

Leseprobe zu



Kallmeyer

Umwandlungsgesetz

ISBN 978-3-504-37025-1

7. neu bearbeitete Auflage, 2020, rd. 1800 Seiten, gebunden Leinen, 145x210

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	V
Allgemeines Literaturverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XV

Kommentierung des UmwG

	§§	Seite
Erstes Buch		
Möglichkeiten von Umwandlungen	1	1
Zweites Buch		
Verschmelzung		
Allgemeine Vorschriften		
Erster Abschnitt	Möglichkeit der Verschmelzung . 2, 3	15
Zweiter Abschnitt	Verschmelzung durch Aufnahme 4–35	35
Dritter Abschnitt	Verschmelzung durch Neugründung 36–38	446
Besondere Vorschriften		
Erster Abschnitt	Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften	
Erster Unterabschnitt	Verschmelzung unter Beteiligung von Personenhandelsgesellschaften 39–45	463
Zweiter Unterabschnitt	Verschmelzung unter Beteiligung von Partnerschaftsgesellschaften . 45a–45e	501
Zweiter Abschnitt	Verschmelzung unter Beteiligung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung	
Erster Unterabschnitt	Verschmelzung durch Aufnahme 46–55	515
Zweiter Unterabschnitt	Verschmelzung durch Neugründung 56–59	593
Dritter Abschnitt	Verschmelzung unter Beteiligung von Aktiengesellschaften	
Erster Unterabschnitt	Verschmelzung durch Aufnahme 60–72	604
Zweiter Unterabschnitt	Verschmelzung durch Neugründung 73–77	711
		VII

	§§	Seite
Vierter Abschnitt	Verschmelzung unter Beteiligung von Kommanditgesellschaften auf Aktien	78 723
Neunter Abschnitt	Verschmelzung von Kapitalgesellschaften mit dem Vermögen eines Alleingeschafters	120–122 727
Zehnter Abschnitt	Grenzüberschreitende Verschmelzung	122a–122m 737
Drittes Buch	Spaltung	
Erster Teil	Allgemeine Vorschriften	
Erster Abschnitt	Möglichkeit der Spaltung	123–125 865
Zweiter Abschnitt	Spaltung zur Aufnahme	126–134 926
Dritter Abschnitt	Spaltung zur Neugründung	135–137 1032
Zweiter Teil	Besondere Vorschriften	
Erster Abschnitt	Spaltung unter Beteiligung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung	138–140 1052
Zweiter Abschnitt	Spaltung unter Beteiligung von Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien	141–146 1062
Siebenter Abschnitt	Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns	
Erster Unterabschnitt	Möglichkeit der Ausgliederung . .	152 1081
Zweiter Unterabschnitt	Ausgliederung zur Aufnahme . . .	153–157 1086
Dritter Unterabschnitt	Ausgliederung zur Neugründung	158–160 1104
Viertes Buch	Vermögensübertragung	
Erster Teil	Möglichkeit der Vermögensübertragung	174, 175 1114
Fünftes Buch	Formwechsel	
Erster Teil	Allgemeine Vorschriften	190–213 1120

		Inhaltsverzeichnis	
		§§	Seite
Zweiter Teil	Besondere Vorschriften		
Erster Abschnitt	Formwechsel von Personen-		
	gesellschaften		
Erster Unterabschnitt	Formwechsel von Personen-		
	handelsgesellschaften	214–225	1324
Zweiter Unterabschnitt	Formwechsel von Partnerschafts-		
	gesellschaften	225a–225c	1402
Zweiter Abschnitt	Formwechsel von Kapital-		
	gesellschaften		
Erster Unterabschnitt	Allgemeine Vorschriften	226, 227	1407
Zweiter Unterabschnitt	Formwechsel in eine Personen-		
	gesellschaft	228–237	1413
Dritter Unterabschnitt	Formwechsel in eine Kapital-		
	gesellschaft anderer Rechtsform .	238–250	1467
Sechstes Buch	Strafvorschriften und Zwangs-		
	gelder	313–316	1514
Siebentes Buch	Übergangs- und Schlussvor-		
	schriften	321–325	1534
Anhang I:	Gründung einer SE mit Sitz in Deutschland im Wege der		
	Verschmelzung oder durch Formwechsel sowie Stellung		
	der SE im deutschen Umwandlungsrecht		1689
Anhang II:	Umwandlungsmaßnahmen in Insolvenzplänen		1754
Sachregister			1799

Vorwort

Klar positioniert als Praktikerkommentar zum Umwandlungsgesetz verfolgt der „Kallmeyer“ auch in der 7. Auflage das Ziel, neben der gebotenen Wissenschaftlichkeit ein kreativer und innovativer Ratgeber zu sein. Das bedeutet für die Autoren auch, den Gesetzgeber und die Gerichte in bedeutsamen Fragen zum Umwandlungsrecht zur Rechtsfortbildung anzuregen. Dabei sind Beratungshinweise unerlässlich, die der Transaktionssicherheit Rechnung tragen. Auch werden wichtige Gestaltungshinweise gegeben und Formulierungsvorschläge für die Umsetzung in der Praxis gemacht.

Wie in den Voraufagen steht die Benutzerfreundlichkeit im Vordergrund, wobei vor allem der Leseaufwand in Grenzen gehalten werden soll. Dem dient ein direkter Stil: Pro und Contra werden erörtert und dann sehr schnell die praxistaugliche Lösung dargestellt. Besonderer Wert wird auf die Geschlossenheit des Werks gelegt. Bei aller Kompaktheit des Werks ist Vollständigkeit das entscheidende Kriterium für Auswahl und Umfang, jedenfalls was die Behandlung praxisrelevanter Fragen angeht. Für den informationssuchenden Praktiker sollte es keine Fehlanzeige geben.

Impulse aus dem Steuerrecht wurden aufgenommen, auch wenn das Umwandlungssteuerrecht einem gesonderten Kommentar aus dem Verlag Dr. Otto Schmidt, nämlich dem „Rödter/Herlinghaus/van Lishaut“, Kommentar zum Umwandlungssteuergesetz, 3. Auflage 2019, vorbehalten bleibt.

Nach wie vor wird auf die interdisziplinären Zusammenhänge besonderer Wert gelegt und das Bilanzrecht, das Arbeitsrecht und das Notarrecht als Querschnittsmaterien fundiert behandelt. Die Konzentration und die Beschränkung auf die Handelsgesellschaften bleibt auch in der 7. Auflage erhalten.

Neu eingearbeitet wurde unter anderem das 4. Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes mit dem neuen § 122m UmwG und weiteren Änderungen in den Vorschriften zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, §§ 122a ff. UmwG. Wertvolle Ausblicke gibt es auf die europäisch induzierten Änderungen durch das sog. Company Law Package. Kurz vor Drucklegung konnte noch die im Amtsblatt der EU am 12.12.2019 veröffentlichte Richtlinie (EU) 2019/2121 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen berücksichtigt werden. Aufgenommen wurde zudem der Referentenentwurf des BMJV und des BMF zum Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie im Hinblick auf ein einheitliches elektronisches Format für Jahresfinanzberichte.

Insgesamt befindet sich der Kommentar im Hinblick auf Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur auf dem Stand von November 2019.

Im Autorenkreis haben wir Änderungen zu verzeichnen. Die Herren Rechtsanwalt Professor Dr. Marsch-Barner, Notar a.D. Dr. Burkhardt W. Meister und Notar Dr. Ingo Klöcker haben um Entlastung gebeten. Neu im Team sind die Herren Rechtsanwalt Stephan F. Oppenhoff und Rechtsanwalt Dr. Cornelius Wilk (für Herrn Professor Dr. Marsch-Barner). Frau Rechtsanwältin Dr. Lucina Berger übernimmt die Kommentierungen der Herren Dr. Burkhardt W. Meister und Dr. Ingo Klöcker. Das jetzige Autorenteam und der Verlag danken den Herren Professor Dr. Marsch-Barner, Dr. Meister und Dr. Klöcker sehr für den Aufbau und die langjährige Treue bei der Bestückung der einzelnen Auflagen.

Wiederum haben uns viele Benutzer des Kommentars durch Hinweise sehr geholfen; dafür danken wir und bitten zugleich herzlich und erneut um Kritik und Anregung. Bitte richten Sie sie an den Verlag (lektorat@otto-schmidt.de).

Köln, im Dezember 2019

Autoren und Verlag

Es haben bearbeitet:

Blasche: §§ 214–224 (220 bis auf Rz. 11); 225a–c; 226–250

Kocher: §§ 39–42; 45; 45a–c; 45e; 46; 47; 49; 54–58; Anhang II (Umwandlungsmaßnahmen in Insolvenzplänen)

Lanfermann: §§ 5 Abs. 1 Nr. 3, 6; 9–12; 17 Abs. 2; 24; 30; 44; 48; 60; 63 Abs. 2; 122c Abs. 2 Nr. 2, 6, 11, 12; 122f; 125 (Rz. 35a–35j); 126 Abs. 1 Nr. 3, 6; 131 (Rz. 31–36); 133 (Rz. 13–15); 202 (Rz. 11a–11c); 208; 220 (Rz. 11); 225

Marsch-Barner/Oppenhoff: §§ 1–4; 5 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 5, 7, 8, Abs. 2; 7; 8; 14; 15; 16 Abs. 2, 3; 18; 20–23; 25–29; 31–37; 61; 62; 63 Abs. 1, 3, 4; 64; 67–75; 78; 120; 313–316; 321

Marsch-Barner/Wilk: Vor § 122a–§ 122l; §§ 122a; 122b; 122c Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 3, 5, 7–9, Abs. 3, Abs. 4; 122d; 122e; 122h–122j; Anhang I (SE)

Meister/Klöcker/Berger: §§ 190–192; 194 Abs. 1 Nr. 1–6; 195–197; 200; 202–207; 209–213

Sickinger: §§ 123–125 (bis auf Rz. 35a–35j); 126 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 5, 7–10, Abs. 2; 127; 128; 131 (bis auf Rz. 31–36) –133 (bis auf Rz. 13–15); 135; 136; 138; 139; 141–145; 152; 153; 155–159; 174; 175

Wilk: §§ 122c Abs. 2 Nr. 13; 122m

Willemssen: §§ 5 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 3; 122c Abs. 2 Nr. 4, 10; 126 Abs. 1 Nr. 11, Abs. 3; 134; 194 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2; Vor 322; 322–325

Norbert Zimmermann: §§ 6; 13; 16 Abs. 1; 17 Abs. 1; 19; 38; 43; 45d; 50–53; 59; 65; 66; 76; 121; 122; 122g; 122k; 122l; 129; 130; 137; 140; 146; 154; 160; 193; 198; 199; 201

- er übernimmt an Stelle seiner bisherigen Firma die Firma des übertragenden Rechtsträgers (§ 18 Abs. 1 UmwG) ohne Rechtsformzusatz mit oder ohne Nachfolgezusatz¹. Dies ist auch bei reiner Sachfirma möglich; die Firma muss lediglich zur Kennzeichnung geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen (§ 18 Abs. 1 HGB). Stets beizufügen ist die Bezeichnung nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB („e.k.“);
- er vereinigt seine bisherige Firma mit der der übertragenden Kapitalgesellschaft²;
- er führt zwei getrennte Firmen: seine bisherige Firma für sein altes Unternehmen und die Firma des übernommenen Unternehmens³.

b) Der eintragungsfähige Alleingesellschafter kann

12

- seine Firma gemäß § 18 HGB bilden;
- seiner neuen Firma (§ 18 HGB) ein das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen;
- die Firma der übertragenden Kapitalgesellschaft gemäß § 18 Abs. 1 UmwG fortführen⁴.

Zehnter Abschnitt Grenzüberschreitende Verschmelzung

Vorbemerkung zu §§ 122a–122m

1. Grenzüberschreitende Verschmelzungen gemäß §§ 122a–122m UmwG 1		a) Kollisionsrechtliche Anknüpfung 4 b) Materiell-rechtliche Zulässigkeit 8
2. Grenzüberschreitende Umwandlungen außerhalb der §§ 122a ff. UmwG 3		

Literatur: *Bauerfeind/Tamcke*, Die Limited & Co. KG im Brexit: Rechtsrisiken trotz Austrittsabkommens – oder: die Geister, die ich rief, GmbHR 2019, 11; *Bayer/J. Schmidt*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn, ZHR 173 (2009), 735; *Bayer/J. Schmidt*, Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, NJW

1 OLG Schleswig v. 15.11.2000 – 2 W 145/00, BB 2001, 223 = GmbHR 2002, 205; *Karollus/M. T. Schwab* in Lutter, § 122 UmwG Rz. 18; *Seulen* in Semler/Stengel, § 122 UmwG Rz. 17.

2 *Kögel*, GmbHR 1996, 168 (169).

3 *Karollus/M. T. Schwab* in Lutter, § 122 UmwG Rz. 18 f.

4 *Karollus/M. T. Schwab* in Lutter, § 122 UmwG Rz. 20.

