

## Empfehlungen zur Abstimmung bei der EU-Konsultation zu grenzüberschreiten- den Verschmelzungen und Spaltungen

Empfehlungen des Deutschen Aktieninstituts zur Abstimmung beim Online-Fragebogen im Rahmen der EU-Konsultation zu grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen <http://ec.europa.eu/eusurvey/runner/cross-border-mergers-divisions?surveylanguage=de>, vom 25. November 2014.

---

## Übersicht: Abstimmungsempfehlungen

### II. Grenzüberschreitende Verschmelzungen

**Q1:** b) Nein. **Q2:** a) Ja.

**Q3:** a) Ja. **Q3,1:** a) Volle Harmonisierung. **Q3,2:** b) Sicherheit zu verlangen. **Q4:** a) Ja. **Q4,1:** d) Sonstiges: Keine weiteren. Das Recht, Sicherheit zu verlangen, genügt.

**Q5:** a) Ja. **Q5,1:** a) vor dem Wirksamwerden einer grenzüberschreitenden Verschmelzung liegen.

**Q6:** a) Ja. **Q6,1:** a) Volle Harmonisierung **Q6,2:** d) Sonstige Rechte: Sie sollten zwar das Recht zur Entschädigung haben. Allerdings sollte die Unangemessenheit der Entschädigung wie auch die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses keine Klage gegen den Verschmelzungsbeschluss begründen können, vgl. Regelungen zum sog. Spruchverfahren in Deutschland. **Q7:** a) Ja. **Q7,1:** a) Hauptversammlung / Anteilsinhaberversammlung und b) die Veröffentlichung des gemeinsamen Plans. **Q8:** a) Ja. **Q8,1:** a) 1 Monat.

**Q9:** a) Ja. **Q9,1:** a) Das Unternehmen sollte zwischen Markt- und Buchwertmethode wählen können. **Q10:** a) Ja. **Q10,1:** b) das buchhalterische Datum.

**Q11:** a) Ja. **Q11,1:** d) Sonstiges: Im Interesse der Rechtssicherheit und des Gläubigerschutzes sollte es sich um ein möglichst frühes Ereignis handeln, welches ferner ohne große Interpretationsspielräume vorliegt. Das sollte aber ebenfalls für den Verschmelzungsbericht gelten, der dem Betriebsrat beziehungsweise den Arbeitnehmern bekannt zu machen ist. Der Verschmelzungsplan sollte mit der Zugänglichmachung des Verschmelzungsberichts bekannt zu machen sein und Verschmelzungsplan und -bericht sollten spätestens mit der Einreichung der Unterlagen zum Handelsregister bekannt beziehungsweise zugänglich zu machen sein.

**Q12:** a) Ja. **Q12,1:** a) keine Arbeitnehmer, b) alle Aktionäre einverstanden, c) 90% aller Aktionäre einverstanden sind, d) keine Auswirkungen auf Gläubiger, e) Sonstiges: Arbeitnehmer, Aktionäre und Gläubiger haben alle unterschiedliche Schutzsysteme. Es ist daher genau zu prüfen, ob es ein einheitliches vereinfachtes Verfahren geben kann oder für ein vereinfachtes Verfahren für jeden einzelnen zuvor genannten Fall eingeführt werden muss.

**Q13:** a) Ja. **Q14:** a) Ja. Bereits Art. 49 Abs. 2 AEUV bestimmt, dass aus einer Verschmelzung resultierende Gesellschaften den selben Bestimmungen unterliegen sollen, die für inländische Gesellschaften gelten. Das System der Arbeitnehmermitbestimmung kann allerdings dazu führen, dass die resultierende Gesellschaft einem Arbeitnehmermitbestimmungssystem unterliegt (bspw. in Großbritannien) die übrigen inländischen Gesellschaften allerdings nicht (vgl. case study der study on the application of the cross-border mergers directive, S. 54). Es muss daher geprüft werden, ob der Schutz der Arbeitnehmermitbestimmung die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit tatsächlich rechtfertigen kann. Unabhängig davon, sind die Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 CBMD zu verengen und die Verhandlungslösung zu vereinfachen, damit eine höhere Mobilität erreicht werden kann.

### III. Grenzüberschreitende Spaltungen<sup>1</sup>

**Q1:** a) Wahrnehmung neuer Chancen, b) Änderung/Vereinfachung der Organisationsstruktur, c) Anpassung an sich ändernde Marktbedingungen. **Q2:** a) Senkung der Regulierungskosten, b) Senkung der übrigen Kosten, c) Senkung der operativen Kosten. **Q3:** a) Kosten, c) Rechtliche Unsicherheit, d) Dauer und Komplexität der Verfahren.

Q3,1: h) Ich weiß es nicht. Q3,2: c) Ich weiß es nicht.

(Anmerkung: Die Frage der Kosten können wir nicht beantworten. Wir werden deshalb mit „Ich weiß es nicht“ abstimmen. Sollte Ihnen eine Einschätzung möglich sein, sollten Sie sie hier gerne äußern)

**Q4:** a) und b) Gläubiger und Minderheitsaktionäre und d) bis f) Verfahrensfragen, Rechnungslegungsfragen und Arbeitnehmermitbestimmung. **Q5:** a) Ja. Die Sevic-Entscheidung stellt in Randnummer 19 klar, dass Umwandlungen Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit sind. Daher sollten nicht nur grenzüberschreitende Spaltungen, sondern auch die grenzüberschreitende Sitzverlegung und andere Umwandlungsformen in einer Richtlinie ermöglicht werden. Dabei ist auf einen möglichst ähnlichen Rechtsrahmen für alle Umwandlungsformen zu achten.

### IV. Weitere Anmerkungen

Gerne können Sie unseren Text 1zu1 übernehmen (s. S. 23 f.)

---

<sup>1</sup> Sollten Sie anstatt des Online-Fragebogens das pdf ausfüllen wollen, werden Sie noch Fragen 6-8 finden, die anscheinend für deutsche Teilnehmer nicht vorgesehen sind.

## I. Einleitung

Nachfolgend finden Sie unsere Empfehlungen zur Abstimmung bei der [EU-Konsultation](#). Beachten Sie bitte, dass wir zu Beginn eines jeden Punktes die Fragen in blau aufgezählt und die empfohlenen Antworten in schwarz angefügt haben. Anschließend geben wir Ihnen Hinweise über die in Deutschland bestehende Rechtslage, über die Hintergründe der Frage und begründen unsere Empfehlung.

Der Fragebogen basiert auf der „Study on the application of the cross-border mergers directive“ (nachfolgend: Studie). Diese Studie zur Verschmelzungsrichtlinie (nachfolgend: CBMD) wurde im September 2013 veröffentlicht und behandelt verschiedene Probleme der unterschiedlichen Umsetzung der CBMD. Beachten Sie bitte, dass zu diesem Bereich mit den Urteilen Überseering, Sevic, Cartesio, Vale usw. eine die Niederlassungsfreiheit konturierende Rechtsprechung besteht.

