

## Hereinverschmelzung durch Aufnahme und Niederlassungsfreiheit: Anmerkung zum Vorlagebeschluß des LG Koblenz vom 16.9.2003, 4 HK.T 1/03<sup>1</sup>

Prof. Dr. Peter Jung, Halle

### Vorlagefrage

Sind die Art. 43 und 48 dahingehend auszulegen, daß es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn einer ausländischen europäischen Gesellschaft die Eintragung ihrer angestrebten Verschmelzung mit einer deutschen Gesellschaft in das deutsche Handelsregister gemäß den §§ 16 ff. Umwandlungsgesetz (UmwG) versagt wird, weil § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nur eine Umwandlung von Rechtsträgern mit Sitz im Inland vorsieht?

### Anmerkung

Dem Vorlagebeschluß des LG Koblenz liegt der Sachverhalt einer sog. grenzübergreifenden Hereinverschmelzung durch Aufnahme zugrunde. Nach dem zwischen einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland und einer Société Anonyme mit Sitz in Luxemburg geschlossenen Verschmelzungsvertrag sollte die luxemburgische S. A. ihr Vermögen als ganzes unter Auflösung ohne Abwicklung nach Art. 274 des luxemburgischen Gesetzes vom 10.8.1915 über die Handelsgesellschaften und § 2 Nr. 1 UmwG auf die deutsche AG übertragen. Das zuständige deutsche Amtsgericht wies die zur Herbeiführung der Fusionswirkungen erforderliche Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister jedoch mit der Begründung zurück, daß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG lediglich Verschmelzungen von Rechtsträgern mit Sitz im Inland vorsehe. Hiergegen legte die deutsche AG Beschwerde beim zuständigen LG Koblenz ein. Dieses setzte das Ausgangsverfahren wegen Zweifeln an der Vereinbarkeit der auf § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG gestützten Eintragungsverweigerung mit den Art. 43, 48 EGV aus und legte die Frage dem EuGH nach Art. 234 EGV vor.

Von einer grenzübergreifenden Verschmelzung kann nur dann gesprochen werden, wenn die für die Voraussetzungen, Verfahrensbestimmungen und Rechtswirkungen einer Verschmelzung maßgeblichen Rechte die beteiligten Rechtsträger hinsichtlich ihres Statuts unterschiedlichen Rechtsordnungen (Gesellschaftsstatuten) unterstellen. Dies ist im Ausgangsfall gegeben, da die übertragende S. A. wegen ihres luxemburgischen Verwaltungssitzes sowohl nach luxemburgischem<sup>2</sup> wie nach deutschem<sup>3</sup> Kollisionsrecht dem luxemburgischen Recht unterstand, während die aufnehmende AG mit Verwaltungssitz in Deutschland nach beiden Rechten dem deutschen Recht untersteht.

Aus der Sicht des mit der Eintragung befaßten deutschen Amtsgerichts handelte es sich zudem um eine sog. Hereinverschmelzung durch Aufnahme, da eine dem luxemburgischen Recht unterstehende S. A. auf eine bestehende deutsche AG verschmolzen wurde. Die Hereinverschmelzung, bei der der aufnehmende Rechtsträger wie bisher auch künftig dem

deutschen Recht untersteht, wirft dabei aus deutscher Perspektive weniger Probleme auf als eine sog. Hinausverschmelzung, bei der sich der bislang dem deutschen Recht unterstehende Rechtsträger ohne Abwicklung auflöst und das von ihm betriebene Unternehmen künftig von einem dem ausländischen Recht unterstehenden Rechtsträger betrieben wird.

