Aktiengesellschaft, in: IStR 16/2004, Seiten 571-576.
- Schubert, C. (2007):** Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitender Verschmelzung, in: RdA 2007 Heft 1, Seiten 9-17.
- Schulz, A. / Geismar, B. (2001):** Die Europäische Aktiengesellschaft – Eine kritische Bestandsaufnahme, in : DStR 2001, Heft 26, Seiten 1078-1086.
- Schulz, A. / Petersen, S. (2002):** Die Europa-AG: Steuerlicher Handlungsbedarf bei Gründung und Sitzverlegung, in: DStR 2002 Heft 36, Seiten 1508-1517.
- Semler, J. / Stengel, A. (Hrsg.) (2007):** Beck'sche Kurz-Kommentare Band 56 Umwandlungsgesetz mit Spruchverfahrensgesetz, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München (zitierte Bearbeiter: Diekmann: § 61 UmwG; Drinhausen, F.: § 122a UmwG., § 122c UmwG, § 122d UmwG, § 122e UmwG, § 122f UmwG, § 122g UmwG, § 122h UmwG, § 122i UmwG, § 122j UmwG, § 122k UmwG, § 122l UmwG).

- Sethe, R. / Winzer, K. (2009):** Der Umzug von Gesellschaften in Europa nach dem Cartesio-Urteil, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Heft 12/2009, Seite 536.
- Simon, S. / Hinrichs, L. (2008):** Unterrichtung der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, in: NZA 2008 Heft 7, Seite 391-397.
- Simon, S. / Leuering, D. (2006):** Grenzüberschreitende Verschmelzungen, in: NJW-Spezial 2006, Heft 2, Seiten 75-76.
- Spahlinger, A. / Wegen, G. (2006):** Deutsche Gesellschaften in grenzüberschreitenden Umwandlungen nach „SEVIC“ und der Verschmelzungsrichtlinie in der Praxis, in: NZG 2006, Heft 19, Seiten 721-728.
- Spitzbart, B. (2006):** Die Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea – SE) – Aufbau der SE und Gründung, in: RNotZ 2006, Heft 9, Seiten 369-424.
- Storck, C. (2005):** Gestaltungsalternativen im Rahmen der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), in: Finanz Betrieb, Heft 3 vom 02.03.2005, Seiten 153-158.
- Teichmann, C. (2008):** Fortschritte bei der Europäischen Privatgesellschaft, in: GmbH-Rundschau, Heft 8/2008, Seiten R113-R114.
- Theisen, M.R. / Wenz, M. (Hrsg.) (2005):** Die Europäische Aktiengesellschaft – Recht, Steuern und Betriebswirtschaft der Societas Europaea (SE), 2. Auflage, Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart.
- Thoma, G. / Leuering, T. (2002):** Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, in: NJW 2002, Heft 20, Seiten 1449-1454.
- Tipke, K. / Lang, J. (Hrsg.) (2005):** Steuerrecht, 18. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln.

- Vetter, J. (2006):** Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG, in: AG – Die Aktiengesellschaft 17/2006, Seiten 613-626.
- Viebrock, B. / Hagemann, J. (2009):** Verschmelzungen mit grenzüberschreitendem Bezug, in: FR Finanz- Rundschau 16/2009, Seiten 737-746.
- Walden, D. / Meyer-Landrut, A. (2005):** Die grenzüberschreitende Verschmelzung zu einer Europäischen Gesellschaft: Planung und Vorbereitung, in: Der Betrieb Heft 39 vom 30.09.2005, Seiten 2119-2127.
- Walden, D. / Meyer-Landrut, A. (2005):** Die grenzüberschreitende Verschmelzung zu einer Europäischen Gesellschaft: Beschlussfassung und Eintragung, in: Der Betrieb Heft 48 vom 02.12.2005, Seiten 2619-2623.
- Weng, A. (2008):** Zulässigkeit und Durchführung grenzüberschreitender Verschmelzungen, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft Band 187, Duncker & Humblot, Berlin.
- Wenglorz, G. (2004):** Die grenzüberschreitende „Heraus“-Verschmelzung einer deutschen Kapitalgesellschaft: Und es geht doch!, in: Betriebs-Berater, BB 20.2004 vom 17.05.2004, Seiten 1061-1066.
- Wenz, M. (2004):** Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) – Praxishinweise zur Rechnungslegung – Gründung und Sitzverlegung, in: BC 2004 Heft 4, Seiten 77-81.
- Wicke, H. (2006):** Die Europäische Aktiengesellschaft – Grundstruktur, Gründungsformen und Funktionsweise, in: MittBayNot 2006, Heft 3, Seiten 196-205.
- Wiesner, P. (2005):** Die grenzüberschreitende Verschmelzung und der neue Mitbestimmungskompromiss, in: Der Betrieb Heft 2 vom 14.01.2005, Seiten 91-94.

Winter, M. (2008): Grenzüberschreitende Verschmelzungen – ein Update, in:
GmbH-Rundschau, Heft 10/2008, Seiten 532-537.

Wöhe, G. (2002): Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 21. Auflage,
Verlag Franz Vahlen, München.