Diese zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der EuGH entschieden hat, dass jede Gesellschaft nur aufgrund ihrer eigenen inländischen Rechtsordnung existiert. Nur wenn die inländische Rechtsordnung die Unternehmung als Gesellschaft anerkennt, kann sie sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Deshalb kann die inländische Rechtsordnung auch ihre eigenen Voraussetzungen aufstellen, wie eine Gesellschaft gegründet wird und welche Anforderungen zu erfüllen sind, damit sie eine Gesellschaft dieser Rechtsordnung bleibt. Die inländischen Rechtsordnungen haben aber die Niederlassungsfreiheit insoweit zu achten, als dass sie grenzüberschreitende Umwandlungen oder Betätigungen nicht zusätzlich erschweren dürfen (Effektivitätsgrundsatz) und diese Gesellschaften grundsätzlich die selben Möglichkeiten zur Umwandlung haben müssen, wie inländische Gesellschaften (Äquivalenzgrundsatz). Wenn Verschmelzungen zwischen inländischen Gesellschaften möglich sind, können grenzüberschreitende folglich nicht verboten werden.

Diese Rechtsprechung wirkt sich maßgeblich auf unsere Position aus. Das Deutsche Aktieninstitut folgt dem Grundgedanken, dass die grenzüberschreitende Mobilität erleichtert werden soll, indem insbesondere:

1. Die verschiedenen Rechtssysteme einander angeglichen werden sollen, um einen sicheren und konsistenten Rechtsrahmen zu schaffen.
  - a. Dabei sind Gläubigern keine Vetorechte einzuräumen, um sie den Anteilseignern nicht gleichzustellen.
  - b. Die Rechte der Stakeholder sollten aber zu einem möglichst frühen Zeitpunkt geltend gemacht werden können.
  - c. Das Arbeitnehmermitbestimmungssystem ist zu überprüfen.
2. Es sollte ebenfalls ein Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Spaltungen und Sitzverlegungen geschaffen werden.

## II. Grenzüberschreitende Verschmelzungen

Der Punkt II. behandelt ausschließlich Belange grenzüberschreitender Verschmelzungen. Dabei lassen sich die verschiedenen Fragen in Untergruppen kategorisieren: Der Anwendungsbereich der Verschmelzungsrichtlinie, die Gläubigerschutzrechte, die Minderheitsaktionärsrechte, Belange der Rechnungslegung, Kriterien für ein vereinfachtes Verfahren, die Behördenzuständigkeiten und die Arbeitnehmermitbestimmung.

### 1. Anwendungsbereich der Verschmelzungsrichtlinie

#### *Anwendung auf Gesellschaften aus Drittstaaten*

**Q1: Sollte die Verschmelzungsrichtlinie für grenzüberschreitende Verschmelzungen von Gesellschaften gelten, die nicht in der EU/im EWR gegründet, aber in eine EU/EWR-Form umgewandelt wurden? – b) Nein.**

**Geltendes Recht in Deutschland** | Die CBMD gilt nach ihrem Art. 1 für Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats 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. Folglich ist eine Gründung nach dem Recht eines Mitgliedstaats bisher zwingend. Art. 1 CBMD wurde in ihrem Anwendungsbereich dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften nachempfunden. Auch Art. 54 AEUV stellt auf die Gründung in einem Mitgliedstaat ab.

**Hintergrund der Frage** | Der Hintergrund der Frage erschließt sich leider nicht. Es scheint sich um Fälle zu handeln, in denen beispielsweise eine amerikanische Inc. in eine deutsche AG umgewandelt wurde und diese nun eine grenzüberschreitende Verschmelzung mit einer Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaats vornehmen möchte. Die Umwandlung in eine andere Rechtsform ist aber nach unserem Verständnis rechtlich immer auch (Neu)Gründung der Gesellschaft, da die entscheidende Anknüpfung für das anwendbare inländische Recht in dem einen Staat endet und im anderen Staat beginnt.<sup>2</sup> Die CBMD sollte folglich eigentlich nicht für solche Gesellschaften ausgeschlossen sein, die ursprünglich in einem Drittstaat gegründet, mittlerweile aber in eine Gesellschaft eines Mitgliedstaats gewandelt wurden. Mit dieser (Neu-)Gründung ist die CBMD aber anwendbar.

Die Frage müsste daher lauten, ob der Anwendungsbereich auf solche Gesellschaften erweitert werden sollte, die nicht in einem EU-/EWR-Staat gegründet wurden, allerdings in eine solche umgewandelt beziehungsweise auf eine solche verschmolzen werden sollen.

<sup>2</sup> EuGH v. 12.07.2012 – C-378/10 (Vale), Rn. 51; so auch Behme in NZG 2012, 936, 938.

**Empfehlung des Deutschen Aktieninstituts** | Unseres Erachtens sind die Folgen einer Erweiterung der Verschmelzungsrichtlinie unwägbar. Die CBMD sieht zwar bestimmte Schutzmechanismen für Gläubiger, Minderheitsanteilseigner und Arbeitnehmer vor. Allerdings gibt es keinerlei Regelungen zur Hinderung eines Wegzugs, um einer Steuerpflicht zu entgehen.<sup>3</sup>

Dieser Schutz der steuerlichen Territorialität wurde bisher durch die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit gewährleistet.<sup>4</sup> Diese EuGH-Entscheidungen beziehen sich aber auf die Niederlassungsfreiheit und nicht auf die CBMD. D.h., dass beides, sowohl die Vorgaben der CBMD als auch der EuGH-Rechtsprechung, für grenzüberschreitende Verschmelzungen innerhalb der EU/EWR zu beachten sind.

Erweitert man nun aber nur den Anwendungsbereich der CBMD, haben Gesellschaften der Drittstaaten nicht zugleich die EuGH-Rechtsprechung zu achten. Das kann sowohl positiv wie negativ sein, da sie sich weder auf den Schutz der Niederlassungsfreiheit berufen können, zugleich aber auch nicht die Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit, bspw. den Schutz von Allgemeininteressen wie der steuerlichen Territorialität, im gleichen Maße beachten müssen.

Das sich flankierende System von Rechtsprechung und gesetzlichen Vorgaben sollte nicht aufgebrochen werden, weshalb wir empfehlen mit „Nein“ abzustimmen, allerdings unter IV. auch einen Hinweis aufzunehmen, in welche Richtung die Frage verstanden wurde (s. unten).

#### *Anwendung auf unterschiedliche Gesellschaftsformen*

**Q2: Sollten grenzüberschreitende Verschmelzungen zwischen verschiedenen Arten von Gesellschaften generell möglich sein, z.B. eine Verschmelzung zwischen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einer Aktiengesellschaft? – a) Ja.**

**Geltendes Recht in Deutschland** | Nach Art. 4 Abs. 1 a) CBMD sind grenzüberschreitende Verschmelzungen nur zwischen Gesellschaften solcher Rechtsformen möglich, die sich nach dem innerstaatlichen Recht der jeweiligen Mitgliedstaaten verschmelzen dürfen. § 122b Abs. 1 UmwG verweist hinsichtlich der verschmelzungsfähigen Gesellschaften auf Art. 2 Nr. 1 der CBMD, wonach lediglich Kapitalgesellschaften umfasst sind.

<sup>3</sup> Inwiefern diese Sachverhalte von den verschiedenen Abkommen zwischen den Staaten behandelt werden, entzieht sich leider unserer Kenntnis.

<sup>4</sup> EuGH v. 29.11.2011 – C-371/10 (National Grid Indus), Rn. 46.

Das in Deutschland geltende Recht erlaubt unabhängig von der obigen Beschränkung für rein inländische Sachverhalte gemäß § 3 Abs. 1, 2 und 4 UmwG die Verschmelzung unter und zwischen nahezu allen bekannten Gesellschaftsformen. Eine Verschmelzung zwischen einer OHG und einer GmbH ist folglich genauso möglich wie zwischen zwei Aktiengesellschaften.

