

Berlin, Januar 2005  
Stellungnahme Nr. 5/2005

# **Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins**

**durch den Ausschuss Internationaler Rechtsverkehr**

**zum**

**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die  
Verschmelzung von  
Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten  
[KOM (2003) 703]**

Mitglieder des Ausschusses:

RA und Notar Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig, Frankfurt am Main (Vorsitzender)  
RAin Anne Federle, LL.M., Brüssel  
RA Joachim Gres, Frankfurt am Main  
RA Dr. Wolfgang Knapp, MCL, Brüssel  
RA Dr. Hartmut Lübbert, MCL, Freiburg i. Br.  
RA Dr. Eberhard Ott, Stuttgart  
RA Dr. Wolfgang Rosener, Berlin  
RA Dr. Roland Steinmeyer, LL.M., Berlin (Berichterstatter)  
RAin Dr. Annedore Streyl, Berlin  
RA Dr. Georg Vorbrugg, München

Zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Anne Wißmann

Europaverteiler:

Europäische Kommission:

Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen

Europäisches Parlament:

Rechtsausschuss

Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten

Ausschuss für Wirtschaft und Währung

Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz

Rat der Europäischen Union

Ständige Vertretung Deutschlands bei der EU

Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)

Ansprechpartnerin:

**Deutscher Anwaltverein (DAV), Büro Brüssel**

Rechtsanwältin Eva Schriever, LL.M.

1, Avenue de la Joyeuse Entrée

1040 Brüssel

Belgien

Tel.: +32 2 280.28.12

Fax: +32 2 280 28 13

[bruessel@anwaltverein.de](mailto:bruessel@anwaltverein.de)

Nationaler Verteiler:

Bundesministerium der Justiz

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags

Europausschuss des Deutschen Bundestages

Bundesgerichtshof

Deutsche CCBE-Delegation

Vorstand des Deutschen Anwaltvereins

A-Rundschreiben

Ausschuss Internationaler Rechtsverkehr

Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft für

Internationalen Rechtsverkehr

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins

Mitglieder der Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins

Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesnotarkammer

Deutscher Steuerberaterverband

BFB

Ansprechpartnerin:

**Deutscher Anwaltverein (DAV)**

Rechtsanwältin Anne Wißmann.

Littenstraße 11, D-10179 Berlin

Tel. +49 30 72 61 52-127

Fax: +49 30 72 61 52-196

[wissmann@anwaltverein.de](mailto:wissmann@anwaltverein.de)

## Vorbemerkung

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 60.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt den Richtlinienentwurf. Es sind jedoch einige Punkte anzumerken, die zeigen, dass das Richtlinienvorhaben in mehrfacher Hinsicht verbessert werden könnte.

### I. Einleitung

Am 25. November 2004 hat der Rat der Europäischen Union Einvernehmen über den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften vom 18. November 2003 („RL-E“) erzielt.<sup>1</sup> Damit ist ein weiterer wichtiger Schritt auf dem Weg zum erfolgreichen Abschluss dieses langwierigen Richtlinienvorhabens erfolgt.

Der überarbeitete Entwurf sieht vor, dass Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten miteinander verschmolzen werden können.<sup>2</sup> Möglich werden danach Verschmelzungen zur Aufnahme und Verschmelzungen zur Neugründung von mindestens zwei Gesellschaften. Die in einigen Mitgliedstaaten<sup>3</sup> bestehenden rechtlichen Hindernisse solcher grenzüberschreitenden Unternehmenszusammenschlüsse wären zu beseitigen.