Die Hereinverschmelzung durch Aufnahme ist ein absolut internationaler Sachverhalt, da die gewünschten Rechtswirkungen einer solchen Verschmelzung, insbesondere die Universalsukzession, nur im Zusammenwirken der beteiligten Rechtsordnungen herbeigeführt werden können. Das erforderliche Zusammenspiel von mindestens zwei Rechtsordnungen wirft für die verschiedenen Schritte des Verschmelzungsvorgangs eine Reihe kollisions- und sachrechtlicher Probleme auf.<sup>4</sup> Anders als etwa in der Schweiz<sup>5</sup> ist der deutsche Gesetzgeber bei Erlass des UmwG einer Regelung dieser komplexen Materie bewußt aus dem Weg gegangen. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG können nämlich nur Rechtsträger mit Sitz im Inland u. a. durch Verschmelzung umgewandelt werden. Zur Begründung wurde insbesondere auf ungeklärte Sachfragen etwa im Bereich der Mitbestimmung und (sich nunmehr konkretisierende) Regelungsabsichten der Europäischen Gemeinschaft verwiesen.<sup>6</sup> Die bewußte Nichtregelung führt im Ergebnis zum faktischen Verbot einer grenzüberschreitenden Verschmelzung,<sup>7</sup> da der sachenrecht-

<sup>1</sup> Abgedruckt etwa in DB 2003, 2428, WM 2003, 1990 und GmbHR 2003, 1213.

<sup>2</sup> Nach Art. 159 des Gesetzes über die Handelsgesellschaften bestimmt sich das Gesellschaftsstatut nach dem Gesellschaftssitz.

<sup>3</sup> Zur Maßgeblichkeit des Hauptverwaltungssitzes für die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts siehe nur BGH v. 21.3.1986 BGHZ 97, 269, 271.

<sup>4</sup> Dazu etwa *Tauchert-Nosko*, Verschmelzung und Spaltung von Kapitalgesellschaften in Deutschland und Frankreich, 1999; *Steiger*, Grenzüberschreitende Fusionen und Sitzverlegungen innerhalb der EU nach spanischem und portugiesischem Recht, 1997; *Bessenich*, Die grenzüberschreitende Fusion nach den Bestimmungen des IPRG und des OR, 1991; *Dorr/Stukenborg*, DB 2003, 647 ff. Zu dem nunmehr vorliegenden Entwurf der Kommission einer Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten vom 18.11.2003 (KOM(2003) 703) siehe den Beitrag von *Schulte-Hillen/Hirschmann*, GPR 2003/04, 89 ff. (in diesem Heft).

<sup>5</sup> Siehe dazu die gemeinsam mit dem neuen Fusionsgesetz am 3.10.2003 verabschiedeten und voraussichtlich zum 1.7.2004 in Kraft tretenden Art. 163a-164b IPRG.

<sup>6</sup> Begründung RegE UmwG BT-Drucks. 12/6699, S. 80 und *Neye*, ZIP 1994, 917, 919 f.

<sup>7</sup> Dies verkennen etwa *Lutter*, UmwG § 1 Rn. 6 und *Semler/Stengel*, UmwG Einleitung A Rn. 104; im Sinne der genannten Autoren offenbar auch das AG Düsseldorf in den beiden von *Dorr/Stukenborg*, DB

liche Spezialitätsgrundsatz eine ausdrückliche gesetzliche Zulassung der Universalsukzession verlangt<sup>8</sup> und die Durchführung einer Verschmelzung mittels Einzelrechtsnachfolge nur in seltenen Ausnahmefällen wie etwa der Verschmelzung von reinen Holdinggesellschaften praktikabel ist.<sup>9</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG kann nach historischer und systematischer Auslegung trotz eines offenen Wortlauts auch nicht dahingehend verstanden werden, daß er lediglich für einen der beteiligten Rechtsträger einen Sitz im Inland voraussetzt.<sup>10</sup>

