

Raupach & Wollert-Elmendorff

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Raupach & Wollert-Elmendorff ist eine deutsche Wirtschaftskanzlei mit Büros in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt/Main, Hamburg, Hannover, München und Stuttgart. Mit rund 70 Rechtsanwälten berät die Kanzlei in- und ausländische Mandanten in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, unter anderem auch in multidisziplinärer Zusammenarbeit mit ihrem Kooperationspartner Deloitte (Wirtschaftsprüfung, Steuer- und Unternehmensberatung). International arbeitet Raupach & Wollert-Elmendorff in einem Netzwerk kooperierender Rechtsanwaltskanzleien in über 30 Ländern und mit mehr als 1.500 Rechtsanwälten.

Andreas Jentgens ist Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro von Raupach & Wollert-Elmendorff. Er berät in- und ausländische Unternehmen vornehmlich im Bereich Mergers & Acquisitions, Gesellschaftsrecht und insbesondere im Umwandlungsrecht.

Ansprechpartner:
RA Matthias Mielke (Personalentwicklung)
Tel.: 040 / 37 85 38 0
mmielke@raupach-we.de

RA Andreas Jentgens
Tel.: 0211 / 8772 04
ajentgens@raupach-we.de

www.raupach-we.de



Grenzüberschreitende Verschmelzungen

Neue Perspektiven im internationalen Gesellschaftsrecht

von Andreas Jentgens, Düsseldorf

Mit der Umsetzung der europäischen Verschmelzungsrichtlinie in deutsches Recht (Änderung des Umwandlungsgesetzes) werden in naher Zukunft deutsche Kapitalgesellschaften leichter über die Grenzen hinweg mit anderen Unternehmen aus der Europäischen Union verschmolzen werden können.

Die Verschmelzung von zwei Gesellschaften ist eine der Umwandlungsarten nach dem deutschen Umwandlungsgesetz. Neben der Verschmelzung ermöglicht das Umwandlungsgesetz Umwandlungen in der Form der Spaltung, des Formwechsels oder der Vermögensübertragung. Alle Umwandlungsvorgänge nach dem UmwG verfolgen das Ziel, die juristische und organisatorische Struktur von Unternehmensträgern im Wege vollständiger oder zumindest partieller Gesamtrechtsnachfolge zu verändern.

In der Praxis ist die Verschmelzung nach §§ 2 ff. UmwG die wichtigste Form der Umwandlung. Die Verschmelzung ist ein Zusammenschluss von zwei oder mehreren rechtlich selbständigen Unternehmen zu einer rechtlichen und wirtschaftlichen Einheit. Das Vermögen der

übertragenden Rechtsträger geht im Ganzen auf einen anderen (übernehmenden) Rechtsträger über, und der übertragende Rechtsträger wird aufgelöst. Mit der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister der übernehmenden Rechtsträgers erlischt der übertragende Rechtsträger. Es erfolgt jedoch keine Abwicklung (Liquidation) des übertragenden Rechtsträgers. Dessen Rechte und Pflichten gehen vielmehr kraft Gesetzes auf den übernehmenden Rechtsträger über. Die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers erhalten als Gegenleistung für die Vermögensübertragung Anteilsrechte an dem übernehmenden beziehungsweise neuen Rechtsträger. Gesellschaftsrechte an dem übertragenden Rechtsträger erlöschen mit Wirksamkeit der Verschmelzung.

Indem Gesellschaften miteinander verschmolzen werden, können Unternehmens- und insbesondere Konzernstrukturen relativ einfach und rechtsicher verschlankt werden. Entscheidender Vorteil einer Maßnahme nach dem Umwandlungsgesetz im Vergleich zu den Umstrukturierungsmöglichkeiten außerhalb des UmwG ist die Gesamtrechtsnachfolge. Ist eine Zusammenführung

der Geschäftsbetriebe zweier Gesellschaften wirtschaftlich sinnvoll, so kann eine Fusion auch dadurch erfolgen, dass der eine Geschäftsbetrieb im Ganzen an den Inhaber des anderen Geschäftsbetriebs veräußert wird. Ein solcher **Asset Deal** führt jedoch lediglich zur Einzelrechtsnachfolge mit der Konsequenz, dass beispielsweise im Hinblick auf die Übertragung von Verträgen et cetera die Zustimmung jedes einzelnen Vertragspartners zum Übergang des Vertrages erforderlich ist. Schließlich muss in diesen Konstellationen noch die Gesellschaft, die ihren Geschäftsbetrieb übertragen hat und nunmehr „leer“ ist, liquidiert werden. Diese zusätzliche Liquidation führt nicht nur zu einer zeitlichen Verzögerung des gesamten Umstrukturierungsprozesses (vgl. bspw. das „Sperrjahr“ nach § 73 GmbHG und die damit verbundene Ausschüttungssperre), sondern auch zu weiteren Kosten für den Unternehmensträger.