Die Verabschiedung dieser Richtlinie hätte zur Folge, dass es auf europäischer Ebene neben der bereits geschaffenen grenzüberschreitenden Verschmelzung zum Zwecke der Gründung einer Societas Europaea („SE“) gemäß Art. 17 des Statuts der Europäischen Gesellschaft („SE-VO“)<sup>4</sup> eine weitere Verschmelzungsmöglichkeit mit den damit verbundenen rechtlichen Vorteilen (Gesamtrechtsnachfolge, Auflösung ohne Abwicklung) geben würde. Die beteiligten Unternehmen wären deshalb nicht mehr darauf angewiesen, die Rechtsform der SE für einen Zusammenschluss zu wählen. Abgesehen davon kann eine SE durch grenzüberschreitende Verschmelzung nur von Aktiengesellschaften gegründet werden.

---

<sup>1</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften vom 25. November 2004, 2003/0277 (COD). Damit wurde der ursprüngliche Vorschlag der Kommission (KOM (2003) 703) teilweise abgeändert.

<sup>2</sup> Übersichten über den wesentlichen Inhalt des Richtlinienvorschlages finden sich etwa bei *Maul/Teichmann/ Wenz* BB 2003, 2633; *Pluskat* EWS 2004, 1. Der Entwurf ist nicht zu verwechseln mit der sog. Verschmelzungsrichtlinie, bei der es sich um die Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, Amtsblatt Nr. L 295 vom 20.10.1978 S. 36 ff., handelt. Diese harmonisiert nur die nationalen Rechtsordnungen für Verschmelzungen von Aktiengesellschaften innerhalb eines Mitgliedstaates.

<sup>3</sup> In Deutschland sind grenzüberschreitende Verschmelzungen nach herrschender Meinung nicht mit dem UmwG vereinbar. Zum Meinungsstand siehe *Dorr/Stukenborg* DB 2003, 647.

<sup>4</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (ABIEG Nr. L 294 v. 10.11.2001, 1 ff.). Der guten Ordnung halber sei auch noch auf die weniger praxisrelevante Möglichkeit der Gründung einer Europäischen Genossenschaft durch grenzüberschreitende Verschmelzung nach der Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE) (ABIEG Nr. L 207 v. 18.8.2003, 1 ff.) hingewiesen.

## II. Bewertung des Richtlinienvorhabens

### 1. Generelle Bewertung

Der Entwurf des Richtlinienvorschlages ist zu begrüßen. Er ist nicht nur ein weiterer bedeutender Baustein bei der Schaffung eines harmonisierten europäischen Gesellschaftsrechts, sondern auch ein wichtiger Schritt bei der Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften. Die Transaktionssicherheit bei grenzüberschreitenden Unternehmenszusammenschlüssen wird erheblich verbessert. Es können einfachere Transaktionsstrukturen gewählt werden. Umständliche Konstruktionen oder „Verschwörungen“ mit einzelnen Registerrichtern<sup>5</sup> werden zu einem wesentlichen Teil entbehrlich. Mit Recht hat allerdings bereits der Deutsche Notarverein in seiner Stellungnahme<sup>6</sup> darauf hingewiesen, dass die angestrebte Senkung von Transaktionskosten kaum ins Gewicht fallen wird.

Wesentlich wichtiger sind demgegenüber die mit dem RL-E einher gehenden steuerlichen, wirtschaftlichen und kollektiv-arbeitsrechtlichen Konsequenzen (Mitbestimmung).

**Steuerliche Anmerkungen.** Der Richtlinienvorschlag allein wird grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse nicht merklich fördern, solange nicht auch steuerrechtlich solche Maßnahmen erleichtert werden. Nach wie vor führt die Übertragung des Vermögens eines deutschen Rechtsträgers auf einen ausländischen Rechtsträger zu einer Aufdeckung stiller Reserven und damit zu einem steuerbaren Aufgabegewinn.