Vor diesem Hintergrund ist zunächst die Zulässigkeit<sup>11</sup> der Vorlagefrage nicht unproblematisch. Wie auch die Ausführungen des LG Koblenz verdeutlichen, wirft die Eintragungsfähigkeit der Hereinverschmelzung nämlich zunächst einmal das nicht vom EuGH zu lösende Problem der Auslegung von § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf. Die Hereinverschmelzung durch Aufnahme läßt aber auch ein entscheidungserhebliches Auslegungsproblem im Bereich des EG-Primärrechts entstehen. Nach Art. 48 Abs. 1 EGV sollen nämlich die dort genannten Gesellschaften hinsichtlich der primären (Art. 43 Abs. 1 S. 1 EGV) und sekundären (Art. 43 Abs. 1 S. 2 EGV) Niederlassungsfreiheit natürlichen Personen gleichgestellt werden. Es ist nun allerdings nicht jeder grenzübergreifende Umwandlungsvorgang auch niederlassungsrechtlich relevant. So löst sich im Ausgangsfall die luxemburgische S. A. im Zuge der Verschmelzung auf und scheidet damit als Trägerin der Niederlassungsfreiheit aus. Blickt man, wie es das LG Koblenz getan hat, nur auf die luxemburgische S. A., muß man daher in der Tat Zweifel an der Einschlägigkeit der Niederlassungsfreiheitsbestimmungen haben. Diese kann man dann nur mit der Vergleichbarkeit des Sachverhalts mit demjenigen der Sitzverlegung begründen. Für diese Vergleichbarkeit spricht der Umstand, daß das von der luxemburgischen S. A. betriebene Unternehmen wie bei einer Sitzverlegung nach Deutschland nunmehr von einem dem deutschen Recht unterstehenden Rechtsträger betrieben wird und sich hierdurch funktional ähnliche Probleme des Gesellschafter-, Gläubiger- und Arbeitnehmerschutzes stellen. Außerdem nennt Art. 293 Spiegelstrich 3 EGV die Sitzverlegung und die Verschmelzung in einem Atemzug als mögliche Gegenstände einer staatsvertraglichen Regelung.<sup>12</sup> Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit kann man aber auch darin sehen, daß das Verbot einer grenzübergreifenden Verschmelzung mit Universalsukzession die Möglichkeiten der aufnehmenden deutschen Aktiengesellschaft beschränkt, mittels grenzübergreifender Verschmelzung i. S. v. Art. 43 Abs. 1 S. 2 Var. 2 EGV eine unselbständige Zweigniederlassung in Gestalt der in Luxemburg verbleibenden Unternehmensteile zu gründen. Hierzu muß man es allerdings als unerheblich ansehen, daß die Zweigniederlassung in diesem Fall nicht neu errichtet, sondern lediglich eine bereits bestehende Niederlassung übernommen wird.<sup>13</sup> Der EuGH sollte das Vorabentscheidungs-gesuch mithin wegen entscheidungserheblicher Zweifel bezüglich der Auslegung der Art. 43, 48 EGV als zulässig ansehen.

Es ist zu erwarten, daß der EuGH die Art. 43, 48 EGV dahingehend auslegen wird, daß auch die Hereinverschmelzung durch Aufnahme von ihrer Freiheitsgewährleistung erfaßt wird.<sup>14</sup> Er sollte dies entgegen dem LG Koblenz aber nicht aus der Sicht der übertragenden Gesellschaft anhand einer Parallele zur Sitzverlegung begründen. Denn die Verlegung des Verwaltungssitzes eines einzigen fortbestehenden Rechtsträgers und der damit nach der Sitztheorie verbundene Wechsel des Gesellschaftsstatuts unterscheidet sich grundlegend

von der Übertragung des Vermögens eines sich ohne Liquidation auflösenden Rechtsträgers auf einen anderen Rechtsträger, wie sie sich im Rahmen einer Verschmelzung durch Aufnahme vollzieht. Überzeugender ist es daher, den Vorgang aus der Sicht der aufnehmenden Gesellschaft zu betrachten und von einer Beschränkung der sekundären Niederlassungsfreiheit i. S. v. Art. 43 Abs. 1 S. 2 Var. 2 EGV auszugehen.