**Hintergrund der Frage** | In der Tschechien Republik, Litauen, den Niederlanden und Island ist das nicht so. In Litauen beispielsweise ist eine Verschmelzung nur unter Gesellschaften desselben Typs, also nur zwischen private limited companies (vergleichbar der GmbHs) oder public limited companies (vergleichbar der Aktiengesellschaften) möglich.<sup>5</sup> Personengesellschaften können sich nicht verschmelzen.<sup>6</sup> Nach Auffassung der Autoren der Studie könnte das im Konflikt mit der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit stehen.

**Empfehlung des Deutschen Aktieninstituts** | Das entspricht auch unserer Auffassung. Die Verschmelzungsrichtlinie sieht die notwendigen Voraussetzungen und Schutzmechanismen, insb. Regelungen für den Schutz der Gläubiger, der Minderheitsanteilseigner und der Arbeitnehmer vor, so dass unseres Erachtens kein Grund erkennbar ist, warum innerhalb des Grundtyps der Kapitalgesellschaften nur bestimmte Verschmelzungen zulässig sein sollen.

Gemäß Art. 54 Abs. 2 AEUV werden ohnehin alle Gesellschaften, auch Privathandelsgesellschaften, von der Niederlassungsfreiheit umfasst. Unseres Erachtens müsste die Verschmelzungsrichtlinie daher auch auf solche Gesellschaften erweitert werden.

Ein entsprechender Hinweis könnte unter IV. erteilt werden (s. unten).

---

<sup>5</sup> Study on the application of cross-border mergers directive, S. 81.

<sup>6</sup> Study on the application of cross-border mergers directive, S. 638.

## 2. Gläubigerschutzrechte

Q3: Sollten die Gläubigerrechte im Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzung harmonisiert werden? – a) Ja.

Q3,1: Welcher Ansatz sollte bei dieser Harmonisierung zur Anwendung kommen? – a) Volle Harmonisierung.

Q3,2: Die Gläubiger sollten das Recht haben: - b) Sicherheit zu verlangen.

Q4: Sollten die Anforderungen, die für Unternehmen während der Gläubigerschutzfrist gelten, harmonisiert werden? – a) Ja.

Q4,1: Welche Anforderungen an Unternehmen sollten harmonisiert werden? – d) Sonstiges: Keine weiteren. Das Recht, Sicherheit zu verlangen, genügt.

Q5: Sollte der Zeitpunkt, der den Beginn der Schutzfrist für die Gläubiger verschmelzender Unternehmen markiert, harmonisiert werden? – a) Ja.

Q5,1: Der Zeitpunkt sollte: – a) vor dem Wirksamwerden einer grenzüberschreitenden Verschmelzung liegen.

**Geltendes Recht in Deutschland** | In Deutschland haben die Gläubiger der jeweiligen Gesellschaft bei **inländischen Sachverhalten** 6 Monate nach Bekanntmachung der Eintragung der Verschmelzung die Möglichkeit, Sicherheit für ihre Forderungen zu verlangen, wenn sie glaubhaft machen, dass durch die Verschmelzung die Erfüllung ihrer Forderung gefährdet wird. Bei **grenzüberschreitenden Sachverhalten** gibt es ebenfalls „nur“ das Recht Sicherheit zu verlangen. Allerdings knüpft dieses Recht nicht an die Bekanntmachung der Eintragung der Verschmelzung, sondern an die Bekanntmachung des Verschmelzungsplans bzw. seines Entwurfs. Die Frist läuft von da an auch nur zwei Monate.

**Hintergrund der Frage** | Nach den Ergebnissen der Studie gibt es große Unterschiede zwischen den Gläubigerschutzsystemen der Mitgliedstaaten. Die Studie unterteilt die Mitgliedstaaten dazu in zwei Gruppen. Die eine Gruppe umfasst die Mitgliedstaaten, die den Gläubigern Rechte bereits vor der Versammlung der Anteilhaber gewähren. Sie wird als „ex-ante“-Gruppe bezeichnet und knüpft zumeist an die Bekanntmachung des Verschmelzungsplans bzw. ihres Entwurfs an. Die andere Gruppe, die „ex-post“-Gruppe, gewährt unterschiedlich entweder die Gläubigerrechte nach der Zustimmung der Anteilhaber oder mit der rechtlichen Wirksamkeit der Verschmelzung. Die „ex-ante“-Gruppe gewährt den Gläubigern oftmals ein Vetorecht, um die Verschmelzung zu „blocken“. Bei der „ex-post“-Gruppe gibt es ein solches oftmals nicht. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten wird Deutschland folglich als „ex-ante“ Gruppe eingeordnet, gewährt aber keine Möglichkeit die Verschmelzung zu „blocken“.



Die unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten können im Kontext mit Art. 11 Abs. 2 CBMD zu Problemen führen. Danach müssen beide Gesellschaften dem Mitgliedstaat des übernehmenden Rechtsträgers eine Verschmelzungsbescheinigung vorlegen, die nicht älter als 6 Monate sein darf. Wenn nun aber die Verschmelzungsbescheinigung des übertragenden Rechtsträgers schon vorliegt, die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers seine Anmeldung aber verzögern, läuft die Gültigkeit der Verschmelzungsbescheinigung eventuell in der Zwischenzeit ab.

Weitere Unterschiede sind, dass die Verschmelzung teils von Gerichten teils von Behörden geprüft und bestätigt wird. In Polen müssen das Aktiv- und Passivvermögen solange gesondert ausgewiesen werden, bis alle Altgläubiger befriedigt sind. In Italien und Dänemark hängt der Anspruch auf Sicherheitsleistung von einem Bewertungsgutachten ab. Wenn dieses feststellt, dass die finanzielle und wirtschaftliche Situation der Gesellschaften ausreichend ist, braucht es keiner Sicherheitsleistung. Die Länge der Gläubigerschutzfristen bewegt sich zwischen einem und sechs Monaten.

Nach Auffassung der Autoren der Studie sollten die Regelungen wegen dieser Unterschiedlichkeiten stärker harmonisiert werden. Der Fokus sollte mehr auf einen „ex-post“-Ansatz gelegt werden. Das würde eher der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit entsprechen als der „ex-ante“-Ansatz. Der „ex-ante“-Ansatz berge ohnehin die Gefahr des Missbrauchs. Da mit dem „ex-ante“-Ansatz zumeist Vetorechte verbunden sind, sehen die Autoren der Studie die Gefahr, dass die Gläubiger sich die Nichtausübung der Vetorechte „abkaufen“ lassen könnten.

Die Autoren schlagen drei unterschiedliche Varianten einer weiteren Harmonisierung vor; eine volle Harmonisierung, ein „fixed-menu approach“ oder ein „open-menu approach“. Beim „fixed-menu“ soll den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zur Auswahl zwischen zwei festgelegten Regelwerken gegeben werden. Das eine Regelwerk würde einen höheren Fokus auf den Gläubigerschutz und das andere auf eine höhere Mobilität der Gesellschaften legen. Der erhöhte Gläubigerschutz würde beispielsweise feste Anknüpfungzeitpunkte und Laufzeiten beinhalten. „Open-menu“ würde bedeuten, dass den Mitgliedstaaten eine bestimmte Auswahl an Regeln vorgeschlagen wird. Aus dieser Auswahl können sie beliebig viele, wenige oder gar keine Regeln in nationales Recht umsetzen.