2006, 401; *Bayer/J. Schmidt*, Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes. Eine kritische Stellungnahme, NZG 2006, 841; *Bode/Bron*, Brexit als Risiko für die Anerkennung von Limited und LLP?, GmbHR 2016, R129; *Bormann/Stelmaszczyk*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen nach dem EU-Company Law Package, ZIP 2019, 300; *Bormann/Stelmaszczyk*, Grenzüberschreitende Spaltungen und Formwechsel nach dem EU-Company Law Package, ZIP 2019, 353; *Bungert/Becker*, Der finale EU-Richtlinienentwurf zu grenzüberschreitenden Formwechseln, Verschmelzungen und Spaltungen, DB 2019, 1609; *Bungert/Schneider*, Grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften, GS Gruson, 2009, S. 37; *Bungert/Wansleben*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung auf Personengesellschaften ist Wirklichkeit, DB 2019, 49; *Bungert/Wansleben*, Grenzüberschreitende Spaltungen nach dem Richtlinienentwurf der EU-Kommission, DB 2018, 2094; *Cramer*, Von der Limited in die Personengesellschaft – Der Referentenentwurf des Vierten Gesetzes zur Änderung des UmwG, DStR 2018, 2435; *Drinhausen*, Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – ein Gewinn für die Praxis, BB 2006, 2313; *Drinhausen/Keinath*, Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – Erleichterung grenzüberschreitender Verschmelzungen für deutsche Kapitalgesellschaften?, BB 2006, 725; *Forsthoff*, Internationale Verschmelzungsrichtlinie: Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit und Vorwirkung; Handlungszwang für Mitbestimmungsreform, DStR 2006, 613; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 2008; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – nach Ablauf der Umsetzungsfrist, RIW 2008, 12; Handelsrechtsausschuss des DAV, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, NZG 2006, 737; *Habersack*, Sekundärrechtlicher grenzüberschreitender Formwechsel ante portas, ZHR 2018, 495; *Haritz/von Wolff*, Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts, GmbHR 2006, 340; *Heckschen*, Die Reform des Umwandlungsrechts, DNotZ 2007, 444; *Herrler*, Ermöglichung grenzüberschreitender Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften durch Änderung des Umwandlungsgesetzes – Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie unter Vernachlässigung der primärrechtlichen Rahmenbedingungen, EuZW 2007, 295; *Herrler*, Gewährleistung des Wegzugs von Gesellschaften durch Art. 43, 48 EG nur in Form der Herausumwandlung, DNotZ 2009, 484; *Kallmeyer*, Stellungnahme der Centrale für die GmbH Dr. Otto Schmidt v. 16.3.2006 zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, GmbHR 2006, 418; *Kallmeyer*, Der gemeinsame Verschmelzungsplan für grenzüberschreitende Verschmelzungen, AG 2007, 472; *Kallmeyer/Kappes*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen nach SEVIC Systems und der EU-Verschmelzungsrichtlinie, AG 2006, 224; *Kiem*, Erwartungen der Praxis an eine künftige EU-Sitzverlegungsrichtlinie, ZHR 180 (2016), 289; *Kiem*, Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im deutschen Umwandlungsgesetz, WM 2006, 1091; *Klein*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, RNotZ 2007, 565; *Klett*, Das Vierte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – Neues bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen mit und ohne Brexit, NZG 2019, 292; *Knaier/Pfleger*, Der grenzüberschreitende Herausformwechsel einer deutschen GmbH, GmbHR 2017, 859; *Krause/Kulpa*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Vor dem Hintergrund der „Sevic“-Entscheidung und der Reform des deutschen Umwandlungsrechts, ZHR 171 (2007), 38; *Kronke*, Deutsches Gesellschaftsrecht und grenzüberschreitende Strukturänderungen, ZGR 1994, 26; *Krüger*, Das auf den Verschmelzungsplan nach § 122c UmwG anwendbare Recht, GS Gruson, 2009, S. 265; *Leible/Hoffmann*, Cartesio – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, BB 2009, 58; *Lieder/Bialluch*, Brexit-Phylaxe durch

das 4. UmwG-ÄndG – Zum deutschen Vorstoß im Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung, NJW 2019, 805; *Limmer*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem *Sevic*-Urteil des EuGH und den Neuregelungen des UmwG, ZNotP 2007, 242 (Teil 1), 282 (Teil 2); *Louven*, Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie, ZIP 2006, 2021; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018; *Lutter/Drygala*, Internationale Verschmelzungen in Europa, JZ 2006, 770; *Marsch-Barner*, Zur grenzüberschreitenden Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften, FS Haarmann, 2015, S. 115; *Marsch-Barner*, Die Rechtsstellung der Europäischen Gesellschaft (SE) im Umwandlungsrecht, Liber amicorum Happ, 2006, S. 165; *H.-F. Müller*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, NZG 2007, 1081; *H.-F. Müller*, Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts: Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung, ZIP 2007, 1081; *Neye*, Die Regelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung – eine ungelöste Aufgabe des europäischen Gesetzgebers, FS Schwark, 2009, S. 231; *Neye/Timm*, Die geplante Umsetzung der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Umwandlungsgesetz, DB 2006, 488; *Neye/Timm*, Mehr Mobilität für die GmbH in Europa. Das neue Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzungen, GmbHR 2007, 561 *Noack/Kraft*, Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität – der Richtlinienvorschlag im Company Law Package, DB 2018, 1577; *Passarge/Stark*, Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, GmbHR 2007, 803; *Schaper*, Grenzüberschreitender Formwechsel und Sitzverlegung: Umsetzung der Vale-Rechtsprechung des EuGH, ZIP 2014, 810; *J. Schmidt*, Auswirkungen des Brexits im Bereich des Gesellschaftsrechts, ZIP 2019, 1093; *J. Schmidt*, EU Company Law Package 2018 – Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften, Der Konzern 2018, 229 und 273; *Schröder*, Neue Umwandlungsmöglichkeiten – Notausgang für die Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland?, BB 2018, 2755; *Seeger*, Die Folgen des „Brexit“ für die britische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, DStR 2016, 1817; *Simon/Rubner*, Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht, Der Konzern 2006, 835; *Stiegler*, 4. UmwGÄndG – Brexit und Verschmelzung auf Personengesellschaften: Way to go oder halbherziger Kompromiss?, ZIP 2018, 2351; *J. Tebben/T. Tebben*, Der Weg aus der Limited: Die grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine GmbH, DB 2007, 2355; *Thümmel/Hack*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung von Personengesellschaften, Der Konzern 2009, 1; *Veil*, Kollisionsrechtliche und sachrechtliche Lösungen für eine Verschmelzung und eine Spaltung über die Grenze, Der Konzern 2007, 98; *Verse*, Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Sitzverlegung – Zwischenbilanz nach „National Grid Indus“ und „Vale“, ZEuP 2013, 458; *J. Vetter*, Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG, AG 2006, 613; *Weyde/Hafemann*, Praxisrelevante gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, FS Meilicke, 2010, S. 779; *Wicke*, Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels – Rechtssache „Vale“ des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit, DStR 2012, 1756; *Wicke*, Optionen und Komplikationen bei der Umsetzung des Richtlinienvorschlags zum grenzüberschreitenden Formwechsel, DStR 2018, 2642 und 2703; *Wilk*, Aktionärsrechte in der deutschen SE, 2017; *Winter*, Planung und Vorbereitung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 24; *Zwirlein*, Minimalinvasive Maximallösung für pseudo-englische Kapitalgesellschaften – Der Referentenentwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, ZGR 2018, 900.

1. Grenzüberschreitende Verschmelzungen gemäß §§ 122a–122m UmwG

- 1 Mit den Vorschriften des 10. Abschnitts wurde die Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten¹ – im Folgenden „10. Richtlinie“ – in deutsches Recht umgesetzt.² Deren Vorgaben wurden zwischenzeitlich in **Art. 118 ff. der Richtlinie** (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.6.2017³ **über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts** – im Folgenden „Gesellschaftsrechtsrichtlinie“ – überführt. Die europarechtlichen Vorgaben über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft (Art. 133 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie, vormals Art. 16 der 10. Richtlinie) sind gesondert von den §§ 122a ff. UmwG mit dem Gesetz zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (MgVG) v. 21.12.2006⁴ umgesetzt worden. Mit den Vorschriften der §§ 122a–122m UmwG wird zugleich der **Rechtsprechung des EuGH** zur Öffnung des UmwG für Rechtsträger aus den EU-Mitgliedstaaten⁵ für den Bereich der Verschmelzung Rechnung getragen.
- 2 Die §§ 122a–122m UmwG regeln die grenzüberschreitende Verschmelzung in enger Anlehnung an die Bestimmungen der Gesellschaftsrechtsrichtlinie. Wie in dieser werden bestimmte Eckpunkte wie der gemeinsame Verschmelzungsplan und das Verfahren der Verschmelzung geregelt. Dabei wird die Herein-Verschmelzung wie die Hinaus-Verschmelzung erfasst. Im Übrigen unterliegen die beteiligten Rechtsträger weiterhin dem auf sie jeweils anwendbaren Recht. Das jeweils anzuwendende Sachrecht gilt auch für das Verfahren zur Beschlussfassung, den Schutz der Gläubiger, der Arbeitnehmer und der Minderheitsgesellschafter. Die sog. **Vereinigungstheorie**⁶ wird damit positiv-rechtlich verankert⁷. Durch das europarechtlich einheitliche Verfahren, das weitgehend dem bereits mit der dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie zur (nicht grenzüberschreitenden)

1 ABl. EU Nr. L 310 v. 25.11.2005, S. 1.

2 Vgl. das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 19.4.2007, BGBl. I 2007, S. 542.

3 ABl. EU Nr. L 169 v. 30.6.2017, S. 46.

4 BGBl. I 2006, S. 3332.

5 Vgl. EuGH v. 13.12.2005 – C-411/03, ZIP 2005, 2311 = AG 2006, 80 (Sevic Systems AG).

6 Siehe dazu näher *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, Vor §§ 122a ff. UmwG Rz. 22 f.; *Drinhausen* in Semler/Stengel, Einl. C Rz. 16; *Kiem* in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Vorb. UmwG Rz. 9.

7 *Teichmann*, ZIP 2006, 355 (361); *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, § 122a UmwG Rz. 3; *Simon/Rubner*, Der Konzern 2006, 835 (836).

Verschmelzung von Aktiengesellschaften¹ kodifizierten Verfahren entspricht, werden die Probleme, die sich aus einer kumulativen Anwendung der beteiligten Rechtsordnungen ergeben können, deutlich reduziert. Die praktische Durchführbarkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hängt allerdings auch davon ab, wie die Umsetzung der 10. Richtlinie bzw. nunmehr der Gesellschaftsrechtsrichtlinie erfolgt ist.

Die den §§ 122a ff. UmwG zugrunde liegenden Richtlinienvorgaben haben sich zuletzt zum 1.1.2020 geändert, als der von der EU-Kommission am 25.4.2018 vorgelegte Vorschlag einer **Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen**² in eine amtlich verkündete Richtlinie mündete³. Inhaltlich ergibt sich daraus insbesondere eine Zweiteilung des Verschmelzungsberichts in einen anteilseigner- und einen arbeitnehmerschützenden Teil mit separaten Verichtsregelungen (Art. 124 Gesellschaftsrechtsrichtlinie), erweiterte Regelungen zur Vorabbescheinigung, bei deren Ausstellung etwa auch eine Prüfung auf missbräuchliche oder betrügerische Absichten erfolgen soll (Art. 127, 127a Gesellschaftsrechtsrichtlinie), sowie ein erheblicher Ausbau der Harmonisierung in Bezug auf den Schutz von Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern (Art. 126a, 126b Gesellschaftsrechtsrichtlinie)⁴. Weiterhin nicht vorgesehen oder geplant ist eine Ausdehnung der Richtlinie auf grenzüberschreitende Verschmelzungen von Personengesellschaften⁵. Auf deutscher Ebene bietet sich eine Umsetzung iRd §§ 122a ff. UmwG und im MgVG an.

1 Richtlinie 2011/35/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2011, ABl. EU Nr. L 110 v. 29.4.2011, S. 1 (zuvor Richtlinie des Rates 78/855/EWG v. 9.10.1978, ABl. EG Nr. L 295 v. 20.10.1978, S. 36); mittlerweile inhaltsgleich überführt in Art. 87 ff. der Gesellschaftsrechtsrichtlinie.

2 COM/2018/241 final - 2018/0114 (COD); gemeinsam mit dem am selben Tag veröffentlichten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, COM/2018/239 final - 2018/0113 (COD), zentraler Bestandteil des sog. EU Company Law Package.

3 Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. EU Nr. L 321 v. 12.12.2019, S. 1.

4 Zu den verschmelzungsbezogenen Teilen des Richtlinienentwurfs im Überblick *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 300.

5 *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 300 (302).

2. Grenzüberschreitende Umwandlungen außerhalb der §§ 122a ff. UmwG

- 4 Die §§ 122a–122m UmwG regeln nur einen Teilbereich von grenzüberschreitenden Umwandlungen, nämlich die grenzüberschreitende Verschmelzung von **Kapitalgesellschaften** aus verschiedenen Mitgliedstaaten der EU und des EWR sowie – im Rahmen des § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG – die grenzüberschreitende Hereinverschmelzung auf deutsche **Personenhandelsgesellschaften** mit höchstens 500 Arbeitnehmern. Nicht erfasst sind dagegen grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Beteiligung anderer Rechtsträger wie insbesondere sonstiger **Personengesellschaften** sowie andere grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge wie **grenzüberschreitende Spaltungen** oder **grenzüberschreitende Formwechsel**. Nicht geregelt sind auch entsprechende Umwandlungsvorgänge unter Beteiligung von **Rechtsträgern aus Drittstaaten**, dh. Staaten außerhalb der EU und des EWR¹. In allen diesen Fällen stellt sich die Frage, ob das UmwG auch solche Umwandlungen zulässt und welches Recht auf diese ggf. Anwendung findet.

a) Kollisionsrechtliche Anknüpfung

- 5 Sind an einer Umwandlung neben inländischen auch ausländische Rechtsträger beteiligt, stellt sich die Frage, **welches Recht** auf den betreffenden Vorgang **anzuwenden** ist. Eine gesetzliche Regelung dazu gibt es bislang nicht. Das deutsche IPR enthält keine Bestimmungen zu Gesellschaften und verwandten Rechtsträgern. Fragen des Gesellschaftsrechts, des Vereinsrechts und des Rechts der juristischen Personen sind von den bestehenden Regelungen sogar ausdrücklich ausgenommen (Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom-I-VO² iVm. Art. 3 Nr. 1 lit. b EGBGB). Anknüpfungspunkt für das auf Gesellschaften bei internationalen Sachverhalten anzuwendende Recht ist nach überkommener Auffassung der **tatsächliche** („effektive“) **Sitz der Verwaltung**. Diese sog. **Sitztheorie** sichert die inländischen Standards für den Gläubiger- und Minderheitenschutz und verhindert ein Ausweichen auf eine Rechtsordnung mit geringeren Anforderungen („race to the bottom“)³. Auch die Gründung von sog. Briefkastengesellschaften soll mit der Sitztheorie unterbunden werden. Ein Wegzug inländischer Gesellschaften durch Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland ist danach grundsätzlich ausgeschlossen. Dies gilt in der Regel auch für den umgekehrten Fall, wenn eine Auslandsgesellschaft ihren Verwaltungssitz ins Inland verlegt. Erfüllt die zuzie-

¹ Bayer in Lutter, § 122a UmwG Rz. 3 mwN.

² Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EU Nr. L 177 v. 4.7.2008, S. 6, berichtigt in ABl. EU Nr. L 309 v. 24.11.2009, S. 87.

³ Vgl. Hüffer/Koch, § 1 AktG Rz. 34; BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289 (291 Rz. 21) = AG 2009, 84 (Trabrennbahn).

hende Gesellschaft nicht die inländischen Gründungsvoraussetzungen, wird sie unter Umständen überhaupt nicht oder nur teilweise anerkannt¹. Andere Länder sind insoweit liberaler und erkennen ausländische Gesellschaften auch im Inland entsprechend dem Recht des Staates an, in dem sie gegründet wurden. Diese sog. **Gründungstheorie** setzt sich auch in Deutschland zunehmend durch.

Eine deutliche Einschränkung der Sitztheorie ergibt sich zunächst daraus, dass **GmbH** und **AG** seit der Neufassung der § 4a GmbHG, § 5 AktG durch das MoMiG² im Jahr 2008 nur noch einen inländischen Satzungssitz haben müssen, während sich der **Verwaltungssitz auch im Ausland** befinden kann. Die Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland bleibt dagegen verboten, auch wenn dies nach dem Recht des ausländischen Zuzugsstaates zulässig wäre³. Mit dieser Trennung von Satzungs- und Verwaltungssitz wird die Mobilität der inländischen Kapitalgesellschaften erhöht⁴. Sie erhalten damit die Möglichkeit, ihre Geschäfte zB im Rahmen einer Niederlassung ausschließlich im Ausland zu führen⁵. Allerdings kann die Verlegung des Verwaltungssitzes in einen Staat, in dem die Sitztheorie gilt, dazu führen, dass die Rechtspersönlichkeit nach dem dortigen Recht verloren geht⁶. Dieses Verbot kann ua. dadurch überwunden werden, dass die deutsche Gesellschaft auf eine ausländische (Kapital-)Gesellschaft verschmolzen wird. Für dieses Vorgehen gelten für den Bereich der EU und des EWR die §§ 122a ff. UmwG. Für die Sitzverlegung soll es nach verbreiteter Auffassung beim Sitz der Verwaltung als maßgeblichem Anknüpfungspunkt bleiben⁷. Nach den Änderungen zur GmbH und AG wäre es jedoch folgerichtig, zumindest auch bei der OHG und KG zwischen dem Sitz der Geschäftsführung und dem gesellschaftsvertraglichen Sitz zu unterscheiden⁸. Die Rechtsprechung ist dazu allerdings zurückhaltend⁹.

Auch aufgrund der europarechtlichen Vorgaben gilt die Sitztheorie nur noch eingeschränkt. Als in den Mitgliedstaaten der EU unmittelbar geltendes Recht

1 Vgl. BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289 (290 Rz. 21 ff.) = AG 2009, 84 zu einer schweizerischen AG.

2 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008, BGBl. I 2008, S. 2026.

3 Vgl. OLG München v. 4.10.2007 – 31 Wx 36/07, NZG 2007, 915 = GmbHR 2007, 1273; zur europarechtlichen Zulässigkeit einer formwechselnden Sitzverlegung EuGH v. 16.12.2008 – C-210/06, NJW 2009, 569 (Tz. 113) = AG 2009, 79 (Cartesio); EuGH v. 25.10.2017 – C-106/16, NJW 2017, 3639 (3641 Tz. 43) = AG 2017, 854 = ZIP 2017, 2145 (Polbud); OLG Nürnberg v. 13.2.2012 – 12 W 2361/11, ZIP 2012, 572 (574 ff.).

4 Marsch-Barner in FS Haarmann, 2015, S. 115 (119 f.).

5 Vgl. Begr. RegE zum MoMiG v. 23.5.2007, S. 65.

6 Kindler, NZG 2009, 130 (132); aA Mansel/Thorn/Wagner, IPRax 2009, 1 (4).

7 Vgl. zB Herrler, DNotZ 2009, 484 (490).

8 Roth in Baumbach/Hopt, § 106 HGB Rz. 8 mwN.

9 Vgl. KG Berlin v. 16.4.2012 – 25 W 39/12, ZIP 2012, 1668; KG Berlin v. 7.2.2012 – 25 W 4/12, NZG 2012, 1346; OLG Schleswig v. 14.11.2011 – 2 W 48/11, NZG 2012, 775 = GmbHR 2012, 802.

ist die europarechtliche **Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV** (ex Art. 43, 48 EGV) zu beachten. Nach der Rechtsprechung des **EuGH** in den Fällen „Centros“¹, „Überseering“², „Inspire Art“³ und „Vale“⁴ gebietet die Niederlassungsfreiheit, dass die Mitgliedstaaten den **Zuzug** von Gesellschaften, die in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründet wurden, nicht behindern dürfen. Verlegt eine in der EU gegründete Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat, hat der Aufnahmestaat sie in dem Maße als rechts- und parteifähig anzuerkennen, wie sich dies aus dem Gründungsrecht ergibt. Und eröffnet ein Mitgliedstaat inländischen Gesellschaften die Möglichkeit eines Formwechsels in eine andere inländische Rechtsform, so hat er dieselbe Umwandlungsmöglichkeit diskriminierungsfrei auch solchen Gesellschaften zu eröffnen, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet wurden. Beides gilt nach dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum auch für Gesellschaften aus den Mitgliedstaaten des EWR sowie für Gesellschaften aus Drittstaaten, die aufgrund eines Staatsvertrages⁵ gleichgestellt sind. Anders zu beurteilen ist dagegen der **Wegzug** von Gesellschaften aus einem Mitgliedstaat. So liegt nach den Urteilen des EuGH in den Fällen „Daily Mail“⁶, „Cartesio“⁷ und „Polbud“⁸ kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vor, wenn ein Mitgliedstaat die Verlegung des Verwaltungssitzes einer inländischen Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat einschränkt. Wiederum als geschützt durch die Niederlassungsfreiheit erachtet der EuGH die Möglichkeit, unter Beibehaltung des Verwaltungssitzes allein den Satzungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen (und hierdurch in eine Rechtsform des Zuzugsstaats zu wechseln), ohne hierdurch vom Wegzugsstaat strengeren Voraussetzungen unterworfen zu werden als bei einer inländischen Umwandlung⁹.

1 EuGH v. 9.3.1999 – C-212/97, NJW 1999, 2027 = AG 1999, 226 (Centros), dazu EWiR 1999, 259 (Neye) und Eidenmüller, ZIP 2002, 2233.

2 EuGH v. 5.11.2002 – C-208/00, NJW 2002, 3614 = AG 2003, 37 (Überseering), dazu EWiR 2002, 1003 (Neye) und Ziemons, ZIP 2003, 1913.

3 EuGH v. 30.9.2003 – C-167/01, NJW 2003, 3331 = AG 2003, 680 (Inspire Art), dazu EWiR 2003, 1029 (Drygala).

4 EuGH v. 12.7.2012 – C-378/10, NZG 2012, 871 = GmbHR 2012, 860 (VALE); dazu EWiR 2012, 541 (Mutter/Kruchen).

5 Vgl. insbesondere Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags v. 29.10.1954 (BGBl. II 1956, S. 487) und dazu BGH v. 29.1.2003 – VIII ZR 155/02, DStR 2003, 948.

6 EuGH v. 27.9.1988 – C-81/87, NJW 1989, 2186.

7 EuGH v. 16.12.2008 – C-210/06, NJW 2009, 569 = AG 2009, 79, dazu krit. Knoff/Mock, ZIP 2009, 30.

8 EuGH v. 25.10.2017 – C-106/16, NJW 2017, 3639 (3641 Tz. 43) = AG 2017, 854 = ZIP 2017, 2145 (Polbud), dazu EWiR 2018, 7 (de Raet).

9 EuGH v. 25.10.2017 – C-106/16, NJW 2017, 3639 (3641 Tz. 43) = AG 2017, 854 = ZIP 2017, 2145 (Polbud), dazu krit. Kindler, NZG 2018, 1.

Bei Umwandlungsvorgängen mit Gesellschaften aus **Drittstaaten** gelten die aus der Niederlassungsfreiheit der Art. 49, 54 AEUV abgeleiteten Grundsätze nicht. Im Verhältnis zu diesen Staaten bleibt es daher im Grundsatz bei der Sitztheorie¹. Eine in der Schweiz, einem nicht privilegierten Drittstaat, gegründete AG mit Verwaltungssitz in Deutschland ist in Deutschland allerdings als rechtsfähige Personengesellschaft – GbR oder OHG – zu behandeln². Dasselbe Schicksal droht nach verbreiteter Auffassung Gesellschaften, die nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründet wurden und mit Hauptverwaltungssitz in Deutschland ansässig sind, sobald der Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union (sog. Brexit) wirksam wird (hierzu auch § 122b UmwG Rz. 8). Dagegen sind US-amerikanische Gesellschaften auf Grund des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags v. 29.10.1954³ als solche anzuerkennen⁴. Dafür müssen sie allerdings noch (geringe) tatsächliche Beziehungen zum Gründungsstaat aufweisen und dürfen nicht allein in Deutschland tätig sein⁵.

b) Materiell-rechtliche Zulässigkeit

Nach der früher hM⁶ lässt § 1 Abs. 1 UmwG Umwandlungen nur zu, wenn alle beteiligten Rechtsträger ihren Sitz im Inland haben. Dies ist allerdings nicht als Verbot für internationale Umwandlungen zu verstehen, an denen Rechtsträger mit Sitz in den Mitgliedstaaten der EU und des EWR beteiligt sind. Ein solches Verbot wäre mit der europarechtlich geschützten Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar. Die Regelung in § 1 Abs. 1 UmwG ist vielmehr nur so zu verstehen, dass sich das UmwG auf die Regelung der Fragen beschränkt, die Rechtsträger mit Satzungssitz im Inland betreffen⁷ (siehe dazu auch § 1 UmwG Rz. 1 ff.). § 1

1 *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 28; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 1 UmwG Rz. 44; *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, Vor §§ 122a ff. UmwG Rz. 16.

2 BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289 (290, Rz. 21) = AG 2009, 84 (Trabrennbahn); anders noch Vorinstanz OLG Hamm v. 26.5.2006 – 30 U 166/05, AG 2007, 332; vgl. auch OLG Hamburg v. 30.3.2007 – 11 U 231/04, NZG 2007, 597 = AG 2007, 870 zu einer Limited nach dem Recht der Isle of Man.

3 BGBl. II 1956, S. 487.

4 *H. F. Müller* in Spindler/Stilz, AktG, IntGesR Rz. 20 mwN.

5 BGH v. 13.10.2004 – I ZR 245/01, NZG 2005, 44 = GmbHR 2005, 51; strenger noch BGH v. 29.1.2003 – VIII ZR 155/02, NJW 2003, 1607.

6 *Großfeld* in Staudinger, Internationales Gesellschaftsrecht, 15. Aufl. 2008, Rz. 699; *Kindler* in MünchKomm. BGB, 8. Aufl. 2018, IntGesR Rz. 860; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 1 UmwG Rz. 23.

7 *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 31; *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, Vor § 122a ff. UmwG Rz. 36, 37; *Drinhausen* in Semler/Stengel, Einl. C Rz. 33; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 1 UmwG Rz. 24 ff., 47; *Thümmel/Heck*, Der Konzern 2009, 1 (1); *Bollacher*, RIW 2008, 201; früher bereits *Lawall*, IStR 1998, 345 (347); *Kronke*, ZGR 1994, 26 (35 f.).

UmwG stellt insofern klar, dass die Vorschriften des UmwG von inländischen Gesellschaften auch bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung einzuhalten sind. Auf ausländische Rechtsträger findet das UmwG selbstverständlich keine Anwendung. Zu fragen bleibt somit nur, ob und inwieweit das UmwG inländischen Rechtsträgern erlaubt, sich an grenzüberschreitenden Umwandlungen über die §§ 122a ff. UmwG hinaus zu beteiligen und welche materiell-rechtliche Regelungen dafür ggf. gelten.