Derzeitige Rechts- und Gesetzeslage

Nach § 1 Abs. 1 UmwG gelten als verschmelzungsfähige Rechtsträger allerdings nur Rechtsträger mit Sitz im Inland. Dies hat für die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Litera-

Raupach & Wollert-Elmendorff

tur zur Folge, dass nach dem Wortlaut des Umwandlungsgesetzes eine grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung deutscher Rechtsträger ausgeschlossen ist. Ein Umstand, der angesichts fortschreitender Internationalisierung des Wirtschaftslebens schon früh als Manko des deutschen Umwandlungsgesetzes erkannt wurde. Europaweit operierende Unternehmen können nach derzeitiger Gesetzeslage Tochtergesellschaften in Deutschland miteinander verschmelzen oder ihre Tochtergesellschaften in Italien, nicht aber ihre deutsche Tochtergesellschaft grenzüberschreitend mit ihrer italienischen.

Grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse sind bisher entweder nur über die „Asset Deal Variante“ mit dem Nachteil der Einzelrechtsnachfolge oder nur durch sehr umfangreiche und komplexe Kombinationen von verschiedenen Umstrukturierungsvorgängen zu erzielen. Soll der Geschäftsbetrieb einer deutschen GmbH mit Gesamtrechtsnachfolge in eine niederländische *Besloten Vennootschap* („B.V.“, eine der GmbH vergleichbare Rechtsform niederländischen Rechts) überführt werden, so müsste man zunächst die deutsche GmbH formwechselnd in eine zweigliedrige Personenhandelsgesellschaft (bspw. B.V. & Co. KG) umwandeln (§§ 190 ff. UmwG), wobei die B.V. ein Gesellschafter dieser Personenhandelsgesellschaft sein beziehungsweise werden müsste. Nach Wirksamkeit des Formwechsels mit Eintragung im Handelsregister würde die Personenhandelsgesellschaft durch Austritt eines Gesellschafters beendet, mit der Folge, dass das Gesellschaftsvermögen dem „verbleibenden“ Gesellschafter, in unserem Beispiel der B.V., anwüchse. Durch diese Anwachsung nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 142 HGB, § 738 BGB) kommt es zu einer der Gesamtrechtsnachfolge vergleichbaren Rechtsübertragung. Die ursprünglich der deutschen GmbH zuzuordnenden Rechte und Pflichten werden kraft Gesetzes Rechte und Pflichten der niederländischen B.V.

Im Vergleich zu einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (in unserem Beispiel hätte man die deutsche GmbH in einem Schritt auf die niederländische B.V. verschmolzen), stellt die beschriebene Variante jedoch keine gleichwertige Alternative dar, da sie durch die Kombination von verschiedenen Maßnahmen zeit- und kostenintensiver ist.

Europarechtliche Veränderungen und deutsches Gesetzgebungsverfahren

Durch zwei wegweisende Entwicklungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen innerhalb Europas im Dezember 2005 haben sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für Verschmelzungen zwischen deutschen und im EU-Ausland ansässigen Gesellschaften grundlegend gewandelt. Am 13. Dezember 2005 hat der EuGH in seiner Entscheidung in Sachen „SEVIC Systems“ (Rs. C -

STICHWORTE

Asset Deal

Verschmelzungsrichtlinie

Rechtmäßigkeitskontrolle

Mitbestimmungsvereinbarung

steuerliche Fusionsrichtlinie

411/03) entschieden, dass im Hinblick auf die EG-vertraglich geschützte Niederlassungsfreiheit grenzüberschreitende Verschmelzungen nicht generell verweigert werden können und damit im Grundsatz zulässig sind. Parallel dazu hat das Europäische Parlament am 25. November 2005 eine Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten auf europäischer Ebene (10. gesellschaftsrechtliche Richtlinie 2005/56/2005 EG, Abl. L 310/01, „**Verschmelzungsrichtlinie**“) verabschiedet, mit der die unterschiedlichen Verschmelzungsrechte der EU-Mitgliedstaaten bis Ende 2007 harmonisiert werden sollen. Auf der Basis eines Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums zur Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in nationales Recht (Referentenentwurf vom 17.