**Empfehlung Deutsches Aktieninstitut** | Unseres Erachtens sollte es im Interesse der Rechtssicherheit eine volle Harmonisierung der Gläubigerschutzregeln geben. Rechtssicherheit reduziert die mit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung im Zusammenhang stehenden Kosten und Risiken.

Die Gläubiger sollten dabei aber auch weiterhin nur das Recht haben, Sicherheit verlangen zu können, wenn sie eine Gefährdung der Erfüllung ihrer Forderungen glaubhaft machen können. Ein Vetorecht sollte es nicht geben. Eine solche Entscheidungskompetenz kann nur den Anteilsrechtsinhabern als Eigentümern zustehen. Gläubiger dürfen in Geschäftsführungsentscheidungen grundsätzlich nicht einbezogen werden.

Im Interesse der Gläubiger sollte der Zeitpunkt ihrer Überprüfung vor der Eintragung liegen. Wenn erst die Gesellschaft im anderen Mitgliedstaat eingetragen ist, gestaltet sich die Rechtsverfolgung schwieriger. Unseres Erachtens sollte der Zeitpunkt daher die Bekanntmachung des Verschmelzungsplans sein. Verbunden mit einer Frist von maximal 2 Monaten, wären die Interessen der Gläubiger und des Unternehmens an einer zügigen Durchführung der Verschmelzung gewahrt.

### 3. Minderheitsaktionärsrechte

Q6: Sollten die Rechte der Minderheitsaktionäre im Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzung harmonisiert werden? – a) Ja.

Q6,1: Welcher Ansatz sollte bei dieser Harmonisierung zur Anwendung kommen. – a) Volle Harmonisierung.

Q6,2: Die Minderheitsaktionäre sollten das Recht haben: - d) Sonstige Rechte: Sie sollten zwar das Recht zur Entschädigung haben. Allerdings sollte die Unangemessenheit der Entschädigung wie auch die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses keine Klage gegen den Verschmelzungsbeschluss begründen können, vgl. Regelungen zum sog. Spruchverfahren in Deutschland.

Q7: Sollte der Zeitpunkt, der den Beginn der Schutzfrist für die Minderheitsaktionäre verschmelzender Gesellschaften markiert, harmonisiert werden? – a) Ja.

Q7,1: Welches Ereignis sollte den Beginn der Frist auslösen? – a) Hauptversammlung / Anteilsinhaberversammlung und b) die Veröffentlichung des gemeinsamen Plans.

Q8: Sollte die Frist, während derer die Minderheitsaktionäre verschmelzender Gesellschaften ihre Rechte wahrnehmen können, harmonisiert werden? – a) Ja.

Q8,1: Wie lange sollte diese Frist sein? – a) 1 Monat.

Q11: Sollte, wenn unter bestimmten Umständen keine Hauptversammlung erforderlich ist, der Zeitpunkt der Veröffentlichung des gemeinsamen Plans harmonisiert werden? – a) Ja.

Q11,1: Welches sollte das „Ereignis“ sein, das den Zeitpunkt der Veröffentlichung des gemeinsamen Plans für die grenzüberschreitende Verschmelzung bestimmt? – d) Sonstiges: Im Interesse der Rechtssicherheit und des Gläubigerschutzes sollte es sich um ein möglichst frühes Ereignis handeln, welches ferner ohne große Interpretationsspielräume vorliegt. Das sollte aber ebenfalls für den Verschmelzungsbericht gelten, der dem Betriebsrat beziehungsweise den Arbeitnehmern bekannt zu machen ist. Der Verschmelzungsplan sollte mit der Zugänglichmachung des Verschmelzungsberichts bekannt zu machen sein und Verschmelzungsplan und -bericht sollten spätestens mit der Einreichung der Unterlagen zum Handelsregister bekannt beziehungsweise zugänglich zu machen sein.

**Geltendes Recht in Deutschland** | Bei **inländischen Verschmelzungen** gilt für Klagen gegen den Verschmelzungsbeschluss der Anteilhaber eine Frist von einem Monat. Die Klage kann allerdings nicht damit begründet werden, dass das Umtauschverhältnis zu niedrig bemessen ist. Im Rahmen des sog. Spruchverfahrens kann das zuständige Gericht bei Unangemessenheit eine bare Zuzahlung festlegen. Die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses bleibt jedenfalls unberührt.

**Grenzüberschreitende Sachverhalte** folgen in Deutschland grundsätzlich den selben Regeln. Ein Unterschied besteht allerdings hinsichtlich der Anwendung des Spruchverfahrens. In Umsetzung von Art. 10 Abs. 3 CBMD kommt das Spruchverfahren für Anteilhaber einer übertragenden Gesellschaft nur in Betracht, wenn die Rechtsordnungen, denen die übrigen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften unterliegen, ebenfalls ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses vorsehen oder die betreffenden ausländischen Gesellschaften die Durchführung eines Spruchverfahrens ausdrücklich akzeptieren. Wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, kann der Verschmelzungsbeschluss auch mit der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses angegriffen werden.<sup>7</sup>

Zudem ist jedem Anteilhaber einer übertragenden Gesellschaft ein Angebot zur Barabfindung zu machen, wenn die neue oder übernehmende Gesellschaft nicht dem deutschen Recht unterfällt.

**Hintergrund der Frage** | Die Studie ergab, dass die Anteilhaberrechte in den verschiedenen Mitgliedstaaten an unterschiedliche Zeitpunkte anknüpfen. In einigen Mitgliedstaaten ist es die Anteilhaberversammlung, das Datum der Eintragung oder die Bekanntmachung der Eintragung. Die Länge der Frist beträgt 10 Tage bis 3 Monate. Verschiedene Stakeholder hätten in diesem Zusammenhang zum Ausdruck gebracht, dass Streitigkeiten mit Minderheitsaktionären die Durchführung einer Verschmelzung behindern können. Als mögliche Lösung stellen die Verfasser ihrer Studie wieder ihre drei Ansätze (Volle Harmonisierung, fixed-menu und open-menu, siehe oben bei Gläubigerschutzrechten) vor. Allerdings ohne zu erläutern, welche Rechte hier harmonisiert werden sollten.<sup>8</sup>

**Empfehlung des Deutschen Aktieninstituts** | Streitigkeiten mit Minderheitsgesellschaften über die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses oder einer Barabfindung, die vermeintlich häufigste Streitige Frage, sollten die Verschmelzung nicht behindern können. Es sollte daher dahingehend voll harmonisiert werden, dass eine Klage gegen den Verschmelzungsbeschluss nicht mit der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses oder der Barabfindung begründet werden kann. Wie die Mitgliedstaaten das Verfahren zur Kompensation der Minderheitsanteilhaber ausgestalten, kann aber ihnen überlassen bleiben. Die Frage 6,2. bezieht sich

<sup>7</sup> BT-Drucks. 16/2919, S. 16.

<sup>8</sup> Study on the application of the cross-border mergers directive, S. 68 f.

leider lediglich auf das Recht zur Entschädigung, also dem in § 122i UmwG festgelegten Anspruch auf Barabfindung. Es wird keine Frage gestellt, wie die Überprüfung des Umtauschverhältnisses durchgeführt werden soll. Deshalb empfehlen wir die Frage 6,2. wie oben stehend zu beantworten.