- 10 **aa) Verschmelzung.** Bis zur Neufassung des § 122b Abs. 1 UmwG durch das 4. UmwGÄndG¹ zum Jahresbeginn 2019 regelten die §§ 122a ff. UmwG nur die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften. In Deutschland ansässigen **Personengesellschaften**, die sich durch Verschmelzung auf Basis der §§ 122a ff. UmwG mit Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten der EU oder des EWR zusammenschließen wollten, blieb daher zuvor keine andere Wahl, als sich zunächst in eine Kapitalgesellschaft umzuwandeln, diese dann grenzüberschreitend zu verschmelzen und die übernehmende oder neue Gesellschaft ggf. anschließend in eine Personengesellschaft zurück umzuwandeln. Neben diesem Umweg stand Personengesellschaften zwar stets auch eine grenzüberschreitende Verschmelzung außerhalb der §§ 122a ff. UmwG offen, um als übernehmender Rechtsträger mit einem oder mehreren ausländischen Beteiligten zu verschmelzen. Denn der EuGH leitete in seiner „Sevic“-Entscheidung die Zulässigkeit der **Hinein-Verschmelzung** einer luxemburgischen SA auf eine deutsche AG aus der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EGV (jetzt Art. 49, 54 AEUV) ab, ohne dabei auf die Rechtsform der in diesem Fall beteiligten Kapitalgesellschaften abzustellen², und sicherte damit die Hinein-Verschmelzung auch für Nicht-Kapitalgesellschaften auf primärrechtlicher Ebene ab³. Das Fehlen von klaren und harmonisierten Verfahrensregeln nach Art der §§ 122a ff. UmwG (bzw. der dahinter stehenden Richtlinienvorgaben) in Verbindung mit dem gerade bei grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen ausgeprägten Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Koordination bewirkte freilich, dass die praktische Fähigkeit von Personengesellschaften, sich an grenzüberschreitenden Verschmelzungen zu beteiligen, deutlich hinter der grenzüberschreitenden Verschmelzungsfähigkeit von Kapitalgesellschaften zurückblieb. Gemäß § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG in der seit 1.1.2019 geltenden Fassung steht es nunmehr auch deutschen Personenhandelsgesellschaften mit idR nicht mehr als 500 Arbeitnehmern offen, sich als übernehmender bzw. neuer Rechtsträger an einer grenzüberschreitenden

1 Viertes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 19.12.2018, BGBl. I 2018, S. 2694.

2 EuGH v. 13.12.2005 – C-411/03, ZIP 2005, 2311 (2312) = AG 2006, 80 (Sevic Systems AG), wo allgemein von „Gesellschaften“ mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten gesprochen wird.

3 Drygala in Lutter, § 1 UmwG Rz. 12; Thümmel/Hack, Der Konzern, 2009, 1 (3); Herrler, EuZW 2007, 299; Veil, Der Konzern 2007, 98 (99); J. Vetter, AG 2006, 613 (616); Drinhausen in Semler/Stengel, Einl. C Rz. 27 mwN.

Hinein-Verschmelzung iS des §§ 122a ff. UmwG zu beteiligen (§ 122b UmwG Rz. 7 ff.).

Weiterhin weniger klar ist die Rechtslage bei der **Hinaus-Verschmelzung**, dem Fall also, dass eine inländische Personengesellschaft auf eine ausländische Gesellschaft verschmolzen werden soll. Der EuGH hat sich bislang nur mit der Sitzverlegung ins Ausland befasst und dabei Beschränkungen seitens des Wegzugsstaates unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit nicht beanstandet¹. In der „Cartesio“-Entscheidung hat der EuGH einschränkend allerdings ausgeführt, dass der Wegzugsstaat bei einer Sitzverlegung nicht die vorherige Auflösung und Liquidation der Gesellschaft verlangen könne. Dies hat der EuGH im „National Grid Indus“-Urteil zur Verlegung des Verwaltungssitzes bestätigt². In der „Cartesio“-Entscheidung heißt es weiter, der Gesellschaft müsse zumindest die Möglichkeit eröffnet werden, sich in eine Gesellschaft nach dem Recht des anderen Mitgliedstaates umzuwandeln, soweit dies nach dessen Recht möglich ist. Diese Aussage ist in den Entscheidungen „Vale“ und „Polbud“ für den grenzüberschreitenden Formwechsel bzw. die grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes noch einmal bestätigt worden³. Alle diese Entscheidungen sprechen dafür, dass auch die Hinaus-Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit gedeckt ist⁴. Beschränkungen auf Seiten des Wegzugsstaats, zB in Bezug auf Gläubiger- und Minderheitenschutz, sind zwar möglich, sie müssen aber durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein⁵ und dürfen nicht strenger ausfallen als die Voraussetzungen einer vergleichbaren inländischen Umwandlungsmaßnahme⁶. Das UmwG steht damit auch einer grenzüberschreitenden Hinaus-Verschmelzung nicht entgegen. Auch hier sind allerdings andere Konstruktionen möglich. So kann zB das Vermögen einer Personengesellschaft auf einen ausländischen Rechtsträger auch im Wege der Anwartschaft übergeleitet werden⁷.

bb) Spaltung. Für andere Umwandlungsvorgänge innerhalb von EU und EWR, insbesondere die **grenzüberschreitende Spaltung**, gelten diese Überlegungen entsprechend. Insoweit ist zunächst davon auszugehen, dass die §§ 122a ff. UmwG

1 Vgl. EuGH v. 27.9.1988 – 81/87, NJW 189, 2186 (Daily Mail) und EuGH v. 16.12.2008 – C-210/06, ZIP 2009, 24 (29, Rz. 112) = AG 2009, 79 (Cartesio).

2 EuGH v. 29.11.2011 – C-371/10, NZG 2012, 114 = GmbHR 2012, 56 (National Grid Indus).

3 EuGH v. 12.7.2012 – C-378/10, NZG 2012, 871 (874 Rz. 32 f., 46) = GmbHR 2012, 860 (VALE); EuGH v. 25.10.2017 – C-106/16, NJW 2017, 3639 (3641 Tz. 38) = AG 2017, 854 = ZIP 2017, 2145 (Polbud).

4 Vgl. Drinhausen in Semler/Stengel, Einl. C Rz. 30 Fn. 72 mwN.

5 EuGH v. 29.11.2011 – C-371/10, NZG 2012, 114 (116 Rz. 42) = GmbHR 2012, 56 (National Grid Indus).

6 Vgl. EuGH v. 25.10.2017 – C-106/16, NJW 2017, 3639 (3641 Tz. 43) = AG 2017, 854 = ZIP 2017, 2145 (Polbud).

7 Bungert/Schneider in GS Gruson, 2009, S. 37 (52).

keine unmittelbare Anwendung finden. Dies hat der Gesetzgeber durch die Einschränkung der Verweisung auf das Verschmelzungsrecht in § 125 UmwG im Rahmen des 2. UmwGÄndG ausdrücklich klargestellt. Allerdings spricht nichts dagegen, wenn sich Rechtsträger aus verschiedenen Mitgliedstaaten nach ihrem nationalen Recht in Kapitalgesellschaften spalten und diese sich dann grenzüberschreitend verschmelzen. Anstelle eines solchen Umwegs sollte auch eine unmittelbare grenzüberschreitende Aufspaltung, Abspaltung oder Ausgliederung möglich sein¹. Die Rechtsprechung des EuGH, die generell von grenzüberschreitenden „Umwandlungen“ spricht, lässt jedenfalls darauf schließen, dass nicht nur eine Hinein-Spaltung, sondern auch eine Hinaus-Spaltung von der Niederlassungsfreiheit gedeckt ist und dass diese Umwandlungsmöglichkeit Kapitalgesellschaften ebenso wie Personengesellschaften offen steht².

- 13 Ein Sekundärrechtsakt, der parallel zu Art. 118 ff. der Gesellschaftsrechtsrichtlinie auch für grenzüberschreitende Spaltungen innerhalb von EU und EWR einen harmonisierten Rechtsrahmen zur Verfügung stellen würde, existierte bislang ebenso wenig wie einseitig deutsche Vorschriften hierzu. Dies hat sich erst zum 1.1.2020 geändert, als der von der EU-Kommission am 25.4.2018 vorgelegte und zwischenzeitlich auch von Rat und Parlament mit verschiedenen Änderungen beschlossene **Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen** (Rz. 3) und die darin enthaltenen Vorgaben zu grenzüberschreitenden Spaltungen in Kraft traten. Vorgesehen ist darin ua. eine Ergänzung der Gesellschaftsrechtsrichtlinie um harmonisierte, auf Mitgliedstaatsebene umzusetzende Vorgaben für grenzüberschreitende Spaltungen vor (Art. 160a ff. Gesellschaftsrechtsrichtlinie). Inhaltlich ergibt sich dabei ein Verfahren nach dem bewährten und durch die Richtlinie nur zu reformierenden Muster der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Art. 118 ff. Gesellschaftsrechtsrichtlinie). So soll die Maßnahme in einem von den Anteilseignern zu beschließenden Plan fixiert (Art. 160d Gesellschaftsrechtsrichtlinie), sachverständig geprüft (Art. 160f Gesellschaftsrechtsrichtlinie), ausreichend offengelegt (Art. 160g Gesellschaftsrechtsrichtlinie) und den Anteilseignern und Arbeitnehmern in einem zweiteiligen Bericht erläutert werden (Art. 160e Gesellschaftsrechtsrichtlinie); besondere Schutzvorgaben sind für Gläubiger und Minderheitsgesellschafter geplant (Art. 160i, 160j Gesellschaftsrechtsrichtlinie). Dem grenzüberschreitenden Charakter der Spaltung soll durch eine im Wegzugsstaat (Vorabbescheinigung, Art. 160m ff. Gesellschaftsrechtsrichtlinie) und Zuzugsstaat (Art. 160o Gesellschaftsrechtsrichtlinie) suk-

1 Ausf. hierzu *Kraft/Redenius-Hövermann* in MünchHdb. GesR, Bd. 8, § 30 Rz. 9 ff., 23 ff.

2 Vgl. *Drinhausen* in Semler/Stengel, Einl. C Rz. 28, 30; *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 19; *Kraft/Redenius-Hövermann* in MünchHdb. GesR, Bd. 8, § 30 Rz. 11 f.; *Bungert*, BB 2006, 53 (56); *Krause/Kulpa*, ZHR 171 (2007), 38 (45 f.); v. *Rummel* in Kraft/Redenius-Hövermann, Umwandlungsrecht, S. 292 ff.; *Teichmann*, ZIP 2006, 355 (358); aA *Kap-pes*, NZG 2006, 101; *Oechsler*, NJW 2006, 812 (813).

zessive vorzunehmende Rechtmäßigkeitsprüfung Rechnung getragen werden. Für die Behandlung der Arbeitnehmermitbestimmung ist ein Verfahren vorgesehen, das mit einer Kombination aus Sitzstaatsprinzip, Bestandsschutz und reglementiertem Verhandlungsfreiraum (Art. 160l Gesellschaftsrechtsrichtlinie) eine Fortentwicklung des gegenwärtig für grenzüberschreitende Verschmelzungen in Art. 133 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie (bzw. in Deutschland im MgVG) vorgesehenen Systems darstellt, welches sich seinerseits an die Mitbestimmungsregeln bei der SE-Gründung (siehe Anhang I Rz. 67 ff., 110 ff.) anlehnt¹. Systematisch stimmig umsetzen ließen sich die nicht mitbestimmungsbezogenen Vorgaben in Deutschland etwa am Ende des dritten Buchs als neue §§ 173a ff. UmwG. Für die Umsetzung der Vorgaben zur Mitbestimmung könnte sich eine Neukodifikation anbieten, die sich entweder – parallel zum MgVG – speziell auf die Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Spaltungen beziehen oder sämtliche Mitbestimmungsregeln für die in der Gesellschaftsrechtsrichtlinie vorgesehenen grenzüberschreitenden Umwandlungsmaßnahmen konsolidieren könnte.

cc) Praktische Durchführung. Soweit grenzüberschreitende Verschmelzungen oder Spaltungen über die §§ 122a ff. UmwG hinaus grundsätzlich zulässig sind, stellt sich bis zum Inkrafttreten bzw. der Umsetzung harmonisierender Richtlinienvorgaben und deren Umsetzung die Frage, **nach welchen Rechtsnormen** solche Umwandlungen innerhalb der EU und des EWR praktisch durchgeführt werden können. Als Grundlage für das Verfahren sowie den Schutz der Minderheitsgesellschafter, der Gläubiger und der Arbeitnehmer bieten sich die Vorgaben der Gesellschaftsrechtsrichtlinie für inländische Verschmelzungen (Art. 87 ff. Gesellschaftsrechtsrichtlinie, zuvor 3. Richtlinie) und Spaltungen (Art. 135 ff. Gesellschaftsrechtsrichtlinie, zuvor 6. Richtlinie) bzw. grenzüberschreitende Verschmelzungen (Art. 118 ff. Gesellschaftsrechtsrichtlinie, zuvor 10. Richtlinie) an².

Für beteiligte **inländische** Gesellschaften liegt zudem eine analoge Anwendung der §§ 122a–122m UmwG nahe³. Dies gilt vor allem für die grenzüberschreitende Verschmelzung von nicht durch § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG erfassten Personengesellschaften⁴, aber auch für grenzüberschreitende Spaltungen, zumal sich die Regelung der Spaltung im innerstaatlichen Umwandlungsrecht weitgehend an der Verschmelzung orientiert (vgl. § 125 UmwG)⁵ und auch die neuen, noch nicht

1 Ausf. zu den spaltungsbezogenen Teilen der Richtlinienänderung *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 353; *J. Schmidt*, Der Konzern 2018, 273; *Bungert/Wansleben*, DB 2018, 2094; *Noack/Kraft*, DB 2018, 1577.

2 Vgl. zB *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 35 ff.; *Lutter/Drygala*, JZ 2006, 770 (772 f.).

3 *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 35; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 1 UmwG Rz. 60; *Kallmeyer/Kappes*, AG 2006, 224 (231 ff.).