Mittelbar kann die Verabschiedung des Richtlinienentwurfs dem entgegen wirken, weil sie den Druck auf die Mitgliedstaaten zur Umsetzung der steuerlichen Fusionsrichtlinie aus dem Jahre 1990<sup>7</sup> mit den darin enthaltenen Möglichkeiten steuerneutraler grenzüberschreitender Umwandlungsvorgänge erhöht. Insbesondere Deutschland hat sich bislang der vollständigen Umsetzung der Fusionsrichtlinie mit dem Hinweis verschlossen, grenzüberschreitende Umwandlungen seien gesellschaftsrechtlich nicht zulässig. Dieses Argument trifft spätestens seit Inkrafttreten der SE-VO nicht mehr zu. Mit Umsetzung des Richtlinienvorschlages und der Fusionsrichtlinie würde dann bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen eine steuerneutrale Verschmelzung insoweit möglich sein, als stille Reserven eines deutschen übertragenden Rechtsträgers durch die Verschmelzung einer späteren inländischen Besteuerung nicht entzogen werden. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn sie einer inländischen Betriebsstätte zuzuordnen sind.

**Wirtschaftliche Anmerkungen.** Der Umstand, dass die Rechtsordnungen einiger Mitgliedstaaten grenzüberschreitende Verschmelzungen auch innerhalb der EU nicht zulassen, wurde schon seit längerem von vielen Unternehmen als nachteilig empfunden. Bei großen Unternehmenszusammenschlüssen wäre es den Parteien aus unternehmenspolitischen (und in manchen Mitgliedstaaten auch aus steuerlichen) Gründen oft lieber, wenn sie als Ausdruck eines echten „Merger of Equals“ eine Verschmelzung zur Neugründung vornehmen könnten. Ein bekanntes Beispiel hierfür ist der Zusammenschluss von Rhone-Poulenc S.A. und Hoechst AG zur Aventis S.A. im Jahre 1999. Dabei wurde unter anderem deshalb eine komplexe Holding-Struktur anstelle einer Verschmelzung gewählt, weil sowohl das französische als auch das deutsche Recht Hindernisse für letztere Variante enthielten (und immer noch enthaltenen).<sup>8</sup> Im Ergebnis führte dies dazu, dass die Hoechst AG mit Sitz in Deutschland als

---

<sup>5</sup> In der Literatur finden sich hin und wieder Berichte über einzelne Registerrichter, die grenzüberschreitende Verschmelzungen mit Beteiligung deutscher Rechtsträger eingetragen haben, siehe hierzu *Dorr/Stukenborg* DB 2003, 647, 653; *Wenglorz* BB 2004, 1061, 1066.

<sup>6</sup> Stellungnahme des Deutschen Notarvereins, abrufbar unter [www.dnotv.de/pdf/2004\\_01\\_26\\_stnfusion.html](http://www.dnotv.de/pdf/2004_01_26_stnfusion.html).

<sup>7</sup> Siehe hierzu sowie zu den jüngsten Bestrebungen der Kommission zur Änderung der Fusionsrichtlinie *Haritz/Wisniewski* GmbHR 2004, 28.

<sup>8</sup> Zum rechtlichen Ablauf dieses Zusammenschlusses siehe ausführlich *Hoffmann* NZG 1999, 1077.

(nahezu) hundertprozentige Tochtergesellschaft der Aventis S.A. mit Sitz in Frankreich bestehen blieb.

Die im Falle Aventis S.A. den beiden inflexiblen nationalen Verschmelzungsrechtsregimes geschuldete strukturelle Weichenstellung hat übrigens interessanter Weise bis heute Auswirkungen. Weil die Hoechst AG als börsennotierte Tochtergesellschaft der Aventis S.A. fortbestand, war Sanofi-Synthélabo S.A. (nunmehr Sanofi-Aventis S.A.) gezwungen, nach ihrem erfolgreichen Übernahmeangebot bezüglich der Aventis S.A. in Frankreich im Anschluss daran in Deutschland ein Pflichtangebot an die Hoechst-Aktionäre gemäß § 35 WpÜG abzugeben. Das Pflichtangebot ist gegenwärtig noch nicht abgeschlossen. Da auch dieses nicht zu einem Erwerb von 100 Prozent der Hoechst-Aktien führen wird, wird es zudem noch einen *Squeeze Out* geben. All dieser Maßnahmen hätte es nicht bedurft, wenn im Jahre 1999 eine Verschmelzung möglich gewesen wäre, die dazu geführt hätte, dass ein gemeinsames Unternehmen entstanden wäre.