Was auslösendes Ereignis und Frist für die Minderheitsanteilsinhaber angeht, erscheint uns 1 Monat ab Anteilsinhaberversammlung ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Minderheitenschutz und zügiger Durchführung der Verschmelzung zu bieten.

Sollte eine Hauptversammlung nicht erforderlich sein, sollte auslösendes Ereignis die Bekanntmachung des Verschmelzungsplans sein, um den Minderheitsanteilsinhabern die Möglichkeit zu bieten, ihre Ansprüche noch gegenüber der bestehenden Gesellschaft geltend zu machen. Im Interesse der Rechtssicherheit sollten diese Regelungen voll harmonisiert werden.

Die Bekanntmachung des Verschmelzungsplans wiederum, die bei Fehlen einer Hauptversammlung keine genaue Frist hat, sollte im Interesse des Gläubigerschutzes möglichst früh geschehen. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte es sich dabei ferner um ein Ereignis handeln, welches ohne große Interpretationsspielräume vorliegt. Wir weisen darauf hin, dass, in Fällen einer fehlenden Hauptversammlung, nicht nur der Verschmelzungsplan keine Frist zur Bekanntmachung kennt, sondern auch der Verschmelzungsbericht, der bei grenzüberschreitenden Sachverhalten auch dem Betriebsrat beziehungsweise den Arbeitnehmern zugänglich zu machen ist.

Unseres Erachtens kann für Verschmelzungsplan wie auch für den –bericht eine Regelung getroffen werden. Danach sollte der Verschmelzungsplan mit der Zugänglichmachung des Verschmelzungsberichts bekannt zu machen sein und Verschmelzungsplan und -bericht sollten spätestens mit der Einreichung der Unterlagen zum Handelsregister bekannt beziehungsweise zugänglich zu machen sein.

#### 4. Belange der Rechnungslegung

##### *Bewertung des Aktiv- und Passivvermögens*

Q9: Werden im Zuge einer grenzüberschreitenden Verschmelzung neue Aktien ausgegeben, ist ggf. eine Bewertung des Aktiv- und Passivvermögens erforderlich. In den Mitgliedstaaten kommen zwei verschiedene Bewertungsmethoden zur Anwendung: die Marktwertmethode und die Buchwertmethode. Sollten, da diese Methoden unter Umständen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, für alle Mitgliedstaaten einheitliche Regeln gelten?  
– a) Ja.

Q9,1: Welche Methode sollte gewählt werden? – a) Das Unternehmen sollte zwischen Markt- und Buchwertmethode wählen können.

**Hintergrund der Frage** | Laut der Studie erlauben einige Mitgliedstaaten die Neubewertung von Gesellschaftsanteilen nur bei Ausgabe neuer Aktien, während andere Mitgliedstaaten vorschreiben, dass erworbene Aktiva und Passiva nach der fair-value-Methode (Marktwertmethode) angesetzt werden müssen. Wenn nun der übertragende Rechtsträger nicht Neubewertet werden darf, weil er ja selbst keine neuen Aktien begibt, der Aufnahmemitgliedstaat die Bewertung nach fair value aber vorschreibt, scheitert die Verschmelzung schon daran.<sup>9</sup>

**Deutsches Aktieninstitut** | Die Studie beschreibt eine Situation, die der Niederlassungsfreiheit widerspricht. Die Verschmelzung muss möglich sein. Die Verschmelzungsrichtlinie ist daher anzupassen. Um die Rechnungslegungssysteme der Mitgliedstaaten aber im Grundsatz nicht zu verändern, sollte dem Unternehmen ermöglicht werden frei zu wählen, anstatt eine bestimmte Methode vorzuschreiben.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Study on the application of the cross-border mergers directive, S. 45 f.

<sup>10</sup> So auch die Autoren der study on the application of the cross-border mergers directive, S. 46.

*Geltung als Handlungen des übernehmenden Rechtsträgers?*

Q10: Sollte der Zeitpunkt harmonisiert werden, von dem an die Handlungen der sich grenzüberschreitend verschmelzenden Gesellschaften unter dem Gesichtspunkt der Rechnungslegung als Handlungen der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft gelten? – a) Ja.

Q10,1: Welche Art Zeitpunkt sollte in Betracht gezogen werden? – b) das buchhalterische Datum.

**Hintergrund der Frage** | Der Verschmelzungsvertrag /-plan trifft eine Regelung darüber, ab wann die Handlungen des übertragenden Rechtsträgers als für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers gelten (Verschmelzungstichtag). Diese Zeitpunkte unterscheiden sich in den Mitgliedstaaten. Wenn nun aber eine deutsche Gesellschaft nach bspw. Rumänien verschmelzen möchte, käme es zu der Situation, dass die deutsche Gesellschaft ihre Rechnungslegung früher beendet als die Rechnungslegung der rumänischen Gesellschaft sie mit aufnimmt. Alle Handlungen im Zeitraum dazwischen, würden weder der deutschen noch der rumänischen Gesellschaft zugerechnet.<sup>11</sup>

Die Autoren der Studie schlagen vor, entweder einen festen Zeitpunkt für die Rechnungslegung vorzuschreiben – beispielsweise den Tag der Handelsregistereintragung – oder einen flexiblen Tag, der vom Unternehmen im Verschmelzungsplan selbst gewählt werden kann.

**Empfehlung des Deutschen Aktieninstituts** | Es sollte keine Lücke in der Rechnungslegung geben. Daher ist eine Harmonisierung notwendig. Um die Rechnungssysteme der Mitgliedstaaten (in diesem Fall insbesondere Deutschlands) nicht für grenzüberschreitende Sachverhalte anpassen zu müssen, scheint uns die Festlegung eines entsprechenden Tages im Verschmelzungsplan der richtige Weg zu sein. Damit kann unter Respektierung der unterschiedlichen Rechnungssysteme gewährleistet werden, dass die Verschmelzungstichtage für die übertragende und die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft gleich laufen.

---

<sup>11</sup> Vgl. auch study on the application of the cross-border mergers directive, S. 65.

## 5. Kriterien für ein vereinfachtes Verfahren

Q12: Sollte in bestimmten Fällen ein harmonisiertes beschleunigtes Verfahren für grenzüberschreitende Verschmelzungen eingeführt werden? – a) Ja

Q12,1: Unter welchen Umständen sollte ein solches Verfahren zulässig sein?

– a) keine Arbeitnehmer, b) alle Aktionäre einverstanden, c) 90% aller Aktionäre einverstanden sind, d) keine Auswirkungen auf Gläubiger, e) Sonstiges: Arbeitnehmer, Aktionäre und Gläubiger haben alle unterschiedliche Schutzsysteme. Es ist daher genau zu prüfen, ob es ein einheitliches vereinfachtes Verfahren geben kann oder für ein vereinfachtes Verfahren für jeden einzelnen zuvor genannten Fall eingeführt werden muss.

**Empfehlung des Deutschen Aktieninstituts** | Eine Beschleunigung der Verfahren ist in jedem Fall erstrebenswert. Wenn ein Unternehmen keine Arbeitnehmer hat, sind die Gläubiger aber trotzdem zu schützen. Vermutlich braucht daher jeder dieser Fälle ein eigenes vereinfachtes Verfahren.

## 6. Behördenzuständigkeiten

Q13: Sollte jede der nationalen Behörden, die an der jeweiligen grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt sind, nur die Übereinstimmung mit den Anforderungen des eigenen Mitgliedstaates prüfen? – a) Ja.