4 *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 35; noch vor dem Hintergrund der durchweg auf Kapitalgesellschaften beschränkten Fassung der §§ 122a ff. UmwG: *Veil*, Der Konzern 2007, 98 (105); *J. Vetter*, AG 2006, 613 (616); *Bungert/Schneider* in GS Gruson, 2009, S. 37 (40 ff.); einschränkend *Thümmel/Hack*, Der Konzern 2009, 1 (5): nur Übergangslösung.

5 *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 36.

umgesetzten Richtlinienvorgaben zu grenzüberschreitenden Spaltungen in weiten Teilen den existenten Vorgaben zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen nachgebildet sind (Rz. 13). Ergänzend sind außerdem die Bestimmungen des allgemeinen Umwandlungsrechts, bei der Beteiligung von Personengesellschaften insbesondere die §§ 39 ff. UmwG, heranzuziehen¹. Dabei steht die mit dem 4. UmwGÄndG getroffene Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, die §§ 122a ff. UmwG ausdrücklich nur für Personenhandelsgesellschaften mit nicht mehr als 500 Arbeitnehmern zu öffnen, einer zumindest selektiven Analogiebildung zugunsten sonstiger Personengesellschaften nicht im Weg (§ 122a UmwG Rz. 6, § 122b UmwG Rz. 11).

- 16 Für die beteiligten **ausländischen** Gesellschaften gilt das nach deren Gesellschaftsstatut anwendbare Umwandlungsrecht einschließlich der nationalen Umsetzungsregeln der Gesellschaftsrechtsrichtlinie. Auf die einzelnen Umwandlungsvorgänge sind demgemäß kumulativ verschiedene Rechtsordnungen anzuwenden (sog. Vereinigungstheorie, siehe auch Rz. 2)². Einzelne Aspekte wie zB die Verschmelzungsfähigkeit der beteiligten Gesellschaften werden dabei von den involvierten Rechtsordnungen jeweils gesondert geregelt. Andere Fragen wie zB die Formbedürftigkeit des Verschmelzungsplans sind dagegen in jeder der beteiligten Rechtsordnungen geregelt. Soweit sich hier Kollisionen ergeben, setzt sich das strengere Recht – also das Recht, das den Eintritt einer Rechtsfolge ablehnt oder die geringere Wirkung anordnet – durch. Bei anderen Fragen wie etwa der Methode zur Ermittlung des Umtauschverhältnisses muss eine für beide Rechtsordnungen akzeptable Lösung gefunden werden. Dazu sind die jeweiligen nationalen Bestimmungen soweit möglich aneinander anzupassen³. Vor allem in diesem Bereich bestehen erhebliche Rechtsunsicherheiten.
- 17 Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit grenzüberschreitender Umwandlungen auch außerhalb der §§ 122a ff. UmwG gibt es damit bei der praktischen Durchführung noch zahlreiche offene Fragen. Vor allem unter dem Gesichtspunkt der **Transaktionssicherheit** wird deshalb im Einzelfall abzuwägen sein, ob tatsächlich eine grenzüberschreitende Umwandlung durchgeführt oder stattdessen eine möglicherweise umständliche, dafür aber rechtssichere Alternativstruktur gewählt werden soll⁴.
- 18 **dd) Formwechsel.** Einen **grenzüberschreitenden Formwechsel**, dh. einen identitätswahrenden Wechsel in eine ausländische Rechtsform, sieht das UmwG bislang nicht vor. Eine GmbH oder AG kann allerdings unter Beibehaltung der

1 Veil, Der Konzern 2007, 98 (104); Bungert/Schneider in GS Gruson, 2009, S. 37 (40 f.).

2 Siehe dazu näher Kindler in MünchKomm. BGB, 8. Aufl. 2018, IntGesR Rz. 779 ff.

3 Vgl. Drygala in Lutter, § 1 UmwG Rz. 46 ff.

4 Vgl. Bungert/Schneider in GS Gruson, 2009, S. 37 (51 f.); Herrler, DNotZ 2009, 484 (491); vgl. auch Drinhausen in Semler/Stengel, Einl. C Rz. 36, 37; zu Personengesellschaften vgl. § 1 UmwG Rz. 5.

Rechtsform ihren **Verwaltungssitz** ins Ausland verlegen (§ 4a GmbHG, § 5 AktG). Die bewusste Zulassung einer solchen Sitzverlegung ist dabei zugleich als kollisionsrechtliche Regelung in dem Sinne zu verstehen, dass für die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland die Sitztheorie zugunsten der Gründungstheorie aufgegeben wird (§ 1 UmwG Rz. 2). Deutsche Kapitalgesellschaften, die ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen, nehmen damit ihre Rechtsfähigkeit nach deutschem Gesellschaftsrecht mit¹. Eine Verlegung auch des **Satzungssitzes** ins Ausland mit entsprechendem Statutenwechsel ist dagegen bislang nicht vorgesehen. Der 1997 vorgelegte Vorschlag einer 14. Richtlinie über die Verlegung des Satzungssitzes gelangte letztlich nicht über das Entwurfsstadium hinaus² und wurde auch 2017 nicht wieder aufgegriffen, als die bisherigen Richtlinien zum Gesellschaftsrecht in der Gesellschaftsrechtsrichtlinie konsolidiert wurden. Klar geregelt ist eine Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland gegenwärtig nur für die SE und SCE³. Gesellschaften mitgliedstaatlicher Rechtsform dagegen bleiben für die Durchführung eines gesetzlich ausgestalteten grenzüberschreitenden Formwechsels auf Umwege wie die Gründung einer ausländischen Tochtergesellschaft mit anschließender grenzüberschreitenden Verschmelzung auf diese gemäß §§ 122a ff. UmwG verwiesen⁴.

Auf Basis der **Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV** hat der EuGH 19 die Möglichkeit grenzüberschreitender Formwechsel freilich mittlerweile auch für Gesellschaften mitgliedstaatlicher Rechtsform in voller Breite eröffnet⁵. Unabhängig von einer formellen Regelung verlangte der **EuGH** schon in der Entscheidung „Cartesio“, dass einer Gesellschaft, die ihren Satzungssitz ins Ausland verlegen will, eine entsprechende Umwandlungsmöglichkeit durch den Wegzugsstaat eröffnet werden müsse⁶. Im Falle „Vale“ sprach sich der EuGH erneut für die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Umwandlung einer Gesellschaft, dh. einen Wechsel in eine ausländische Rechtsform, aus, sofern dies nach dem Recht des Herkunftsstaates und des Zuzugsstaates möglich ist⁷. Die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit sollte dabei nur davon abhängen, dass die Ge-

1 Bayer/J. Schmidt, ZHR 173 (2009), 735 (749 ff.); Drescher in Spindler/Stilz, § 5 AktG Rz. 10; Marsch-Barner in FS Haarmann, 2015, S. 115 (121 f.); aA Dauner-Lieb in Köln-Komm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 5 AktG Rz. 28; Eidenmüller, ZGR 2007, 168 (205 f.).

2 Vgl. den Text des Vorentwurfs in ZIP 1997, 1721 ff. und dazu Priester, ZGR 1999, 36 ff.; siehe dazu auch die Thesen des Arbeitskreises Europäisches Unternehmensrecht, NZG 2011, 98 ff.; zum Schicksal der Sitzverlegungsrichtlinie Neye in FS Schwark, 2009, S. 231 ff.; zu den Erwartungen an eine künftige Sitzverlegungsrichtlinie Kiem, ZHR 180 (2016), 289 ff.

3 Art. 8 SE-VO iVm. §§ 12 ff. SEAG; Art. 7 SCE-VO iVm. § 11 SCEAG.

4 Vgl. Drygala in Lutter, § 1 UmwG Rz. 20; Leuering, ZRP 2008, 71 (76); Siems, EuZW 2006, 135 (139).

5 Die rechtstatsächliche Seite dieser Rechtsprechung beleuchtend Bayer/Hoffmann, AG 2019, R40.

6 EuGH v. 16.12.2008 – C-210/06, ZIP 2009, 24 (29 Tz. 111 f.) = AG 2009, 79.

7 EuGH v. 12.7.2012 – C-378/10, ZIP 2012, 1394 (1397 Tz. 43) = GmbHR 2012, 860 (VALE).

sellschaft im Zielstaat eine reale wirtschaftliche Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung ausübt¹. Noch weitergehend stellte der EuGH dann in der Rechtssache „Polbud“ ausdrücklich fest, dass auch das Vorhaben einer Sitzverlegenden Gesellschaft, nur den Satzungssitz – und nicht auch den tatsächlichen Verwaltungssitz – grenzüberschreitend zu verlegen, von der Niederlassungsfreiheit abgedeckt ist². Bei der Durchführung der Umwandlung hat der Aufnahmestaat die rechtliche Kontinuität wie bei entsprechenden innerstaatlichen Vorgängen anzuerkennen (Äquivalenzprinzip). Bei der erforderlichen Zusammenarbeit im Eintragungsverfahren sind die Dokumente des Herkunftsstaates grundsätzlich zu akzeptieren (Effektivitätsgrundsatz)³. Der Wegzugsstaat darf den grenzüberschreitenden Statutenwechsel nicht behindern, indem er die grenzüberschreitende Umwandlung höheren Voraussetzungen unterwirft als vergleichbaren inländischen Umwandlungsmaßnahmen⁴. Nach diesen Grundsätzen muss der Zuzugsstaat mithin ausländische und inländische Gesellschaften hinsichtlich des Erwerbs der Rechtsfähigkeit gleich behandeln⁵, und der Wegzugsstaat darf einen grenzüberschreitenden Formwechsel auch bei isolierter Verlegung des Satzungssitzes nicht gegenüber rein inländischen Formwechseln diskriminieren. Dies bedeutet zunächst, dass ein grenzüberschreitender Formwechsel nur im Rahmen des *numerus clausus* der beim Zuzugsstaat bestehenden Gesellschaften erfolgen kann. Für die praktische Durchführung ist es sodann notwendig, die Normen der beteiligten Rechtsordnungen zum inländischen Formwechsel kumulativ heranzuziehen⁶ und dabei kollidierende Rechtsvorschriften anzupassen⁷. Im Falle eines „Herein-formwechsels“ sind die Voraussetzungen einer inländischen Umwandlung einzuhalten⁸. Im Falle eines „Hinausformwechsels“ einer deutschen Gesellschaft⁹

1 EuGH v. 12.7.2012 – C-378/10, ZIP 2012, 1394 (1396 Tz. 34) = GmbHR 2012, 860 (VALE).

2 EuGH v. 25.10.2017 – C-106/16, NJW 2017, 3639 (3641 Tz. 40 f.) = AG 2017, 854 = ZIP 2017, 2145 (Polbud).

3 EuGH v. 12.7.2012 – C-378/10, ZIP 2012, 1394 (Tz. 53, 56, 61) = GmbHR 2012, 860 (VALE).

4 EuGH v. 25.10.2017 – C-106/16, NJW 2017, 3639 (3641 Tz. 43) = AG 2017, 854 = ZIP 2017, 2145 (Polbud).

5 OLG Nürnberg v. 19.6.2013 – 12 W 520/13, ZIP 2014, 128 (129) = GmbHR 2014, 96.

6 Vgl. OLG Nürnberg v. 19.6.2013 – 12 W 520/13, ZIP 2014, 128 (129) = GmbHR 2014, 96; OLG Düsseldorf v. 19.7.2017 – I-3 Wx 171/16, ZIP 2017, 2057 (2058) = NZG 2017, 1354 (1354 f.); und auch EuGH v. 12.7.2012 – C-378/10, ZIP 2012, 1394 (1396 Tz. 48) = GmbHR 2012, 860 (VALE).

7 *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 46 f.

8 OLG Nürnberg v. 19.6.2013 – 12 W 520/13, ZIP 2014, 128 (129) = GmbHR 2014, 96; KG Berlin v. 21.3.2016 – 22 W 64/15, NZG 2016, 834 (835); zust. *Schaper*, ZIP 2014, 810 ff.; abl. *Neye*, EWIR 2/2014, 45 f.

9 Zum Hinausformwechsel einer GmbH auf eine italienische S.r.l. etwa OLG Frankfurt/M. v. 3.11.2017 – 20 W 88/15, GmbHR 2017, 420 = NZG 2017, 423 = ZIP 2017, 611; ferner allgemein *Knaier/Pfleger*, GmbHR 2017, 859.

muss schon bei der Anwendung der §§ 190 ff. UmwG das Recht des Zielstaates mit berücksichtigt werden. Dies gilt nicht nur für die Frage, ob der Zielstaat den angestrebten Formwechsel überhaupt erlaubt, sondern auch zB für die Frage, welche Anforderungen dieser an den Umwandlungsbeschluss und den künftigen Gesellschaftsvertrag stellt. In beiden Fällen des grenzüberschreitenden Formwechsels ist das Verfahren vor den beteiligten Registern aufeinander abzustimmen. Insofern kann auf die europarechtlichen Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und deren nationale Umsetzung zurückgegriffen werden¹.

Noch ungeklärt ist, wie sich ein grenzüberschreitender Formwechsel auf die **Mitbestimmung** im Aufsichtsrat auswirkt. Eine gesetzliche Verpflichtung einer wegziehenden deutschen Kapitalgesellschaft, die bestehende Mitbestimmung im Aufsichtsrat „mitzunehmen“, ist nicht ersichtlich². Erwogen wird zwar, die Vorschriften zur Mitbestimmung bei der Sitzverlegung der SE oder die diesbezüglichen Vorgaben aus Art. 118 ff. der Gesellschaftsrechtsrichtlinie (bzw. zuvor der 10. Richtlinie) entsprechend heranzuziehen³. Gegen eine solche Analogie spricht aber, dass es sich jeweils um europarechtliche Spezialregelungen handelt, die nicht ohne weiteres auf den grenzüberschreitenden Formwechsel übertragen werden können, der in erster Linie nach den beteiligten nationalen Rechtsordnungen abzuwickeln ist⁴. Hinzukommt, dass für die Verfassung der Gesellschaft wie bei einer Neugründung das Recht am neuen Sitzungssitz maßgebend ist.