**Mitbestimmungsrechtliche Anmerkungen.** Die im Kommissionsvorschlag enthaltenen mitbestimmungsrechtlichen Regelungen wurden vom Rat abgeändert. Dies hat dazu geführt, dass insbesondere Art. 14 Abs. 2 RL-E kaum mehr zu verstehen ist. Die Vorschrift sollte sprachlich überarbeitet werden.

Nach der Modifizierung des Art. 14 RL-E durch den Rat lässt sich das Regelungssystem wie folgt zusammenfassen. Soweit das innerstaatliche Recht der aufnehmenden Gesellschaft eine Mitbestimmung vorsieht,<sup>9</sup> wird diese grundsätzlich übernommen.

Beschäftigt der übertragende Rechtsträger mehr als 500 Arbeitnehmer und sind dessen Aufsichts- und/oder Verwaltungsorgane mitbestimmt, so kommt es zur Durchführung des für die SE entwickelten förmlichen Verhandlungsverfahrens.<sup>10</sup> Dies gilt auch, wenn die gesetzlich vorgesehene Mitbestimmung beim übernehmenden Rechtsträger nicht mindestens denselben Anforderungen wie diejenige des übertragenden Rechtsträgers entspricht. Maßstab hierfür ist der Anteil der arbeitnehmerseitig entsendeten Mitglieder des jeweiligen Aufsichts- und/oder Verwaltungsorgans.

Schließlich kommt es auch dann zum formalisierten Verhandlungsverfahren, wenn die Mitbestimmungsregelungen beim übernehmenden Rechtsträger die Beschäftigten am Sitz des übertragenden Rechtsträgers gegenüber den Beschäftigten am Sitz des übernehmenden Rechtsträgers benachteiligen.

In den vorgenannten Fällen sind mit den Arbeitnehmern Verhandlungen zu führen.<sup>11</sup> Soweit diese zu keiner Einigung führen, richtet sich die Mitbestimmung in der verschmolzenen Gesellschaft nach dem Standard der übertragenden Gesellschaft bzw. dem höheren Standard bei mehreren übertragenden Gesellschaften aus mehreren Mitgliedstaaten. Dies kann beispielsweise zur Folge haben, dass nach einer Verschmelzung einer deutschen Aktiengesell-

---

<sup>9</sup> Neben Deutschland ist eine Beteiligung der Arbeitnehmer in Leitungs- und Aufsichtsorganen zum Beispiel in den Niederlanden und in Österreich vorgesehen. In England und Spanien gibt es demgegenüber keine gesetzliche Mitbestimmung.

<sup>10</sup> Die Einzelheiten dieses Verfahrens sind in Deutschland in dem Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz, SEBG) geregelt, das am 29. Dezember 2004 in Kraft getreten ist (vgl. BGBl. II vom 28. Dezember 2004, Seiten 3686 ff.).

<sup>11</sup> Nach der nahezu unverständlichen Formulierung in Art. 14 Abs. 2 RL-E dürfte dies allerdings nur für Fälle gelten, in denen bei dem übertragenden Rechtsträger mindestens 500 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Die Bedenken des Deutschen Notarvereins, wonach unter Umständen schon kleine Betriebe mit fünf wahlberechtigten Arbeitnehmern in Verhandlungen einzubeziehen sind, dürften damit beseitigt worden sein. Ein solches Ergebnis wäre in der Tat „absurd“ gewesen (vgl. Stellungnahme des Deutschen Notarvereins [Fn. 6], Seite 4).