**Hintergrund der Frage** | Laut der Studie gibt es wohl verschiedene Register, die die Voraussetzungen aller inländischen Rechtsordnungen prüfen.<sup>12</sup>

**Empfehlung des Deutschen Aktieninstituts** | Im Sinne einer möglichst effizienten Rechtsprüfung sollten die Register nur mit Fragen ihrer eigenen Rechtsordnung beauftragt werden. Eine doppelte Prüfung würde somit zudem vermieden.

---

<sup>12</sup> Study on the application of the cross-border mergers directive, S. 62.



## 7. Arbeitnehmermitbestimmung

**Q14: Sollten die derzeit gemäß der Verschmelzungsrichtlinie geltenden Regeln bezüglich der Arbeitnehmermitbestimmung geändert werden? – a) Ja.** Bereits Art. 49 Abs. 2 AEUV bestimmt, dass aus einer Verschmelzung resultierende Gesellschaften denselben Bestimmungen unterliegen sollen, die für inländische Gesellschaften gelten. Das System der Arbeitnehmermitbestimmung kann allerdings dazu führen, dass die resultierende Gesellschaft einem Arbeitnehmermitbestimmungssystem unterliegt (bspw. in Großbritannien) die übrigen inländischen Gesellschaften allerdings nicht (vgl. case study der study on the application of the cross-border mergers directive, S. 54). Es muss daher geprüft werden, ob der Schutz der Arbeitnehmermitbestimmung die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit tatsächlich rechtfertigen kann. Unabhängig davon, sind die Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 CBMD zu verengen und die Verhandlungslösung zu vereinfachen, damit eine höhere Mobilität erreicht werden kann.

**Geltendes Recht in Deutschland** | Damit durch grenzüberschreitende Verschmelzungen nicht Arbeitnehmerrechte umgangen werden können, soll die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der rechtsnachfolgenden Gesellschaft grundsätzlich erhalten bleiben. Art. 16 CBMD umfasst entsprechende Vorgaben. In Deutschland wurden diese Vorgaben mit dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) umgesetzt. Nach Art. 16 Abs. 2 CBMD gibt es Ausnahmen, in denen das inländische Recht für die Gesellschaft, die aus einer Verschmelzung hervorgeht, nicht gilt. In diesen Fällen ist ein Besonderes Verhandlungsgremium zu bilden, welches mit den Organen der Gesellschaften über die zukünftige Arbeitnehmermitbestimmung verhandelt. Sollten diese Verhandlungen scheitern, greifen Mindestregeln für den Erhalt der Arbeitnehmermitbestimmung. Die Organe oder 2/3 des Besonderen Verhandlungsgremiums können die Anwendung der Mindestregeln aber auch direkt beschließen.

**Hintergrund der Frage** | Von den insgesamt 30 EU- und EWR-Staaten sehen nur 14 Staaten ein Mitbestimmungssystem vor, in dem Arbeitnehmer in privaten Unternehmen ebenfalls im Aufsichtsrat vertreten sind. In 5 Ländern ist ein solches Recht nur staatseigenen Unternehmen vorbehalten und in 11 Ländern werden Arbeitnehmer überhaupt nicht im Aufsichtsrat vertreten, darunter Großbritannien und Italien. Insbesondere Verschmelzungen nach UK (bei bestehendem Arbeitnehmermitbestimmungssystem beim übertragenden Rechtsträger) würden wegen der Bestimmungen des Art. 16 CBMD oftmals nicht durchgeführt.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Study on the application of the cross-border mergers directive, S. 54 (Case Study).

Die Mitarbeitermitbestimmung hängt dabei unterschiedlich von der Rechtsform oder der Mindestarbeitnehmerzahl ab. Die Schwelle der Mindestarbeitnehmerzahl variiert von 25 bis 500 Arbeitnehmer. Der Anteil der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat oder Board kann sich ferner zwischen einem Vertreter und der Hälfte der Mitglieder unterscheiden.

Von den Teilnehmern der Studie wurde insbesondere die Komplexität der Verhandlungen, deren Länge und die damit verbundenen Kosten moniert. In Österreich kann es aufgrund der sehr weiten Umsetzung der CBMD in nationales Recht sogar dazu kommen, dass bei einer ausländischen Gesellschaft, die keine Arbeitnehmer hat, allerdings Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten über Arbeitnehmer verfügen, und die auf eine österreichische Gesellschaft verschmolzen werden soll, bei der bisher kein Arbeitnehmermitbestimmungssystem notwendig war, nun zum einen ein Aufsichtsrat und zum zweiten unter Beteiligung von Arbeitnehmervertretern erforderlich ist.<sup>14</sup>

Die Studie stellt letztlich fest, dass der aktuelle Stand der CBMD einen hohen Schutz der Mitarbeitermitbestimmung bietet. Die Mobilität der Gesellschaften ist dadurch allerdings eingeschränkt, was die Ausübung der Niederlassungsfreiheit jedenfalls nicht fördert. Zu entscheiden wäre, ob eine bessere Mobilität beispielsweise durch Limitierung der Verhandlungsdauer, also durch Veränderung der Durchführungsbestimmungen, oder durch Anpassung der Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 CBMD erreicht werden kann.<sup>15</sup>

**Empfehlung des Deutschen Aktieninstituts** | Das System der Arbeitnehmermitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen ist eigentlich nicht systemkonform. Grundsätzlich verlangen sowohl die CBMD als auch die Rechtsprechung des EuGH nur, dass ein Grenzüberschritt möglich ist.<sup>16</sup> Die daraus resultierende Gesellschaft soll lediglich denselben Anforderungen unterliegen wie inländische Gesellschaften und diese Anforderungen dürfen den Grenzüberschritt nicht zusätzlich erschweren.<sup>17</sup> Klargestellt heißt das, dass jeweils eigentlich nur der Mitgliedstaat entscheidet, welche Anforderungen an Gesellschaftsformen zu stellen sind, die seinem Recht unterliegen.<sup>18</sup> Bei der Arbeitnehmermitbestimmung ist das anders. Hier wird ein qualitativer Vergleich der Systeme vorgenommen. Sollten die Mitarbeiter zukünftig weniger mitbestimmen dürfen als vorher, ist das anzupassen. Das kann dazu führen, dass es Gesellschaften gibt, die im Gegensatz zu den „typischen inländischen Gesellschaftsformen“ über ein Mitbestimmungssystem verfügen.

<sup>14</sup> Study on the application of the cross-border mergers directive, S. 53.

<sup>15</sup> Study on the application of the cross-border mergers directive, S. 54 f.

<sup>16</sup> EuGH v. 16.12.2008 – C-210/06 (Cartesio), Rn. 110.

<sup>17</sup> EuGH v. 12.07.2012 – C-378/10 (Vale), Rn. 48.

<sup>18</sup> So auch Art. 49 Abs. 2 AEUV.

Entgegen Art. 49 Abs. 2 AEUV gelten damit für die Gesellschaft nicht dieselben Bestimmungen des Aufnahmestaats wie für seine eigenen Angehörigen. Die Niederlassungsfreiheit scheint folglich beschränkt.