Mit der primärrechtlichen Anerkennung einerseits und dem Fehlen eines umgesetzten harmonisierenden Sekundärrechtsaktes andererseits ergibt sich für den grenzüberschreitenden Formwechsel damit aktuell ein ähnlicher (und für die Transaktionspraxis unbefriedigender) Befund wie in Hinblick auf grenzüberschreitende Spaltungen (siehe Rz. 12 ff.). Die Umsetzung der am 1.1.2020 in Kraft getretenen **Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen** (Rz. 3) lässt auch in dieser Hinsicht auf Verbesserungen hoffen. Diese ergänzt die Gesellschaftsrechtsrichtlinie um neue Vorgaben über grenzüberschreitende Formwechsel zwischen den Mitgliedstaaten (Art. 86a ff. Gesellschaftsrechtsrichtlinie). Deren geplante Struktur gestaltet sich in weiten Teilen parallel zu den in derselben Richtlinie vorgesehenen neuen Vorgaben zu grenzüberschreitenden Spaltungen (Rz. 13) bzw. den bewährten und von der geplanten Richtlinie nur geänderten Vorgaben zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen (Art. 118 ff. Gesellschaftsrechtsrichtlinie). Zugrunde liegt dem auf Kapitalgesellschaften beschränkten Verfahren danach

1 Zu weiteren Einzelheiten *Marsch-Barner* in FS Haarmann, 2015, S. 115 (137 f.) sowie die Checkliste des AG Charlottenburg, vgl. *Melchior*, GmbHR 2014, R 311 f.

2 *Verse*, ZEuP 2013, 485 (494); aA *Teichmann/Ptak*, RIW 2010, 817 (820).

3 Vgl. zB *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 39 f.

4 *Ege/Klett*, DStR 2012, 2442 (2446); *Otte/Rietschel*, GmbHR 2009, 983 (986); aA *Teichmann*, ZIP 2009, 393 (403) und AG Charlottenburg, vgl. *Melchior*, GmbHR 2014, R 311 f.

ein von der Geschäftsleitung aufzustellender und von den Anteilseignern der formwechselnden Gesellschaft zu beschließender Plan (Art. 86d, 86h Gesellschaftsrechtsrichtlinie), eine Sachverständigengutachten (Art. 86f Gesellschaftsrechtsrichtlinie), ein zweigeteilter Bericht der Geschäftsleitung an Anteilseigner und Arbeitnehmer (Art. 86e Gesellschaftsrechtsrichtlinie), eine Offenlegung wesentlicher Informationen (Art. 86g Gesellschaftsrechtsrichtlinie) sowie besondere Schutzvorgaben zugunsten von Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern (Art. 86i, 86j Gesellschaftsrechtsrichtlinie). Die Regelung zur Mitbestimmung betroffener Arbeitnehmer sieht ähnlich wie die Parallelregelung für grenzüberschreitende Spaltungen (Art. 160l Gesellschaftsrechtsrichtlinie) eine Kombination aus Sitzstaatsprinzip, Bestandsschutz und reglementiertem Verhandlungsfreiraum vor (Art. 86l Gesellschaftsrechtsrichtlinie)¹. Umgesetzt werden könnten die nicht mitbestimmungsbezogenen Vorgaben in Deutschland zB am Schluss des fünften Buchs in den derzeit unbelegten §§ 305ff. UmwG. Für die Umsetzung der neuen Vorgaben zur Mitbestimmung hat der deutsche Gesetzgeber die Wahl zwischen einer speziellen und einer allgemeinen Neukodifikation (Rz. 13).

- 22 Generell unzulässig bleiben schließlich grenzüberschreitende **Formwechsel, die nicht in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fallen**. Dies gilt insbesondere für Formwechsel, die in einen zwischenstaatlich nicht in die Niederlassungsfreiheit einbezogenen Drittstaat oder aus einem solchen Drittstaat heraus führen. Ein dahingehender deutscher Gesellschafterbeschluss ist nach überwiegender Ansicht nichtig (§ 241 Nr. 3 AktG) und darf nicht ins Handelsregister eingetragen werden².

§ 122a Grenzüberschreitende Verschmelzung

(1) Eine grenzüberschreitende Verschmelzung ist eine Verschmelzung, bei der mindestens eine der beteiligten Gesellschaften dem Recht eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum unterliegt.

(2) Auf die Beteiligung einer Kapitalgesellschaft (§ 3 Abs. 1 Nr. 2) an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung sind die Vorschriften des Ersten Teils und des Zweiten, Dritten und Vierten Abschnitts des Zweiten Teils entspre-

¹ Zu den formwechselbezogenen Teilen des Richtlinienentwurfs ausf. *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 353; *Habersack*, ZHR 2018, 495; *Wicke*, DStR 2018, 2642 und 2703.

² *Drescher* in Spindler/Stilz, § 5 AktG Rz. 11; *Hüffer/Koch*, § 5 AktG Rz. 13; *Dauner-Lieb* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 5 AktG Rz. 23; für die Annahme eines Auflösungsbeschlusses iS von § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG OLG Düsseldorf v. 26.3.2001 – 3 Wx 88/01, NZG 2001, 506 = GmbHR 2001, 438; OLG Hamm v. 1.2.2001 – 15 W 390/00, NZG 2001, 562 = GmbHR 2001, 440.

chend anzuwenden, soweit sich aus diesem Abschnitt nichts anderes ergibt. Auf die Beteiligung einer Personenhandelsgesellschaft (§ 3 Absatz 1 Nummer 1) an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung sind die Vorschriften des Ersten Teils und des Ersten Unterabschnitts des Ersten Abschnitts des Zweiten Teils entsprechend anzuwenden, soweit sich aus diesem Abschnitt nichts anderes ergibt.

1. Überblick	1	3. Anwendbares Verschmelzungs-	
2. Sachlicher Anwendungsbereich	2	recht	5

Literatur: Bayer/J. Schmidt, Gläubigerschutz bei (grenzüberschreitenden) Verschmelzungen, ZIP 2016, 841; Frenzel, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 2008; Frenzel, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – nach Ablauf der Umsetzungsfrist, RIW 2008, 12; Herrler, Ermöglichung grenzüberschreitender Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften durch Änderung des Umwandlungsgesetzes – Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie unter Vernachlässigung der primärrechtlichen Rahmenbedingungen, EuZW 2007, 295; Simon/Rubner, Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht, Der Konzern 2006, 835; Spahlinger/Wegen, Deutsche Gesellschaften in grenzüberschreitenden Umwandlungen nach „Sevic“ und der Verschmelzungsrichtlinie in der Praxis, NZG 2006, 721; M. Winter, Planung und Vorbereitung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 24. Siehe im Übrigen die Angaben Vor §§ 122a–122m UmwG.

1. Überblick

§ 122a Abs. 1 UmwG definiert in Anlehnung an Art. 118 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie¹ den Begriff der grenzüberschreitenden Verschmelzung und bestimmt damit den **sachlichen Anwendungsbereich** der §§ 122a–122m UmwG. Nach § 122a Abs. 2 UmwG muss eine Gesellschaft, die sich an einer solchen Verschmelzung beteiligt, entsprechend Art. 121 Abs. 1 Gesellschaftsrechtsrichtlinie die Vorschriften und Formalitäten des für sie geltenden nationalen Rechts einhalten. Welche Gesellschaftsformen an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung teilnehmen können, ist in § 122b UmwG näher bestimmt. Dessen Erweiterung auf deutsche Personenhandelsgesellschaften zum 1.1.2019 im Zuge des 4. UmwGÄndG² (§ 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG) spiegelt sich in dem ebenfalls zum 1.1.2019 neu eingefügten § 122a Abs. 2 Satz 2 UmwG.

1 Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.06.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. EU Nr. L 169 v. 30.6.2017, S. 46.

2 Viertes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 19.12.2018, BGBl. I 2018, S. 2694.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

- 2 Grenzüberschreitend ist eine Verschmelzung nach § 122a Abs. 1 UmwG dann, wenn neben mindestens einer inländischen Gesellschaft mindestens eine der beteiligten Gesellschaften dem **Recht eines anderen Mitgliedstaates der EU oder des EWR** unterliegt. Rein innerstaatliche Verschmelzungen sowie Verschmelzungen mit Gesellschaften aus einem Drittstaat sind somit nicht erfasst. Für die Abgrenzung der beteiligungsfähigen Gesellschaften kommt es auf das anzuwendende Recht an¹. Dies richtet sich aus deutscher Sicht nach dem **Satzungssitz** der Gesellschaft (vgl. § 4a GmbHG, § 5 AktG). Liegt dieser im In- oder Ausland, handelt es sich um eine in- oder ausländische Gesellschaft. Eine grenzüberschreitende Verschmelzung liegt daher auch vor, wenn zB eine deutsche GmbH mit einer in Deutschland mit Verwaltungssitz ansässigen Société Anonyme (S.A.) französischen Rechts (sog. Scheinauslandsgesellschaft) verschmolzen wird².
- 3 Der Gesetzgeber hat die Definition der grenzüberschreitenden Verschmelzung über Art. 118 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie hinaus auf Verschmelzungen ausgedehnt, an denen eine der beteiligten Gesellschaften dem Recht eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR)³ unterliegt⁴. Die Bezugnahme auf die Mitgliedstaaten der EU und des EWR ist eine **dynamische Verweisung**, umfasst also alle jeweiligen Mitgliedstaaten⁵. Der Sonderfall einer zeitlich über den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU (Brexit) hinausragenden grenzüberschreitenden Verschmelzung mit einer Gesellschaft, die dem Recht des Vereinigten Königreichs unterliegt, ist auf deutscher Seite in § 122m UmwG geregelt.
- 4 Um eine grenzüberschreitende Verschmelzung handelt es sich auch, wenn ausschließlich inländische Gesellschaften auf eine **neu gegründete Gesellschaft im Ausland** verschmolzen werden (sog. NewCo-Fälle). Dass nur die neue Gesellschaft dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegt, ist ausreichend⁶.

¹ Ebenso *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 10.

² *Bayer* in Lutter, § 122a UmwG Rz. 23; *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 10; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 122a UmwG Rz. 8; *Kiem* in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 122a UmwG Rz. 4; *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, § 122a UmwG Rz. 5; *H.-F. Müller*, NZG 2006, 286 (286/287); *Winter*, Der Konzern 2007, 24 (27); vgl. zur Verschmelzung einer in Deutschland ansässigen Limited auf eine GmbH *Tebben/Tebben*, DB 2007, 2355 ff.

³ ABl. EU Nr. L 1 v. 3.1.1994, S. 3.

⁴ Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 14.

⁵ *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 13; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 122a UmwG Rz. 11.

⁶ *Bayer* in Lutter, § 122a UmwG Rz. 26; *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 10; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 122a UmwG Rz. 9; *Kiem* in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 122a UmwG Rz. 5; *Polley* in Henssler/Strohn, § 122a UmwG Rz. 10; *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, § 122a UmwG Rz. 13 ff.; *Frischhut*,

Zwar wird dieser Fall von Art. 118 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie (bzw. zuvor Art. 1 der 10. Richtlinie) wohl nicht erfasst¹, § 122a Abs. 1 UmwG stellt aber allgemein auf die beteiligten Gesellschaften ab. Darunter sind nach § 122b Abs. 1 UmwG auch neue Gesellschaften zu verstehen². Im Einzelfall bleibt allerdings zu prüfen, ob die Rechtsordnung am Sitz der neuen Gesellschaft diese Form der Verschmelzung zulässt³. Nach dieser weiten Auslegung fällt auch der umgekehrte Fall, nämlich die Verschmelzung ausschließlich ausländischer Gesellschaften zur Neugründung einer inländischen Gesellschaft, unter den Begriff der grenzüberschreitenden Verschmelzung⁴.

3. Anwendbares Verschmelzungsrecht

§ 122a Abs. 2 UmwG beschränkt den Anwendungsbereich der §§ 122a–122m UmwG auf Kapitalgesellschaften iS von § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG und Personenhandelsgesellschaften iS von § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG. Erfasst sind damit zum einen alle **inländischen Kapitalgesellschaften** einschließlich der SE mit Satzungs- und Verwaltungssitz in Deutschland⁵ und zum anderen **offene Handelsgesellschaften (OHG) und Kommanditgesellschaften (KG)**. Die einschränkende Formulierung aus § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG, wonach sich die Fähigkeit von Personenhandelsgesellschaften, an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt zu sein, auf Gesellschaften mit 500 oder weniger Arbeitnehmern und auf eine Rolle als übernehmender Rechtsträger beschränken soll, ist auch auf den Verweis in § 122a Abs. 2 Satz 2 UmwG zu beziehen. Für die an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten deutschen Gesellschaften wird auf die für innerstaatliche Verschmelzungen geltenden Vorschriften des UmwG verwiesen, soweit die §§ 122a–122m UmwG keine Sonderregelungen vorsehen⁶.

EWS 2006, 55 (56); H.-F. Müller, NZG 2006, 286 (287); Frenzel, RIW 2008, 12 (14); aA Heckschen in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 72; Spahlinger/Wegen, NZG 2006, 721 (722); Winter, Der Konzern 2007, 24 (27).

1 Vgl. Bayer in Lutter, § 122a UmwG Rz. 25; Frenzel, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 2008, S. 127 f.; Frenzel, RIW 2008, 12 (14); Heckschen in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 6, 55; aA Oechsler, NZG 2006, 161 (166).