schaft zur Aufnahme durch eine englische *public limited company* diese fortan einen mitbestimmten Aufsichtsrat zu bilden hätte. Die Anteilseigner der englischen Gesellschaft könnten dieses Ergebnis zwar dadurch abwenden, dass sie sich die endgültige Zustimmung über die Modalitäten der Mitbestimmung vorbehalten (Art. 6 Abs. 2 RL-E). Sind sie aber mit der gefundenen Lösung nicht einverstanden, so können sie nur die Verschmelzung insgesamt verhindern, nicht das gefundene bzw. anzuwendende Mitbestimmungssystem. Deutschen Unternehmen könnte es wegen der zumeist strengeren deutschen Mitbestimmungsregelungen erschwert werden, an grenzüberschreitenden Verschmelzungen teilzunehmen. Die oftmals kritisierten Bestimmungen über die Mitbestimmung dürften aber die Bedeutung der Richtlinie jedenfalls für die wichtigen Fälle der Konzernumstrukturierungen nicht weiter schmälern.<sup>12</sup>

## 2. Weitere einzelne Kritikpunkte

Es sind noch einige weitere Punkte anzumerken, die zeigen, dass das Richtlinienvorhaben in mehrfacher Hinsicht verbessert werden könnte.

**Gesellschaftssitz.** Die Richtlinie gilt für Verschmelzungen von zwei oder mehr Gesellschaften, die dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen. Welchem Recht eine Gesellschaft unterliegt, bestimmt sich nach den nationalen Kollisionsrechten. In diesem Zusammenhang hätte es sich angeboten, auf der Ebene der Richtlinienggebung endgültig den altbekannten Streit zwischen Verwaltungssitz- und Gründungssitztheorie beizulegen. Der Richtlinienentwurf lässt diese Frage jedoch offen, wenn es sinngemäß heißt, eine grenzüberschreitende Verschmelzung liege vor, sofern Kapitalgesellschaften beteiligt sind, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Gemeinschaft haben.

Nach dieser Definition wäre übrigens der Anwendungsbereich der Richtlinie zum Beispiel in solchen Fällen eröffnet, in denen eine nach englischem Recht gegründete *private company limited by shares (Limited)*, die ihre Hauptniederlassung in Deutschland hat, mit einer deutschen GmbH verschmolzen werden soll. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man mit der nach *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* wohl inzwischen herrschenden Meinung annimmt, dass diese *Limited* dem englischen Gesellschaftsrecht unterliegt.

**Persönlicher Anwendungsbereich.** Wie schon vielfach und zu Recht von kritischen Stimmen hervorgehoben wurde, ist der persönliche Anwendungsbereich zu eng. Die Beschränkung auf Kapitalgesellschaften sollte nochmals überdacht werden.<sup>13</sup> Hiermit geht der RL-E zwar in zu begrüßender Weise über den Richtlinienvorschlag aus dem Jahr 1984 hinaus, der auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft begrenzt war.<sup>14</sup> Gerade bei den kleinen und mittelständischen Unternehmen („KMU“), deren Förderung nach der Vorstellung der Kommission im Vordergrund des Regelungsanliegens steht, handelt es sich aber – nicht nur in Deutschland – häufig um Personenhandelsgesellschaften. Die Einbeziehung der Rechtsformen GmbH & Co KG, KG und OHG wäre deshalb grundsätzlich zu befürworten. Dies entspricht weitgehend auch dem Anliegen derjenigen Stimmen, die zum Richtlinienvorschlag Stellung bezogen haben.<sup>15</sup> Es darf aber auch nicht übersehen werden, dass dies den Regelungsgehalt der Richtlinie erheblich verkomplizieren würde. Es wäre zum Beispiel sicherzustellen, dass Anteilseigner einer übertragenden Kapitalgesellschaft nicht ohne ihren Willen und nicht ohne ausreichende vorherige Aufklärung eine (ggf. unbeschränkte) persönliche Haftung nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates übernehmen müssen. Wollte man die Einbezie-

<sup>12</sup> Maul/Teichmann/Wenz BB 2003, 2633, 2641.