Februar 2006) hat die Bundesregierung am 9. August 2006 nun den Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes beschlossen, der sich zur Zeit im Gesetzgebungsverfahren befindet.

Die SEVIC Systems-Entscheidung des EuGH

In dem zugrunde liegenden Fall hatte das deutsche Registergericht in Neuwied die Eintragung der Verschmelzung einer luxemburgischen SA auf die deutsche SEVIC Systems AG mit der Begründung verweigert, dass die Verschmelzung mit § 1 Abs. 1 UmwG unvereinbar sei, da diese Vorschrift nur die Umwandlung von Rechtsträgern mit Sitz im Inland vorsehe. Das als Beschwerdegericht zuständige Landgericht Koblenz legte dem EuGH die Frage vor, ob eine solche Auslegung des § 1 Abs. 1 UmwG gegen die im EG-Vertrag manifestierte Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften verstoße.

Nach Ansicht des EuGH sind vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EGV alle Maßnahmen umfasst, die es einer Gesellschaft ermöglichen beziehungsweise erleichtern, in einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitzstaat am Wirtschaftsleben unter denselben Bedingungen teilzunehmen wie die inländischen Gesellschaften jenes Mitgliedstaates. Da § 1 Abs. 1 UmwG nur innerstaatliche, nicht aber grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge zulasse, erfahre die Niederlassungsfreiheit durch § 1 Abs. 1 UmwG eine unzulässige Beschränkung. Eine solche Beschränkung sei nur gerechtfertigt, wenn mit ihr ein legitimes, mit dem EG-Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt werde, zwingende Gründe des Allgemeininteresses hierfür sprächen und sie zur Erreichung des Ziels geeignet und erforderlich sei. Zwar könnten unter bestimmten Voraussetzungen der Schutz der Gläubigerinteressen, der Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer sowie die Wahrung der Wirksamkeit der Steueraufsicht und der Lauterkeit des Handelsverkehrs als zwingende Gründe

des Allgemeininteresses eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende Maßnahme rechtfertigen. Eine generelle Verweigerung der Eintragung einer Verschmelzung auf Grund ihres grenzüberschreitenden Charakters ließe sich dadurch jedoch nicht rechtfertigen und sei zudem unverhältnismäßig.

Nachdem der EuGH die Frage der Eintragungsfähigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen entgegen der bisherigen Praxis der deutschen Registergerichte bejaht hat, kann – auch bereits vor der Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie – die Eintragung grenzüberschreitender Verschmelzungen im Grundsatz nicht mehr verweigert werden. Allerdings fehlt für allein auf der SEVIC-Entscheidung basierende grenzüberschreitende Verschmelzungen noch ein allgemeingültiger einheitlicher und verlässlicher Rechtsrahmen. Verfahrensabläufe, erforderliche Dokumente, Formerfordernisse et cetera sind daher in solchen Fällen im Einzelnen mit den zuständigen in- und ausländischen Registerstellen abzustimmen. Dies kann äußerst langwierig sein.

Die Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/2005 EG

Mit der Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/2005 EG soll der einheitliche Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Verschmelzungen geschaffen werden. Die Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in nationales Recht hat bis spätestens Dezember 2007 zu erfolgen. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist auf Verschmelzungen beschränkt. Spaltungen und Formwechsel werden nicht erfasst.

Nach Art. 1 gilt die Verschmelzungsrichtlinie für Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Europäischen Gemeinschaft haben, sofern mindestens zwei von ihnen dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen. Die Richtlinie ist nur auf Kapitalgesellschaften

anwendbar, nicht aber auf Personenhandelsgesellschaften.

Nach Art. 4 der Verschmelzungsrichtlinie gilt, dass auf grenzüberschreitende Verschmelzungen soweit wie möglich das für die beteiligten Gesellschaften jeweils geltende nationale Recht maßgeblich ist. So sind grenzüberschreitende Verschmelzungen nur zwischen solchen Rechtsformen möglich, die auch innerstaatlich verschmolzen werden dürfen. Die Richtlinie dient also nicht dazu, neue Verschmelzungsmöglichkeiten zu schaffen. Vielmehr sollen bestehende Verschmelzungsmöglichkeiten auch grenzüberschreitend ermöglicht werden. Für das Verschmelzungsverfahren gilt primär das nationale Verschmelzungsrecht der jeweiligen Gesellschaft. Dies betrifft insbesondere die Beschlussfassung der Gesellschafter über die Verschmelzung, die zur Durchführung der Verschmelzung gegebenenfalls vorzunehmende Kapitalerhöhung, den Schutz der Gläubiger sowie die Information und den Schutz der Gesellschafter und der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften.