Der Schutz von Arbeitnehmerinteressen ist allerdings von der Rechtsprechung als möglicher Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit anerkannt, wenn eine solche Maßnahme zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was zu ihrer Erreichung erforderlich ist.<sup>19</sup> Ob Art. 16 CBMD diese Anforderungen erfüllt, kann jedenfalls nicht mit Sicherheit verneint oder bejaht werden. Es sollte daher gefordert werden, dass die jetzige Regelung zur Arbeitnehmermitbestimmung, Art. 16 CBMD, unter Einbeziehung der EuGH-Rechtsprechung und der Studie auf den Prüfstand gestellt werden sollte.

---

<sup>19</sup> Ursprünglich EuGH v. 05.11.2002 – C-208/00 (Überseering), Rn. 92, zuletzt EuGH v. 12.07.2012 – C-378/10 (Vale), Rn. 39.

### III. Grenzüberschreitende Spaltungen

**Geltendes Recht in Deutschland** | Es gibt unterschiedliche Arten von Spaltungen. Sie müssen nicht zwangsweise mit der Auflösung einer Gesellschaft verbunden sein. Bei Abspaltungen geht ein Teil des Vermögens auf eine andere Gesellschaft über. Der „übrige Teil“ der Gesellschaft bleibt aber in seiner vorherigen Form bestehen. Den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers sind dafür Anteile am übernehmenden Rechtsträger zu gewähren. Insofern nur dem übertragenden Rechtsträger Anteile am übernehmenden Rechtsträger gewährt werden sollen, handelt es sich um eine Ausgliederung. Bei Aufspaltungen hingegen kommt es zur Auflösung der ursprünglichen Gesellschaft. Allerdings wird das Vermögen nicht nur auf eine sondern auf mehrere Gesellschaften verteilt. Bei nur einem übernehmenden Rechtsträger würde es sich um eine Verschmelzung handeln.

Für grenzüberschreitende Spaltungen gibt es keinen Rechtsrahmen. Vollzogen werden Spaltungen oftmals indem eine inländische Abspaltung auf eine neue Gesellschaft vorgenommen wird, die anschließend den Sitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt oder die auf eine Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat verschmolzen wird.

**Hintergrund der gesamten Rubrik III** | Im Gegensatz zu Deutschland haben die verschiedenen Mitgliedstaaten Regelungen für grenzüberschreitende Spaltungen erlassen. Dazu gehören unter anderem Finnland, Frankreich, Luxemburg, Spanien usw. In Ländern wie Italien und Großbritannien soll es grundsätzlich möglich sein. Die jeweiligen Regelungen unterscheiden sich aber. Die Autoren der Studie sehen deshalb Harmonisierungsbedarf. Aufgrund der EuGH-Rechtsprechung „Vale“ und „Sevic“ gehen sie zudem davon aus, dass eine grenzüberschreitende Spaltung jedenfalls dann möglich sein muss, wenn sie inländischen Gesellschaften erlaubt ist.<sup>20</sup>

**Empfehlung des Deutsches Aktieninstitut** | Das sehen wir genauso. Grenzüberschreitende Spaltungen entsprechen wie andere Gesellschaftsumwandlungen den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten. Sie stellen besondere, für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit dar und gehören damit zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten, hinsichtlich deren die Mitgliedstaaten die Niederlassungsfreiheit nach Artikel 43 EG beachten müssen.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Study on the application of the cross-border mergers directive, S. 102 ff.

<sup>21</sup> Vgl. wortgleich zu Verschmelzungen EuGH v. 13.12.2005 – C-411/03(Sevic), Rn. 19.

Die EU sollte daher einen Rechtsrahmen setzen, der grenzüberschreitende Spaltungen a) ermöglicht und b) wesentlich vereinfacht. Als Orientierung dienen die Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzungen, in der Form, wie wir sie im obigen Fragebogen vorschlagen. Unseres Erachtens müssen die Vorgaben für grenzüberschreitende Verschmelzungen nur partiell an die besondere Situation der Spaltungen angeglichen werden. Das kann im Rahmen einer grundsätzlichen Verweisung unter Ausnahmen geschehen.

**Zu Frage 1, 2 und 3: Motive für eine Regelung grenzüberschreitender Spaltungen**

**Q1: Welche Gründe könnte es für ein Unternehmen geben, eine grenzüberschreitende Spaltung durchzuführen?** – a) Wahrnehmung neuer Chancen, b) Änderung/Vereinfachung der Organisationsstruktur, c) Anpassung an sich ändernde Marktbedingungen

**Q2: Wie könnte eine EU-weite Harmonisierung rechtlicher Anforderungen in Bezug auf grenzüberschreitende Spaltungen Unternehmen helfen und eine Zunahme grenzüberschreitender Geschäftstätigkeiten von in der EU ansässigen Unternehmen bewirken?** – a) Senkung der Regulierungskosten, b) Senkung der übrigen Kosten, c) Senkung der operativen Kosten.

**Q3: Welche Hindernisse bestehen ggf. im Zusammenhang mit der Durchführung grenzüberschreitender Spaltungen im Vergleich zu Spaltungen auf nationaler Ebene?** – a) Kosten, b) Rechtliche Unsicherheit, c) Dauer und Komplexität der Verfahren.

Da es in Deutschland bisher keinen Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Spaltungen gibt, können die Fragen 1-3 recht einfach beantwortet werden. Mit einer solchen Regelung würden unseres Erachtens erhebliche Vereinfachungen des grenzüberschreitenden Spaltungsvorgangs einhergehen.

**Zu Frage 3,1 – 3,2: Höhe der Kosten**

**Q3,1: Welche Kosten sehen Sie als erheblich an?** – h) Ich weiß es nicht.

**Q3,2: Wie hoch wäre die Kostenersparnis eines Unternehmens, wenn anstelle einer nationalen Spaltung und grenzüberschreitenden Verschmelzung eine direkte grenzüberschreitende Spaltung möglich wäre?** – c) Ich weiß es nicht.

Die Frage der Kosten können wir nicht beantworten. Wir werden deshalb mit „Ich weiß es nicht“ abstimmen. Sollte Ihnen eine Einschätzung möglich sein, sollten Sie sie hier gerne äußern.

**Zu Frage 4 und 5: Wie sollten grenzüberschreitende Spaltungen geregelt werden?**

Q4: Welche Aspekte im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Spaltungen sollten vorrangig auf EU-Ebene reguliert werden? – a) und b) Gläubiger und Minderheitsaktionäre und d) bis f) Verfahrensfragen, Rechnungslegungsfragen und Arbeitnehmermitbestimmung.

Q5: Sollten im Rahmen der Richtlinie für grenzüberschreitende Verschmelzungen harmonisierte Regeln für grenzüberschreitende Spaltungen eingeführt werden? – a) Ja. Die Sevic-Entscheidung stellt in Randnummer 19 klar, dass Umwandlungen Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit sind. Daher sollten nicht nur grenzüberschreitende Spaltungen, sondern auch die grenzüberschreitende Sitzverlegung und andere Umwandlungsformen in einer Richtlinie ermöglicht werden. Dabei ist auf einen möglichst ähnlichen Rechtsrahmen für alle Umwandlungsformen zu achten.

Die bereits mehrfach erwähnte Sevic-Entscheidung stellt klar, dass Umwandlungen Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit sind.<sup>22</sup> Daher sollten nicht nur grenzüberschreitende Spaltungen, sondern auch die grenzüberschreitende Sitzverlegung, die ausdrücklich zuletzt von der EuGH-Vale-Entscheidung erlaubt wird<sup>23</sup>, und andere Umwandlungsformen in einer Richtlinie ermöglicht werden. Dabei ist auf einen möglichst ähnlichen Rechtsrahmen für alle Umwandlungsformen zu achten.