<sup>13</sup> Es ist zu begrüßen, dass der Rat die Einbeziehung der deutschen Rechtsform der Kommanditgesellschaft auf Aktien in den Kreis der Kapitalgesellschaften durch Verweis auf die Publizitätsrichtlinie geklärt hat. Die Zweifel, die angesichts des im Kommissionstext fehlenden Verweises bestanden, sind damit ausgeräumt.

<sup>14</sup> ABl. C 23 vom 25.01.1985, S.11.

<sup>15</sup> So zum Beispiel auch die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins (Fn. 6).

hung von Personengesellschaften daher ernsthaft verfolgen, wären erhebliche weitere Verhandlungen zu erwarten, die dem Richtlinienvorhaben im Ergebnis eher schaden dürften.

**Sachlicher Anwendungsbereich.** Eine Unzulänglichkeit des Richtlinienentwurfes ist in seiner Beschränkung auf Verschmelzungen zu sehen. Die gemeinschaftsweite Regelung weiterer grenzüberschreitender Umwandlungsmöglichkeiten (wie zum Beispiel Spaltungen einschließlich Ausgliederungen oder auch Formwechsel in Rechtsformen anderer Mitgliedstaaten) wäre insbesondere für europäische Konzerngesellschaften hilfreich. Die sog. Spaltungsrichtlinie<sup>16</sup> ist hierfür ungeeignet, da sie zum einen nicht zwingend umgesetzt werden musste und zum anderen nur die nationale Spaltung von Aktiengesellschaften regelt. Aufgrund des unmittelbaren Sachzusammenhangs mit der Verschmelzung hätte sich eine Harmonisierung im Rahmen des RL-E angeboten. Ohne eine europäische Regelung der Abspaltung wird der Anwendungsbereich des RL-E unnötig beschränkt. Die vorstehenden Erwägungen gelten übrigens auch für Aufspaltungen, die insbesondere für eventuelle Rückgängigmachungen von grenzüberschreitenden Verschmelzungen von Bedeutung sein könnten.

**Konzernsachverhalte.** Umwandlungen spielen nicht nur bei Unternehmenszusammenschlüssen eine Rolle, sondern sind auch bei Umstrukturierungen innerhalb einer Unternehmensgruppe von besonderer Bedeutung. Die Schaffung eines einheitlichen europäischen Rechts für Konzerne ist jedoch vorerst nicht zu erwarten. Die sogenannte Hochrangige Expertengruppe hat in ihrem Bericht ausdrücklich davon abgeraten, eine Harmonisierung dieses Rechtsgebietes anzugehen bzw. wiederaufzunehmen.<sup>17</sup>

Auch wenn der Richtlinienvorschlag nicht auf Konzernsachverhalte zugeschnitten ist, finden sich doch spezielle Regelungen, die Verschmelzungen innerhalb eines Konzerns erheblich erleichtern. Wird eine Tochtergesellschaft auf ihre Muttergesellschaft verschmolzen (sog. *up-stream merger*), sind die Anforderungen an den zu erstellenden Verschmelzungsplan geringer (Art. 13 RL-E). Die Vorlage eines Sachverständigenberichts bzw. die alternativ hierzu mögliche Verschmelzungsprüfung durch unabhängige Sachverständige entfällt völlig. Dies entspricht der geltenden deutschen Rechtslage bei Inlands-sachverhalten. Sie ist sinnvoll, weil bei der Verschmelzung einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft auf ihre Muttergesellschaft Nachteile für die Gesellschafter der Muttergesellschaft im Grundsatz nicht zu befürchten sind. Aus demselben Grund ist auch der vom Rat neu aufgenommene Verzicht auf einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung der Tochtergesellschaft zu begrüßen.<sup>18</sup> Darüber hinaus hätte es sich empfohlen, im Falle des *up-stream mergers* nach dem Vorbild des § 62 UmwG<sup>19</sup> auch auf den zustimmenden Beschluss der aufnehmenden Muttergesellschaft zu verzichten.