2 Bayer in Lutter, § 122a UmwG Rz. 26; Drinhausen in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 10; Frenzel, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 2008, S. 128; Kiem in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 122a UmwG Rz. 6; aA Heckschen in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 56, 72 f.; Winter, Der Konzern 2007, 24 (27).

3 Drinhausen in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 10; Frenzel, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 2008, S. 128; Kiem in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 122a UmwG Rz. 6.

4 Kiem in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 122a UmwG Rz. 6; Simon/Rubner in Köln-Komm. UmwG, § 122a UmwG Rz. 18 f.

5 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 14.

6 Vgl. Simon/Rubner in KölnKomm. UmwG, § 122a UmwG Rz. 20; Herrler, EuZW 2007, 295 (295).

Dies betrifft die allgemeinen Vorschriften über die Verschmelzung (§§ 2–38 UmwG), die rechtsformspezifischen Bestimmungen für die GmbH, AG und KGaA (§§ 46–59, 60–76, 78 UmwG) sowie die rechtsformspezifischen Bestimmungen für die Personenhandelsgesellschaften (39–45 UmwG). Für die beteiligten **ausländischen Kapitalgesellschaften** gilt gemäß Art. 121 Abs. 1 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie deren nationales Umwandlungs- und Gesellschaftsrecht (siehe dazu auch Vor §§ 122a–122m UmwG Rz. 14)¹.

- 6 Für deutsche **Personengesellschaften, die nicht unter § 122a Abs. 2 Satz 2 UmwG fallen**, soll der Anwendungsbereich der §§ 122a ff. UmwG nicht eröffnet sein. Hieraus folgt jedoch nicht zwingend, dass eine entsprechende Anwendung der §§ 122a ff. UmwG ausscheidet. Denn eine Einschränkung der primärrechtlich unabhängig von der Arbeitnehmeranzahl eröffneten Freiheit, sich an grenzüberschreitenden Verschmelzungen zu beteiligen (siehe Vor §§ 122a–122m UmwG Rz. 10), liegt bereits aus Kompetenzgründen nicht in der Hand des deutschen Gesetzgebers. Zudem ist die selektive Formulierung der § 122a Abs. 2 Satz 2, § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG nicht umwandlungs- sondern mitbestimmungsrechtlich begründet.² Vor allem mitbestimmungsneutrale Form- und Verfahrensregeln des deutschen Umwandlungsrechts werden sich daher (weiterhin) auf die grenzüberschreitende Verschmelzung auch solcher deutschen Personengesellschaften erstrecken lassen, die die Voraussetzungen des § 122a Abs. 2 Satz 2 UmwG nicht erfüllen. Das gilt insbesondere für die in §§ 122a ff. UmwG selbst enthaltenen Regeln (siehe § 122b UmwG Rz. 11). Allein die Rechtsunsicherheit, die mit der selektiven Formulierung der § 122a Abs. 2 Satz 2, § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG für nicht erfasste Personengesellschaften einhergeht, mag im praktischen Einzelfall dafür sprechen, auf eine mehraktige Transaktionsstruktur mit klaren Verfahrensregeln auszuweichen, zB in Form eines vorgeschalteten Formwechsels in eine Kapitalgesellschaft.
- 7 Wie der EuGH in der Rechtssache KA Finanz³ festgestellt hat, gilt bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung das Prinzip der **Universalsukzession**. Es bedeutet, dass Verträge der übertragenden Gesellschaft inhaltlich unverändert auf die übernehmende Gesellschaft übergehen; es wird nur der Vertragspartner ausgetauscht (vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Für die Auslegung der übergehenden Verträge bleibt es bei dem kollisionsrechtlich maßgebenden Vertragsstatut (seit 17.12.2009 Art. 4 ff. Rom I-VO).

¹ Drinhausen in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 14; Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 122a UmwG Rz. 20.

² RegE 4. UmwGÄndG, BT-Drucks. 19/5463, S. 10; vgl. auch Antwort der BReg auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, BT-Drucks. 19/6923, S. 5.

³ EuGH v. 7.4.2016 – C-483/14, ZIP 2016, 712 (715 Tz. 57 f.) und dazu Bayer/J. Schmidt, ZIP 2016, 841.

§ 122b Verschmelzungsfähige Gesellschaften

(1) An einer grenzüberschreitenden Verschmelzung können beteiligt sein

1. als übertragende, übernehmende oder neue Gesellschaften Kapitalgesellschaften im Sinne des Artikels 119 Nummer 1 der Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (ABl. L 169 vom 30.6.2017, S. 46), die nach dem Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum haben,
2. als übernehmende oder neue Gesellschaften Personenhandelsgesellschaften im Sinne des § 3 Absatz 1 Nummer 1 mit in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmern.

(2) An einer grenzüberschreitenden Verschmelzung können nicht beteiligt sein:

1. Genossenschaften, selbst wenn sie nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum unter die Definition des Artikels 2 Nr. 1 der Richtlinie fallen;
2. Gesellschaften, deren Zweck es ist, die vom Publikum bei ihnen eingeleigten Gelder nach dem Grundsatz der Risikostreuung gemeinsam anzulegen und deren Anteile auf Verlangen der Anteilsinhaber unmittelbar oder mittelbar zulasten des Vermögens dieser Gesellschaft zurückgenommen oder ausgezahlt werden. Diesen Rücknahmen oder Auszahlungen gleichgestellt sind Handlungen, mit denen eine solche Gesellschaft sicherstellen will, dass der Börsenwert ihrer Anteile nicht erheblich von deren Nettoinventarwert abweicht.

1. Überblick	1	3. Ausnahmen (§ 122b Abs. 2	
2. Verschmelzungsfähige Gesellschaften (§ 122b Abs. 1 UmwG)	2	UmwG)	7

1. Überblick

Die Vorschrift bestimmt, welche Gesellschaftsformen an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung als übertragende, übernehmende oder neue Gesellschaft beteiligt sein können und regelt damit den **persönlichen Anwendungsbereich** der §§ 122a ff. UmwG. Während § 122b Abs. 1 UmwG den Kreis der beteiligungsfähigen Gesellschaften umschreibt, legt § 122b Abs. 2 UmwG in Umset-

zung von Art. 120 Abs. 2 und 3 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie¹ bestimmte Ausnahmen fest.

2. Verschmelzungsfähige Gesellschaften (§ 122b Abs. 1 UmwG)

a) Kapitalgesellschaften

- 2 § 122b Abs. 1 Nr. 1 UmwG eröffnet den Anwendungsbereich der Vorschriften über eine grenzüberschreitende Verschmelzung für **Kapitalgesellschaften** iS von Art. 119 Nr. 1 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie. Darunter fallen die in Anhang II der Gesellschaftsrechtsrichtlinie ausdrücklich aufgeführten Gesellschaftsformen sowie alle sonstigen Gesellschaften, die Rechtspersönlichkeit besitzen, über ein gesondertes Gesellschaftskapital verfügen, das allein für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, und die nach dem für sie maßgebenden innerstaatlichen Recht Schutzbestimmungen im Sinne des Titels I Kapitel II Abschnitt 2 (= Art. 7 ff.) und des Titels I Kapitel III Abschnitt 1 (= Art. 13 ff.) der Gesellschaftsrechtsrichtlinie im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter einhalten müssen. Die genannten Schutzbestimmungen der Gesellschaftsrechtsrichtlinie sind inhaltlich weitgehend deckungsgleich mit den früheren Art. 1 ff. der Publizitätsrichtlinie.²
- 3 In Deutschland sind damit die **AG**, **KGaA** und die **GmbH** einschließlich der UG (haftungsbeschränkt) erfasst³. Über Art. 9 Abs. 1 lit. c ii) SE-VO ist die **SE** mit Sitz im Inland der AG gleichgestellt (Anhang I Rz. 126). Soll die grenzüberschreitende Verschmelzung zur **Gründung einer neuen SE** führen, gelten dafür jedoch abschließend die Spezialvorschriften der **Art. 2 Abs. 1, Art. 17 ff. SE-VO**⁴. Sollen dagegen eine inländische Kapitalgesellschaft auf eine bestehende SE mit Sitz im Ausland oder umgekehrt eine bestehende ausländische SE auf eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland verschmolzen werden, finden die

1 Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. EU Nr. L 169 v. 30.6.2017, S. 46.

2 Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. EU Nr. L 258 v. 1.10.2009, S. 11.

3 *Bayer* in Lutter, § 122b UmwG Rz. 4; *Kiem* in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 122b UmwG Rz. 6.

4 *Bayer* in Lutter, § 122b UmwG Rz. 7; *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122b UmwG Rz. 5; *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725 (726); *Kiem* in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 122b UmwG Rz. 7; *Marsch-Barner* in Liber amicorum Happ, 2006, S. 165 (168 f.); *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 122b UmwG Rz. 5; aA für den Fall, dass am Ende der Verschmelzung eine SE steht, *Louven*, ZIP 2006, 2021 (2024); *Oechsler*, NZG 2006, 161 (162); *Simon/Rubner*, Der Konzern 2006, 835 (837).

§§ 122a ff. UmwG Anwendung¹. Im zweiten Fall ist nach wohl überwiegender Ansicht allerdings die Sperrfrist gemäß **Art. 66 Abs. 1 Satz 2 SE-VO** zu beachten, und zwar auch dann, wenn die Verschmelzung nicht auf eine AG, sondern auf eine Gesellschaft anderer Rechtsform erfolgen soll². Auch wenn Art. 66 Abs. 1 SE-VO nur von der AG als Zielrechtsform spricht, bedeutet dies nicht, dass damit eine Verschmelzung auf andere Kapitalgesellschaftsformen wie zB die GmbH ausgeschlossen wäre³. Art. 66 Abs. 1 SE-VO ist auch zu beachten, wenn eine deutsche SE auf eine ausländische Kapitalgesellschaft verschmolzen werden soll⁴.

Keine Kapitalgesellschaften iS von § 122b Abs. 1 Nr. 1 UmwG sind der eingetragene Verein (**e.V.**) und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (**VVaG**). Für beide Rechtsträger sind nicht Anteile, sondern Mitgliedschaftsrechte kennzeichnend⁵.

Um international verschmelzungsfähig zu sein, müssen die beteiligten Gesellschaften nach dem Recht eines Mitgliedstaates der EU oder des EWR **gegründet** sein und ihren satzungsmäßigen **Sitz**, ihre **Hauptverwaltung** oder **Hauptniederlassung** in einem dieser Mitgliedstaaten haben (§ 122b Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Mit diesen zusätzlichen Kriterien soll zum einen berücksichtigt werden, dass eine Gesellschaft nicht zwingend ihrem Gründungsrecht unterliegen muss. Außerdem soll der Möglichkeit Rechnung getragen werden, dass Gesellschaften unter Beibehaltung ihres bisherigen Gesellschaftsstatuts ihren Sitz in einen Dritt-

1 *Bayer* in Lutter, § 122b UmwG Rz. 7; *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122b UmwG Rz. 5; *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122b UmwG Rz. 16, 64 ff.; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 122b UmwG Rz. 5; *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, § 122b UmwG Rz. 12; *Grambow/Stadler*, BB 2010, 977 (979); *Simon/Rubner*, Der Konzern 2006, 835 (837); aA *Louven*, ZIP 2006, 2021 (2024).

2 *Casper* in Spindler/Stilz, Art. 2, 3 SE-VO Rz. 39; *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122b UmwG Rz. 5; *J. Schmidt* in Lutter/Hommelhoff/Teichmann, Art. 66 SE-VO Rz. 9; *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, § 122b UmwG Rz. 14; *Simon/Rubner*, Der Konzern 2006, 835 (837); *Marsch-Barner* in Liber amicorum Happ, 2006, S. 165 (171, 175 f., 177); aA *Bayer* in Lutter, § 122b UmwG Rz. 7; *Drygala* in Lutter, § 3 UmwG Rz. 21; *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122b UmwG Rz. 62, Anh. 14 Rz. 522 ff.; *Kiem* in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 122b UmwG Rz. 7; *Wilk*, Aktionärsrechte in der deutschen SE, S. 419 ff.

3 Vgl. *Schwarz*, 2006, Art. 66 SE-VO Rz. 30; *J. Schmidt* in Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 66 SE-VO Rz. 7 f.; *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, § 122b UmwG Rz. 15; *C. Schäfer* in MünchKomm. AktG, 4. Aufl. 2017, Art. 66 SE-VO Rz. 14; zum Formwechsel auch OLG Frankfurt v. 2.12.2010 – 5 Sch 3/10, NZG 2012, 351 (352).

4 *Polley* in Henssler/Strohn, § 122b UmwG Rz. 4.

5 *Louven*, ZIP 2006, 2021 (2024); *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122b UmwG Rz. 73; *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122b UmwG Rz. 6; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 122b UmwG Rz. 6; *Kiem* in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 122b UmwG Rz. 10; zweifelnd *Bayer* in Lutter, § 122b UmwG Rz. 6.

staat verlegen. Von der Beteiligung an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung ausgeschlossen sind demgemäß Gesellschaften, die nach dem Recht eines Drittstaates gegründet und dann ihren Sitz identitätswahrend in die EU oder den EWR verlegt haben sowie Gesellschaften, die umgekehrt zwar nach dem Recht eines Mitgliedstaates von EU oder EWR gegründet wurden, aber ihren Sitz dann identitätswahrend in einen Drittstaat verlegt haben¹. Sitz, Hauptverwaltung und Hauptniederlassung müssen sich nur alternativ und nicht kumulativ in einem Mitgliedstaat befinden². Eine nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründete Gesellschaft kann daher zB nur ihren Sitz in einem Mitgliedstaat, ihre Hauptverwaltung aber in einem Drittstaat haben³. Unter die §§ 122a ff. UmwG fallen demgemäß inländische Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz (nach § 4a GmbHG, § 5 AktG) ins EU-Ausland verlegen, ebenso wie EU-Auslandsgesellschaften, die ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben (§ 122a UmwG Rz. 2). Ob eine ausländische Kapitalgesellschaft grenzüberschreitend verschmelzungsfähig ist, kann allerdings durch das auf sie anwendbare Recht eingeschränkt sein. Dies kann sowohl die aktive als auch die passive Verschmelzungsfähigkeit betreffen⁴.