Ziegler, U. / Gey, A. (2009): Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat der
Europäischen Gesellschaft (SE) im Vergleich zum Mitbestimmungsgesetz, in: Betriebs-Berater, BB 33.2009 vom 10.08.2009, Seiten 1750-1758.

Materialien

Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) (o.J.): Europäische Aktiengesellschaft bietet deutschen Unternehmen neue Möglichkeiten.

Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) (o.J.): Einführung der Societas Europaea stärkt die internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen.

Bundesregierung (Hrsg.) (2006): Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, BT-Drucks.: 16/2919.

Bundesregierung (Hrsg.) (2006): Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, BT-Drucks.: 16/2922, BR-Drucks.: 540/06.

Bundesregierung (Hrsg.) (2006): Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG), BT-Drucks.: 16/2710.

Bundesregierung (Hrsg.) (2004): Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft, BT-Drucks.: 15/3405.

Deutscher Gewerkschaftsbund (Hrsg.) (2004): Stellungnahme des DGB zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

Kommission der Europäischen Gemeinschaft (Hrsg.) (2008): Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft.

Teichmann, C. (2008): Die Europäische Privatgesellschaft.

Anhang I **Muster – Verschmelzungsvertrag**

Verschmelzungsvertrag durch Aufnahme

zwischen

X-GmbH, Ort

- nachstehend „Überträgerin“ genannt –

Vertreten durch den Geschäftsführer (Name)

und

Alleingesellschafter

- nachstehend „Übernehmerin“ genannt -

I

1. Die GmbH mit Sitz in (Ort) überträgt ihr Vermögen als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten als übertragende Gesellschaft unter Auflösung ohne Abwicklung gem. § 2 Nr. 1 UmwG auf die Übernehmerin mit Geschäftsausübung in (Ort) als übernehmende Alleingesellschafterin im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme.

2. (1) Der Verschmelzung der GmbH auf die Alleingesellschafterin wird die mit dem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk des Steuerberaters (Name) in (Ort) versehene Bilanz der GmbH zu (steuerrechtlicher Umwandlungstichtag) als Schlussbilanz zugrunde gelegt.

(2) Die Schlussbilanz ist als Anlage I dieser Urkunde beigelegt.

II

1. Die Übernahme des Vermögens der übertragenden Gesellschaft erfolgt im Innenverhältnis mit Wirkung zum Ablauf des (handelsrechtlicher Umwandlungsstichtag) in Gesamtrechtsnachfolge.
2. Von diesem Zeitpunkt an gelten alle Handlungen und Geschäfte der übertragenden Gesellschaft für Rechnung der übernehmenden Gesellschaft vorgenommen.

III

Die übertragende Gesellschaft wird mit einem Vermögen von EUR xy angesetzt.

IV

Besondere Rechte im Sinne von § 5 (1) Nr. 7 UmwG oder besondere Vorteile im Sinne von § 5 (1) Nr. 8 UmwG werden weder den an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern noch anderen Personen gewährt.

V

1. Die Alleingesellschafterin tritt als Rechtsnachfolgerin der GmbH in alle bestehenden individual- und kollektivarbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten der Gesellschaft ein.
2. Arbeitnehmervertretungen bestehen bei beiden Gesellschaften nicht.

VI

1. Der Notar hat die Beteiligten auf den weiteren Verfahrensablauf bis zum Wirksamwerden der Verschmelzung und auf den Wirksamkeitszeitpunkt sowie die Rechtsfolgen der Verschmelzung hingewiesen. Insbesondere hat der Notar darauf hingewiesen, dass der Verschmelzungsvertrag zu seiner Wirksamkeit der formgerechten Zustimmung der Gesellschafterversammlungen bedarf.

2. Diese Beschlüsse müssen jeweils mit der sich aus Gesetz oder Gesellschaftervertrag ergebenden Mehrheit gefasst werden.

VII

1. Alle Kosten und Abgaben aus und im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Durchführung dieses Vertrages trägt die Alleingesellschafterin. Dies gilt auch – mit Ausnahme der Kosten der Gesellschafterversammlungen – im Falle des Scheiterns der Verschmelzung.
2. Diese Niederschrift nebst Anlagen wurde den Erschienenen vom Notar vorgelesen, von ihnen genehmigt und von ihnen und dem Notar eigenhändig wie folgt unterschrieben.

VIII

Die Kosten der Beurkundung dieses Vertrages und seines Vollzugs im Handelsregister sowie alle sonstigen mit der Verschmelzung etwa verbundenen Kosten, insbesondere die Steuerberatungskosten und Verkehrsteuern trägt der Alleingesellschafter.

IX

Von dieser Urkunde erhalten die beteiligten Gesellschaften, die Gesellschafter der GmbH, die Alleingesellschafterin und das Amtsgericht (Ort) – Handelsregister – je eine Ausfertigung, das Finanzamt (Ort) erhält eine beglaubigte Abschrift.

(Ort), den (Datum)

(X-GmbH)

(-Vertreten durch Name-)

(Alleingesellschafter)

Quelle: Hegemann, J. / Querbach, T. (2007), Seiten 196-197.