Der Verschmelzungsplan (Art. 5 der Verschmelzungsrichtlinie) tritt bei grenzüberschreitenden Verschmelzungsvorgängen an die Stelle des deutschen Verschmelzungsvertrages. Inhaltlich ist der Verschmelzungsplan, der gemeinsam von den Leitungs- oder Verwaltungsorganen der beteiligten Gesellschaften aufzustellen ist, im Wesentlichen mit dem notwendigen Inhalt eines Verschmelzungsvertrages nach deutschem Recht vergleichbar. Durch die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der an der Verschmelzung beteiligten Unternehmen ist zwingend ein Verschmelzungsbericht zu erstellen, der der Information und Meinungsbildung der Gesellschafter dient (Art. 7). Der Verschmelzungsbericht ist ebenfalls den Arbeitnehmervertretern oder – wenn es solche Vertreter nicht gibt – den Arbeitnehmern selbst zur Verfügung zu stellen, damit sie möglichst frühzeitig umfassend über die geplante Verschmelzung unterrichtet werden.

Art. 8 der Verschmelzungsrichtlinie regelt die Prüfung des Verschmelzungsplanes durch unabhängige Sachverständige. Allerdings sind Prüfung und Bericht – ähnlich dem deutschen Umwandlungsrecht – entbehrlich, wenn alle Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften darauf verzichten. Nach Art. 9 bedarf der Verschmelzungsplan der Zustimmung der Gesellschafterversammlungen aller beteiligten Unternehmen, wobei sich Einberufungsmodalitäten und Beschlussmehrheiten nach dem jeweiligen nationalen Recht richten.

In der Verschmelzungsrichtlinie ist in den Art. 10 und 11 eine zweistufige **Rechtmäßigkeitskontrolle** vorgesehen. Diese wird entsprechend der Regelung im jeweiligen Mitgliedstaat durch ein Gericht, einen Notar oder eine zuständige Behörde durchgeführt. Im Sitzstaat der übertragenden Gesellschaften wird zunächst geprüft, ob der gemeinsame Verschmelzungsplan wie vorgeschrieben aufgestellt und publiziert worden ist. Darüber wird gemäß Art. 10 Abs. 2 eine Verschmelzungsbescheinigung ausgestellt. Auf der zweiten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle wird diese Bescheinigung im Sitzstaat der übernehmenden (oder neuen) Gesellschaft der dort jeweils zuständigen Stelle vorgelegt. Diese prüft gemäß Art. 11 insbesondere, ob alle Gesellschaften einem gleichlautenden Verschmelzungsplan zugestimmt haben und ob eine **Mitbestimmungsvereinbarung** abgeschlossen wurde.

Der Zeitpunkt, an dem die grenzüberschreitende Verschmelzung wirksam wird, bestimmt sich nach dem Recht des Mitgliedstaats, dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft unterliegt. Mit der Wirksamkeit der Verschmelzung durch Eintragung in dem zuständigen Register geht das gesamte Aktiv- und Passivvermögen der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft über; die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft werden Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft und die übertragende Gesellschaft erlischt.

Raupach & Wollert-Elmendorff

Die deutsche Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie

Durch den Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes der Bundesregierung vom 9. August 2006 (nachfolgend „E-UmwG“ oder „Entwurf“) sollen die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben der Verschmelzungsrichtlinie in das UmwG integriert werden. Das deutsche Umwandlungsgesetz soll mit den §§ 122a bis 122l um einen neuen Zehnten Abschnitt über die „Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften“ erweitert werden; im Übrigen sollen dieselben Bestimmungen wie für eine hergebrachte innerstaatliche Verschmelzung gelten. Auf diesem Wege sollen zukünftig beispielsweise eine deutsche GmbH mit einer französischen „Société à responsabilité limitée“ (S.a.r.l.) oder einer britischen „Private Company Limited by Shares“ (Ltd.) verschmolzen werden können.

An einer grenzüberschreitenden Verschmelzung sollen sich gemäß § 122b E-UmwG ausschließlich Kapitalgesellschaften beteiligen können, in Deutschland also die AG, GmbH, KGaA und SE. Obwohl die SEVIC-Entscheidung insoweit keine Beschränkung auf Kapitalgesellschaften erkennen lässt, ist der Anwendungsbereich der Verschmelzungsrichtlinie als auch des Entwurfs zur Änderung des Umwandlungsgesetzes auf Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften beschränkt und – demnach wohl selbst europarechtswidrig. Stichhaltige Gründe, weshalb eine grenzüberschreitende Verschmelzung nur Kapitalgesellschaften vorbehalten bleiben soll, sind nicht ersichtlich.