Sofern man mit dem Registergericht und der auch hier vertretenen Auffassung § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG so auslegt, daß er einer Hereinverschmelzung mit Universalsukzession entgegensteht, handelt es sich um eine die inländische Gesellschaft in ihrer sekundären Niederlassungsfreiheit beschränkende Regelung. Denn eine Gesellschaft mit deutschem Gesellschaftsstatut kann eine ausländische Zweigniederlassung im Wege der Fusion nur dann begründen, wenn sie einen Rechtsträger mit Sitz im Inland und Zweigniederlassung im Ausland nach §§ 2 ff. UmwG absorbiert. Diese Beschränkung hat dabei einen mittelbar diskriminierenden Charakter, weil sie über die Beschränkung des deutschen Rechtsträgers und wegen des notwendigen Zusammenwirkens aller beteiligten Rechtsordnungen Verschmelzungspaare unterschiedlichen Gesellschaftsstatuts gegenüber solchen mit demselben Gesellschaftsstatut benachteiligt. Diskriminierende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit sind aber nur dann zulässig, wenn sie nach Art. 46 Abs. 1 EGV aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Zwar könnte der Schutz von Gesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern durchaus unter den Begriff der öffentlichen Ordnung subsumiert werden. Bei einer Hereinverschmelzung sind die Gesellschafter, Gläubiger oder Arbeitnehmer der deutschen Gesellschaft jedoch nicht stärker gefährdet als bei einer inländischen Verschmelzung, da der aufnehmende Rechtsträger auch weiterhin dem deutschen Recht unterworfen bleibt. Rechtfertigungsgründe sind daher schon im Ansatz nicht ersichtlich. Im Geltungsbereich der Art. 43, 48 EGV – also etwa bei Hereinverschmelzungen durch Aufnahme – ist das UmwG mithin entgegen § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG anwendbar.

Nicht nur das vom LG Koblenz eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren sollte dem deutschen Gesetzgeber Anlaß

2003, 647 ff. berichteten Fällen einer Anerkennung der Hereinverschmelzung.

<sup>8</sup> So zutreffend *Lennerz*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, 2000, S. 16 ff. und 64 f.

<sup>9</sup> Zum aufwendigen Unternehmenszusammenschluß mit Einzelrechtsnachfolge etwa *J. Hoffmann*, NZG 1999, 1080 f.

<sup>10</sup> Dazu näher *Lennerz* (Fn. 8), S. 41 f.; a. A. *Kallmeyer*, ZIP 1996, 535.

<sup>11</sup> Siehe dazu auch die Hinweise des EuGH zum Vorlageverfahren von 1996 in EuZW 1997, 142.

<sup>12</sup> Siehe dazu den von der sog. Goldmann-Arbeitsgruppe vorgelegten Entwurf für ein Übereinkommen über die internationale Verschmelzung (abgedruckt bei *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 2. Aufl., S. 351 ff.).

<sup>13</sup> So *Eyles*, Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der europäischen Gemeinschaft, 1990, S. 117.

<sup>14</sup> Vgl. dazu auch die Angabe des Art. 44 Abs. 1 EGV als Kompetenzgrundlage des Kommissionsvorschlages für eine Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten v. 18.11.2003 KOM (2003) 703. Zu diesem Entwurf siehe den Beitrag von *Schulte-Hillen/Hirschmann*, GPR 2003/04, 89 ff. (in diesem Heft).

zur Regelung der grenzübergreifenden Umwandlung geben. So enthalten auch die Verordnungen zur Europäischen Aktiengesellschaft (Art. 17 ff. SE-VO) und Genossenschaft (Art. 20 ff. SCE-VO) Regelungen zur Gründung durch grenzübergreifende Verschmelzung. Diese ab 8.10.2004 bzw. 18.8.2006 auch in Deutschland unmittelbar geltenden Regelungen bedürfen teilweise noch nationaler Ausführungsbestimmungen.<sup>15</sup> Außerdem hat die Kommission kürzlich Vorschläge für eine Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten<sup>16</sup> und zur Änderung der Fusionsbesteuerungsrichtlinie<sup>17</sup> vorgelegt. Danach können zumindest die Kapitalgesellschaften

aus EU-Mitgliedstaaten darauf hoffen, daß es zu einer durchgreifenden Verbesserung der Rechtslage und zur Herstellung von Transaktionssicherheit für grenzübergreifende Verschmelzungen kommen wird.

<sup>15</sup> Vgl. dazu die §§ 5 ff. des DiskE für ein Gesetz zur Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft (SEEG), AG 2003, 204; dazu *Neye/Teichmann*, AG 2003, 169, 171 ff.