Der Aspekt der Gläubigerrechte sollte dabei harmonisiert sein und lediglich den Anspruch Sicherheit zu verlangen, wenn die Erfüllung von Forderungen gefährdet ist, umfassen. Minderheitsaktionäre sollten Beschlüsse niemals wegen der Höhe der Abfindung anfechten können. Dazu sollte es EU-weit die Möglichkeit von Spruchverfahren oder vergleichbaren Verfahren geben. Insbesondere Verfahrensfragen sollten harmonisiert werden, um die Mobilität der Gesellschaften nicht zu beeinträchtigen. Die Verschmelzungsstichtage sollten im „Spaltungsplan“, als europäisches Äquivalent des Spaltungs- und Übernahmevertrages, sowohl für übertragende wie übernehmende Rechtsträger festgelegt werden können. Die Arbeitnehmermitbestimmung ist ebenfalls zu regeln.

**Zu Frage 6-8**

Wenn Sie anstatt des Online-Fragebogens das pdf herunterladen, werden Sie noch weitere Fragen finden. Im Online-Fragebogen sind diese Fragen vermutlich nicht vorgesehen, da sie aus deutscher Sicht nicht beantwortet werden können. Eine Empfehlung können wir daher auch nicht abgeben.

<sup>22</sup> EuGH v. 13.12.2005 – C-411/03 (Sevic), Rn. 19.

<sup>23</sup> EuGH v. 12.07.2012 – C-378/10 (Vale).

## IV. Weitere Anmerkungen

**QIV: Allgemeine Anmerkungen** – Gerne können Sie unsere nachfolgenden Ausführungen 1zu1 übernehmen.

### 1. Zu Frage II.1

Der genaue Hintergrund der Frage erschließt sich uns nicht. Es scheint sich beispielsweise um Fälle zu handeln, in denen eine amerikanische Inc. in eine deutsche AG umgewandelt wurde und diese nun eine grenzüberschreitende Verschmelzung mit einer Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaats vornehmen möchte. Die Umwandlung in eine andere Rechtsform ist aber nach unserem Verständnis rechtlich immer auch (Neu)Gründung der Gesellschaft, da die entscheidende Anknüpfung für das anwendbare inländische Recht in dem einen Staat endet und im anderen Staat beginnt. Die CBMD sollte folglich eigentlich nicht für solche Gesellschaften ausgeschlossen sein, die ursprünglich in einem Drittstaat gegründet, mittlerweile aber in eine Gesellschaft eines Mitgliedstaats gewandelt wurden. Mit dieser (Neu-)Gründung ist die CBMD aber anwendbar.

Die Frage könnte daher lauten, ob der Anwendungsbereich auf solche Gesellschaften erweitert werden sollte, die nicht in einem EU-/EWR-Staat gegründet wurden, allerdings in eine solche umgewandelt beziehungsweise auf eine solche verschmolzen werden sollen.

Unseres Erachtens sind die Folgen einer Erweiterung der CBMD aber unwägbar. Erweitert man nun aber nur den Anwendungsbereich der CBMD, haben Gesellschaften der Drittstaaten nicht zugleich die EuGH-Rechtsprechung zu achten, da sich diese auf die Niederlassungsfreiheit und nicht die CBMD bezieht.

Das sich flankierende System von Rechtsprechung und gesetzlichen Vorgaben sollte aber nicht aufgebrochen werden, weshalb wir mit „Nein“ abgestimmt haben.

## 2. Zu grenzüberschreitenden Umwandlungen im Allgemeinen

### a) Anwendung auf Kapital- wie auch Personengesellschaften

Die aktuelle CBMD nimmt lediglich Kapitalgesellschaften ihren Anwendungsbe-  
reich auf. Personengesellschaften sind nicht umfasst. Eine solche Beschrän-  
kung nimmt Art. 54 AEUV nicht vor. Danach werden die Gesellschaften des  
bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaf-  
ten und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten  
Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen, ge-  
schützt. Schutzziel der in Art. 49 AEUV niedergelegten Niederlassungsfreiheit  
ist damit die grenzüberschreitende Erwerbstätigkeit, wobei Art. 49 AEUV die  
Erwerbstätigkeit als natürliche Person und Art. 54 AEUV als Gesellschaft, gleich  
welcher Organisationsform, schützt.<sup>24</sup>

Wenn aber die Niederlassungsfreiheit keine Unterscheidung zwischen Kapital-  
gesellschaft und Personenhandelsgesellschaft macht, sollte eine solche Unter-  
scheidung die CBMD nicht erst aufwerfen. Unseres Erachtens sollte die CBMD  
daher auf Personenhandelsgesellschaften erweitert werden.

### b) Regelung aller Umwandlungen

In seinem *Cartesio*-Urteil brachte der EuGH in Form eines obiter dictum zum  
Ausdruck, dass der Herkunftsmitgliedstaat einer Gesellschaft, die eine grenz-  
überschreitende Umwandlung vornehmen möchte, nicht ihre Abwicklung und  
Liquidation vorschreiben darf.<sup>25</sup> Der Wegzug muss identitätswahrend möglich  
sein. Die *Sevic*-Entscheidung stellt dann endgültig klar, dass Umwandlungen  
Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit sind.<sup>26</sup> Daher sollten  
nicht nur grenzüberschreitende Spaltungen, sondern auch die grenzüberschrei-  
tende Sitzverlegung, die ausdrücklich zuletzt von der *EuGH-Vale*-Entscheidung  
erlaubt wird<sup>27</sup>, und andere Umwandlungsformen in einer Richtlinie ermöglicht  
werden. Dabei ist auf einen möglichst ähnlichen Rechtsrahmen für alle Um-  
wandlungsformen zu achten.

Ohnehin wurde bereits 2012 die Ausarbeitung einer Richtlinie zur grenzüber-  
schreitenden Sitzverlegung beschlossen.<sup>28</sup> Auch dieser Beschluss sollte zum An-  
lass genommen werden, einen umfassenden Rechtsrahmen für grenzüber-  
schreitende Umwandlungen zu etablieren.

<sup>24</sup> Teichmann, ZIP 2009, 393, 399.

<sup>25</sup> EuGH v. 16.12.2008 – C-210/06 (*Cartesio*), Rn. 11.

<sup>26</sup> EuGH v. 13.12.2005 – C-411/03 (*Sevic*), Rn. 19.

<sup>27</sup> EuGH v. 12.07.2012 – C-378/10 (*Vale*).

<sup>28</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments (2013/C 239 E/03).



- c) Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsanwendung  
Um die gegenseitige Anerkennung von Dokumenten und die Kommunikation zwischen den verschiedenen Registern zu vereinfachen, sollte die ESMA ermächtigt werden, auf Level 2 Durchführungsbestimmungen zu erlassen. Damit kann eine einheitliche Rechtsanwendung gewährleistet werden. Insbesondere sprachliche Barrieren könnten so abgebaut werden.

## Kontakt

---

Holger Lehnen  
Assistent der Geschäftsführung  
& Referent Gesellschaftsrecht  
Deutsches Aktieninstitut e.V.  
Niederanau 13-19  
60325 Frankfurt am Main  
Telefon + 49 69 92915 - 27  
Fax + 49 69 92915 - 12  
[lehnen@dai.de](mailto:lehnen@dai.de)  
[www.dai.de](http://www.dai.de)