Hinsichtlich der Aufstellung des gemeinsamen Verschmelzungsplans sieht der Entwurf in § 122c Abs. 4 E-UmwG eine notarielle Beurkundungspflicht für den Verschmelzungsplan vor. Mit diesem Formerfordernis schießt der Entwurf über die Vorgaben der Verschmelzungsrichtlinie hinaus. Es ist äußerst fraglich, ob das deutsche Recht einseitig die nota-

rielle Beurkundung des – gleichermaßen für den ausländischen Verschmelzungspartner geltenden – gemeinsamen Verschmelzungsplans anordnen darf.

Nach Aufstellung des Verschmelzungsplans ist ein Verschmelzungsbericht zu fertigen und an die Arbeitnehmer weiterzuleiten. Die Verschmelzungsprüfung ist nach § 122f E-UmwG auch für die GmbH obligatorisch.

Kernstück der zweistufigen Rechtmäßigkeitskontrolle ist die Verschmelzungsbescheinigung (§ 122k E-UmwG). In Deutschland ist für die Erteilung das Registergericht am Sitz der Gesellschaft zuständig. Dort hat die Geschäftsführung der übertragenden Gesellschaft das Vorliegen der sie betreffenden Voraussetzungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung zur Eintragung anzumelden. Das Registergericht prüft die Verschmelzungsvoraussetzungen nur in Bezug auf die inländische Gesellschaft und trägt die Erfüllung der Voraussetzungen in das Handelsregister der übertragenden Gesellschaft ein. Die Nachricht über die Eintragung in das Register gilt dann als Verschmelzungsbescheinigung, die der Registerstelle im Sitzstaat des übernehmenden Verschmelzungspartners vorzulegen ist.

Im Sitzstaat der übernehmenden Gesellschaft schließt sich in einer zweiten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen hinsichtlich der Verschmelzung selbst an (§ 122l Abs. 2 E-UmwG). Diese Prüfung bezieht sich insbesondere darauf, ob die Anteilsinhaber aller an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften dem gemeinsamen Verschmelzungsplan zugestimmt haben und gegebenenfalls eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung geschlossen worden ist. Unterliegt die übernehmende Gesellschaft deutschem Recht, so wird die Verschmelzung mit ihrer Eintragung im Register am Sitz der Gesellschaft wirksam. Das Gericht meldet die Eintra-

gung sodann an das für die übertragende Gesellschaft zuständige Register.

Ausblick

Mit der Umsetzung des Entwurfs des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes wird die Grundlage für grenzüberschreitende Verschmelzungen geschaffen. Allerdings wird weder durch die europäische Verschmelzungsrichtlinie noch durch den Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes das SEVIC-Urteil des EuGH vollständig umgesetzt. Die grenzüberschreitende Verschmelzung von Personengesellschaften sollte ebenso ermöglicht werden wie die grenzüberschreitende Spaltung und der grenzüberschreitende Formwechsel.

Von besonderer Bedeutung ist daneben die Rechtsentwicklung in Bezug auf die steuerrechtliche Behandlung grenzüberschreitender Umwandlungen. Der deutsche Gesetzgeber hat die so genannte **steuerliche Fusionsrichtlinie** bisher nicht in nationales Recht umgesetzt, was allerdings bis spätestens zum 1. Januar 2007 erfolgen muss. Im Lichte des SEVIC-Urteils und im Rahmen der Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie ist der Erlass entsprechender steuerlicher Regeln zur Behandlung grenzüberschreitender Umwandlungsvorgänge unentbehrlich.

Der einheitliche Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Verschmelzungen wird nach Umsetzung der Richtlinie mit Leben zu füllen sein. In der Praxis werden sich im Umgang mit grenzüberschreitenden Verschmelzungen für den im internationalen Gesellschafts- und Umwandlungsrecht tätigen Rechtsanwender neue und interessante Tätigkeitsfelder ergeben. Zukünftig wird für Rechtsanwälte, die in diesem Rechtsgebiet beraten, nicht nur (wie schon bisher) die profunde Kenntnis des eigenen, nationalen Rechts unabdingbar, sondern auch das Verständnis für und die Kenntnis von Rechtsordnungen anderer europäischer Länder zwingend erforderlich sein.