Der Richtlinienvorschlag enthält darüber hinaus keine Erleichterungen bei anderen Konzernumstrukturierungen. Hierzu zählen beispielsweise Verschmelzungen von Schwestergesellschaften untereinander (sog. *side-step merger*) sowie Verschmelzungen einer Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft (sog. *down-stream merger*). Nach deutschem Recht können solche Umwandlungen (ebenso wie prinzipiell jede Verschmelzung) vereinfacht werden, indem alle Anteilseigner aller beteiligten Rechtsträgers auf den Verschmelzungsbericht und

---

<sup>16</sup> Sechste Richtlinie 82/891/EWG des Rates vom 17. Dezember 1982 betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften.

<sup>17</sup> Bericht der von der Kommission eingesetzten Hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa vom 4. November 2002, Seite 102, abrufbar unter:  
[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/company/company/modern/consult/report\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_de.pdf).

<sup>18</sup> Diese Erleichterung ist im deutschen Recht bislang noch nicht vorgesehen.

<sup>19</sup> Nach dieser Vorschrift bedarf es keines zustimmenden Hauptversammlungsbeschlusses einer übernehmenden Aktiengesellschaft, wenn diese mindestens 90 Prozent des Stamm- oder Grundkapitals des übertragenden Rechtsträgers hält.

auf die Verschmelzungsprüfung durch notariell beurkundete Erklärung verzichten (§§ 8 Abs. 3, 9 Abs. 3, 12 Abs. 3 UmwG). Entsprechende Erleichterungen sollten unbedingt in den Richtlinienvorschlag aufgenommen werden.

**Gläubigerschutz.** Der Richtlinienvorschlag klammert Fragen des Gläubigerschutzes aus. Dies ist sehr bedauerlich, weil insoweit eine Harmonisierung erforderlich wäre. Das Schutzniveau in den Mitgliedstaaten ist unterschiedlich ausgestaltet.<sup>20</sup> Die Dritte Gesellschaftsrechtliche Richtlinie über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften innerhalb eines Mitgliedstaates aus dem Jahr 1978 hat lediglich die Schaffung eines „angemessenen Schutzsystems“ für diese Rechtsform erfordert.

Nach einer Umsetzung des aktuellen Richtlinienentwurfs kann es daher zum Beispiel dazu kommen, dass sich der Schutz der Gläubiger einer deutschen Kapitalgesellschaft, die auf eine EU-ausländische Gesellschaft verschmolzen wird, anders darstellt als bei einer Inlandsverschmelzung. Es ist anders als nach deutschem Umwandlungsrecht auch nicht mehr unerheblich, welche Rechtsform der aufnehmende Rechtsträger hat. In Deutschland stünde den Gläubigern unabhängig von der Rechtsform des aufnehmenden Rechtsträgers unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Sicherheitenbestellung gemäß § 22 UmwG zu. Auch wenn andere Mitgliedstaaten ähnliche Regelungen vorsehen, wäre es sehr empfehlenswert, einen einheitlichen europäischen Mindeststandard zu schaffen.

Die Hochrangige Expertengruppe hat in ihrem Bericht vorgeschlagen, dass ein Gläubiger ein Gericht anrufen können soll, „wenn er nachweisen kann, dass das Unternehmen nicht für einen ausreichenden Schutz gesorgt hat“.<sup>21</sup> Dies hat leider keinen Eingang in den Richtlinienentwurf gefunden. Die darüber hinausgehenden Ideen, im Sinne eines umfassenden Gläubigerschutzes ein einheitliches europäisches Kapitalschutzsystem mit präventiver Schutzfunktion – wie auch immer dies ausgestaltet sein wird – zu etablieren, werden durch den Richtlinienvorschlag ebenfalls nicht aufgegriffen werden.