<sup>16</sup> Vorschlag v. 18.11.2003 KOM (2003) 703 und dazu *Schulte-Hillen/Hirschmann*, GPR 2003/04, 89 ff. (in diesem Heft).

<sup>17</sup> Vorschlag v. 17.10.2003 KOM (2003) 613 endg.

## Die grenzüberschreitende Verschmelzung – Ein erster Überblick über den Entwurf der Richtlinie „über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten“

Sven Schulte-Hillen und Dr. Jörn Hirschmann, Frankfurt am Main

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat am 18. November 2003 den Vorschlag einer Richtlinie „über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten“ (KOM(2003) 703; nachfolgend kurz „Verschmelzungsrichtlinie“ oder „RL-E“) vorgelegt. Der Vorschlag soll die in der Vergangenheit gewählten, komplizierten Strukturen<sup>1</sup> für grenzüberschreitende Verschmelzungen entbehrlich machen und ist ein weiterer Schritt auf dem Weg zu einem harmonisierten Gesellschaftsrecht.

### I. Grundlegende Regelungen des Entwurfs

#### 1. Ermöglichung grenzüberschreitender Verschmelzungen

Durch die vorgeschlagene Richtlinie – so sie verabschiedet wird – werden grenzüberschreitende Verschmelzungen erst möglich. Der deutsche Gesetzgeber wäre gezwungen, § 1 Abs. 1 UmwG abzuändern, der Transaktionen nach dem UmwG gegenwärtig nur unter Beteiligung von inländischen Unternehmensträgern zulässt. Die Streitfrage, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen entgegen § 1 Abs. 2 UmwG eine analoge Anwendung des UmwG auf grenzüberschreitende Sachverhalte durch die Niederlassungsfreiheit<sup>2</sup> geboten ist,<sup>3</sup> wäre damit in Bezug auf Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften hinfällig.

#### 2. Voraussetzungen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung

Nach dem RL-E soll das jeweilige nationale Gesellschaftsrecht auf die an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger und für den Vorgang der Verschmelzung anwendbar sein, soweit die Richtlinie keine abweichenden Vorgaben enthält.

#### a) Arten der Verschmelzung

Der RL-E kennt drei Arten der Verschmelzung. Wie in § 2 UmwG wird zunächst zwischen der Verschmelzung eines oder mehrerer Rechtsträger auf einen bestehenden Rechtsträger (Verschmelzung durch Aufnahme) und der Verschmelzung zweier oder mehrerer Rechtsträger auf einen neu zu gründenden Rechtsträger (Verschmelzung zur Neugründung),<sup>4</sup> jeweils gegen Gewährung von Anteilen, unterschieden. Eine bare Zuzahlung, die zehn Prozent des Nennwerts der gewährten Anteile nicht überschreitet, ist unschädlich. Daneben gilt auch die Übertragung des gesamten Vermögens einer einhundertprozentigen Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft als Verschmelzung.

<sup>1</sup> Aus der jüngeren Vergangenheit sind etwa die Fälle Rhône-Poulenc/Hoechst, HypoVereinsbank/Bank Austria und E.ON Energie/Verbundgesellschaft zu nennen.

<sup>2</sup> Artt. 43 und 48 EG-Vertrag.

<sup>3</sup> Gegenwärtig ist eine Vorlage des Landgerichts Koblenz an den EuGH anhängig, mit der die Zulässigkeit der Verschmelzung einer Luxemburgischen S. A. auf eine deutsche AG geklärt werden soll. Der Vorlagebeschluss vom 16.9.2003 (Az. 4 HK.T 1/03) ist abgedruckt in DB 2003, 2428; dazu *Jung* GPR 2003/04, 87 (in diesem Heft)

<sup>4</sup> Sonderregelungen über Verschmelzungen zur Neugründung, bei denen die neu zu gründende Gesellschaft eine Europäische Aktiengesellschaft (SE) oder eine Europäische Genossenschaft (SCE) sein soll, sind in den entsprechenden Verordnungen über die SE und die SCE enthalten (siehe Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. Nr. L 294 vom 10.11.2001, S. 1, und Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22.7.2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl. EG Nr. L 207 vom 18.8.2003, S. 1).