**Schutz der Minderheitengesellschafter.** Der Richtlinienvorschlag klammert auch Fragen des Schutzes von Minderheitsgesellschaftern aus. Die Entwurfsbegründung verweist insofern auf die bestehenden Schutzsysteme in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen. Der Deutsche Notarverein hat aber bereits anhand einiger praxisnaher Beispiele gezeigt, welche Probleme insbesondere kollisionsrechtlicher Art dabei entstehen können.<sup>22</sup> Ergänzend sei in diesem Zusammenhang auf die Fragen der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses sowie einer Barabfindung für widersprechende Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers hingewiesen. Die in der Praxis schon bei reinen Inlandssachverhalten auch nach Inkrafttreten des Spruchverfahrensgesetzes noch recht langwierigen Spruchstellenverfahren zur gerichtlichen Angemessenheitsprüfung werden wegen der Beteiligung der ausländischen Rechtsträger noch aufwendiger werden. Zu erwähnen ist abschließend, dass der Richtlinienentwurf keine Regelungen zur Geltendmachung der Nichtigkeit von Zustimmungsbeschlüssen enthält. Hier hätte es sich empfohlen, gemeinschaftsweit Mechanismen zur Überwindung von Registersperren infolge missbräuchlicher Klagen vorzugeben. Das deutsche Umwandlungsrecht bietet in diesem Zusammenhang wegen der Möglichkeit der Überwindung von

---

<sup>20</sup> In Italien wird die Verschmelzung im Falle eines Gläubigerwiderspruchs suspendiert; diese Suspendierung kann gegen Leistung einer Sicherheit aufgehoben werden (Art. 2503 Codice Civile); ebenso in Spanien (§ 243 LSA), allerdings mit einer kürzeren Widerspruchsfrist.

<sup>21</sup> Bericht der Hochrangigen Expertengruppe (Fn. 17), Seite 119.

<sup>22</sup> Stellungnahme des Deutschen Notarvereins (Fn. 6), S. 8 f. Die dort aufgeworfenen Zweifelsfragen sollten aber mit Vorsicht betrachtet werden. So wird zum Beispiel die Regelung des § 21 UmwG missverständlich dargestellt (siehe Seite 9, erster Absatz). § 21 UmwG gewährt kein Kündigungsrecht für Vertragspartner eines an einer Verschmelzung beteiligten Rechtsträgers, sondern ermöglicht in besonderen Ausnahmefällen Anpassungen gegenseitiger, beidseitig noch nicht erfüllter Verträge zugunsten eines übernehmenden Rechtsträgers.



Registersperren durch ein gerichtliches Unbedenklichkeitsverfahren ein relativ ausgewogenes Instrumentarium zum Ausgleich der beteiligten Interessen.

### **III. Ausblick**

Möglicherweise wird das Richtlinienvorhaben von der Rechtsprechung des EuGH überholt. Mit Beschluss vom 16. September 2003<sup>23</sup> hat das Landgericht Konstanz sinngemäß die Rechtsfrage vorgelegt, ob das deutsche Umwandlungsrecht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist, soweit es grenzüberschreitenden Umwandlungen entgegen steht. Es erscheint durchaus denkbar, dass der EuGH in Fortsetzung seiner liberalen Rechtsprechung im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Sitzverlegungen eine umfassende Gleichstellung von EU-ausländischen mit inländischen Gesellschaften im nationalen Umwandlungsrecht der Mitgliedstaaten schafft. Möglicherweise urteilt das Gericht, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Umwandlungsmöglichkeiten, die inländischen Gesellschaften zur Verfügung stehen, auch Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten einzuräumen, soweit sich diese mit inländischen zusammenschließen oder inländische Rechtsformen nutzen wollen. Eine solche Entscheidung des Gerichts würde weit über den Inhalt des Richtlinienentwurfs hinausgehen. Der Bedarf nach einer umfassenden gemeinschaftsweiten Regelung grenzüberschreitender Umstrukturierungs- und Umwandlungsmaßnahmen bliebe aber bestehen.

---

<sup>23</sup> LG Koblenz NZG 2003, 1124.