- 6 Teilweise wird angenommen, dass **US-amerikanische Gesellschaften** in den Anwendungsbereich des § 122b Abs. 1 UmwG einzubeziehen seien. Wortlaut und Begründung des Gesetzes sprechen allerdings dagegen. Auch aus dem Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag mit den USA v. 29.10.1954⁵, insbesondere dessen Art. VII, lässt sich dies nicht herleiten⁶.

b) Personenhandelsgesellschaften

- 7 Neben Kapitalgesellschaften erklärt § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG seit 1.1.2019⁷ auch Personengesellschaften zu verschmelzungsfähigen Rechtsträgern. Voraussetzung soll jedoch sein, dass (i) es sich um eine Personenhandelsgesellschaft iS

1 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 14; *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122b UmwG Rz. 7.

2 *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122b UmwG Rz. 91; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 122b UmwG Rz. 12.

3 *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 122b UmwG Rz. 12.

4 *Bayer* in Lutter, § 122b UmwG Rz. 14; *Kiem* in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 122b UmwG Rz. 14.

5 BGBl. II 1956, S. 487.

6 *Bayer* in Lutter, § 122b UmwG Rz. 11; *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122b UmwG Rz. 9; *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 89, § 122b UmwG Rz. 81; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 122b UmwG Rz. 8; aA *Kiem* in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 122b UmwG Rz. 12; *Frenzel/Axer*, RIW 2007, 47 (48 f.).

7 Viertes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 19.12.2018, BGBl. I 2018, S. 2694.

von § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG handelt, (ii) die Gesellschaft als übernehmender oder neuer Rechtsträger teilnimmt und (iii) die Gesellschaft in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt.

Personenhandelsgesellschaften iS von § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG sind **offene Handelsgesellschaften (OHG) und Kommanditgesellschaften (KG)**, einschließlich Gesellschaften mit haftungsbeschränktem Komplementär („... & Co. KG“)¹. Sonstige Personengesellschaften wie die GbR oder die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG ebenfalls genannte PartG gehören dagegen nicht dazu. Hintergrund der Formulierung ist das mit dem 4. UmwGÄndG verfolgte Ziel, speziell für Private Limited Companies (Ltd.) mit Satzungssitz im Vereinigten Königreich und Verwaltungssitz in Deutschland eine Möglichkeit zu eröffnen, um dem befürchteten Verlust der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) im Zuge des EU-Austritts des Vereinigten Königreichs (Brexit) zu begegnen. Das hiermit möglicherweise verbundene Aufleben einer persönlichen Gesellschafterhaftung² sollen die betroffenen Gesellschaften mittels § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG auch³ per Hinein-Verschmelzung auf eine deutsche Personenhandelsgesellschaft mit haftungsbeschränktem Komplementär vermeiden können⁴. Über dieses Ziel schießt der Regelungsgehalt des § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG allerdings in mehrfacher Hinsicht hinaus. So ist die Regelung nach ihrem klaren Wortlaut – insbesondere mangels Befristung⁵ – **auch auf Verschmelzungen ohne Brexit-Bezug und ohne Beteiligung von Gesellschaften mit Satzungssitz im Vereinigten Königreich anwendbar**⁶. Für Gesellschaften mit Sitz im Vereinigten Königreich gilt § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG nach Brexit-Wirksamwerden sogar überhaupt nicht mehr. Ferner ermöglicht die Vorschrift Herein-Verschmelzungen auch auf solche Personenhandelsgesellschaften, die nicht ausschließlich über haftungsbeschränkte Komplementäre verfügen, obwohl eine solche Verschmelzung ggf. gerade zum Entstehen (und nicht zur Vermeidung) einer persönlichen Gesellschafterhaftung führt.

Ziel der Beschränkung auf Gesellschaften mit in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmern ist es zu verhindern, dass die Wahl nur deshalb auf eine GmbH

1 RegE 4. UmwGÄndG, BT-Drucks. 19/5463, S. 9.

2 So die Annahme im RegE 4. UmwGÄndG, BT-Drucks. 19/5463, S. 1, 7, mit unausgesprochener Bezugnahme auf BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289 (290 f. Rz. 13 ff.) = AG 2009, 84 (Trabrennbahn); ebenso *Bauerfeind/Tamcke*, GmbHR 2019, 11 (15 ff.); *Bungert/Wansleben*, DB 2019, 49 (50); *Lieder/Bialluch*, NJW 2019, 805 (806); *Schröder*, BB 2018, 2755 (2758 f.); *Seeger*, DStR 2016, 1817 (1819 f.); aA *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 7 Rz. 7119; mit Zweifeln auch Beschlussempfehlung 4. UmwGÄndG, BT-Drucks. 19/6466, S. 3, 6; *Bode/Bron*, GmbHR 2016, R129.

3 Übersicht zu Alternativstrukturen bei *Bungert/Wansleben*, DB 2019, 49 (51).

4 RegE 4. UmwGÄndG, BT-Drucks. 19/5463, S. 1 f., 7.

5 Zutr. *Bungert/Wansleben*, DB 2019, 49 (52).

6 *Bungert/Wansleben*, DB 2019, 49 (52); *Cramer*, DStR 2018, 2435 (2437); *Klett*, NZG 2019, 292 (293); *Lieder/Bialluch*, NJW 2019, 805 (806); *J. Schmidt*, ZIP 2019, 1093 (1099).

& Co. KG als aufnehmender oder neuer Rechtsträger fällt, weil bei Verschmelzung auf eine bestehende oder neue GmbH eine Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz eingriffe¹. Für die Berechnung der Arbeitnehmerzahl kann daher auf die zu §§ 1 ff. DrittelbG entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Systematisch bedeutet das (erst späte²) Einfügen der 500-Arbeitnehmer-Schwelle einen Bruch. Zum einen benachteiligt die Schwelle die grenzüberschreitende Verschmelzung gegenüber einer inländischen Verschmelzung, bei der Personenhandelsgesellschaften uneingeschränkt zu den verschmelzungsfähigen Rechtsträgern zählen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Und zum anderen wendet sich der Gesetzgeber mit der Schwelle mittelbar gegen seine eigene Grundsatzentscheidung, Personenhandelsgesellschaften allgemein nicht zu den nach dem DrittelbG mitbestimmten Gesellschaften zu zählen. Der damit gesetzlich zugelassenen Gestaltung der GmbH & Co. KG als legitime Zielrechtsform für Unternehmen, die eine Arbeitnehmerzahl zwischen den Schwellenwerten des DrittelbG und denen des MitbestG mit einer körperschaftsgleichen Haftungsbeschränkung kombinieren möchten, verleiht die 500-Arbeitnehmer-Schwelle aus § 122b Abs. 1 Nr. 1 UmwG ungerechtfertigterweise einen rechtsmissbräuchlichen Beigeschmack. Und auch die Formulierung des § 122b Abs. 1 Nr. 1 UmwG selbst fügt sich nicht passgenau in den eigenen Normzweck. Denn abgeschnitten wird durch sie auch eine grenzüberschreitende Verschmelzung auf Personenhandelsgesellschaften, deren Komplementäre ausschließlich natürliche Personen sind und deren Wahl als aufnehmende bzw. neue Rechtsträger dementsprechend nicht nur von Mitbestimmungsgesichtspunkten sondern auch von anderen Rechtsformvorteilen einer solchen Personengesellschaft (zB. Rechnungslegungs- und Publizitätsregeln) getragen sein wird. Eine teleologische Reduktion der Einschränkung – etwa auf Personenhandelsgesellschaften mit haftungsbeschränktem Komplementär – liegt vor diesem Hintergrund nahe, fällt jedoch in Anbetracht des klaren Gesetzeswortlauts schwer. Wegen der primärrechtlichen Absicherung der Verschmelzungsfreiheit auch solcher Personengesellschaften, die nur die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG erfüllen, nicht dagegen die des § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG, fallen die in § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG vorgenommenen Einschränkungen freilich möglicherweise praktisch kaum ins Gewicht (siehe Rz. 11).

c) Sonstige Gesellschaften

- 10 Mit der Beschränkung auf Kapitalgesellschaften und Personenhandelsgesellschaften trägt der deutsche Gesetzgeber den Vorgaben der Art. 118 ff. der Gesell-

1 RegE 4. UmwGÄndG, BT-Drucks. 19/5463, S. 10; zurückgehend offenbar auf eine Stellungnahme des DGB zum RefE 4. UmwGÄndG, vgl. Antwort der BReg auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, BT-Drucks. 19/6923, S. 5.

2 Auf die Schwelle verzichtend noch der RefE 4. UmwGÄndG, S. 3.

schaftsrechtsrichtlinie bzw. einem aus deutscher Sicht empfundenen Regelungsbedürfnis Rechnung. Unberücksichtigt bleibt dagegen die Rechtsprechung des EuGH, nach der das deutsche UmwG die Beteiligung ausländischer Rechtsträger nicht generell von der Verschmelzung mit inländischen Rechtsträgern ausschließen darf¹ (siehe Vor §§ 122a–122m UmwG Rz. 10). Insbesondere deutsche **Personengesellschaften, die im Einzelfall nicht die Kriterien des § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG erfüllen**, wohl aber die des § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, können danach grundsätzlich in demselben Maße an einer grenzüberschreitenden wie an einer inländischen Verschmelzung teilnehmen. Allein in praktischer Hinsicht stellt sich mangels unmittelbar einschlägigen Sekundär- und Mitgliedstaatsrechts die **Frage, welche Verfahrensregeln Anwendung finden**. Allgemein in Betracht kommen hierfür die Vorgaben der Gesellschaftsrechtsrichtlinie für inländische Verschmelzungen (Art. 87 ff.), Spaltungen (Art. 135 ff.) und grenzüberschreitende Verschmelzungen (Art. 118 ff.) sowie die §§ 122a ff. UmwG (siehe Vor §§ 122a–122m UmwG Rz. 14).

Eine **entsprechende Anwendung der §§ 122a ff. UmwG** liegt gerade **für nicht von § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG erfasste deutsche Personengesellschaften** nahe. Dass ein Umkehrschluss, wonach die ausdrücklich selektive Eröffnung der §§ 122a ff. UmwG einer nicht selektiven Erstreckung des Geltungsbereichs per Analogie entgegensteht, in diesem Fall gerechtfertigt ist, erscheint unwahrscheinlich. Denn wegen der primärrechtlich ohne Rücksicht auf die in § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG formulierten Einschränkungen abgesicherten Verschmelzungsfreiheit steht es dem deutschen Gesetzgeber ohne sachliche Rechtfertigung nicht offen, den Kreis der grenzüberschreitend verschmelzungsfähigen Rechtsträger enger zu ziehen als bei der inländischen Verschmelzung (siehe § 122a UmwG Rz. 6). Die mitbestimmungsspezifischen Gesichtspunkte, die den Gesetzgeber zum Einfügen der 500-Arbeitnehmer-Schwelle bewogen (siehe Rz. 9), rechtfertigen wegen der Mitbestimmungsneutralität der §§ 122a ff. UmwG gerade keine Selektion. Greift der gesetzgeberische Wille, für die Verschmelzungsfähigkeit iRd § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG strenger zu selektieren als iRd § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, damit nicht durch und sind auch darüber hinaus keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, die die in §§ 122a ff. UmwG enthaltenen Regeln für sonstige Personengesellschaften iS des § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG weniger passend erscheinen lassen als für die in § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG bezeichneten, so spricht viel dafür, dass § 122a ff. UmwG für diese sonstigen Personengesellschaften entsprechend gilt. Im praktischen Ergebnis wirken sich die in § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG formulierten Einschränkungen dann kaum aus, sondern markieren lediglich die Grenze zwischen einer direkten und einer entsprechenden Geltung der §§ 122a ff. UmwG. Allein die mit der Analogiebildung einhergehende Rechtsunsicherheit mag im praktischen Einzelfall für ein Ausweichen auf eine rechtssichere Alternativstruktur sprechen (Vor §§ 122a–122m UmwG Rz. 17).

¹ EuGH v. 13.12.2005 – C-411/03, ZIP 2005, 2311 = AG 2006, 80 (Sevic Systems AG).

3. Ausnahmen (§ 122b Abs. 2 UmwG)

- 12 Entsprechend der Ermächtigung in Art. 120 Abs. 2 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie sind **Genossenschaften** vom Anwendungsbereich der Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung ausgenommen (§ 122b Abs. 2 UmwG). Dieser Ausschluss gilt allgemein. Er betrifft ausdrücklich auch ausländische Genossenschaften, selbst wenn sie nach ihrem Recht verschmelzungsfähig sind. Der Ausschluss gilt auch für inländische Genossenschaften, die in ihrer Satzung ein Mindestkapital vorgesehen haben (vgl. § 8a GenG) und sich damit einer Kapitalgesellschaft angenähert haben¹. Ausgeschlossen ist auch die Beteiligung von Europäischen Genossenschaften (SCE)².
- 13 Vom Anwendungsbereich ausdrücklich ausgenommen sind ferner gemäß Art. 120 Abs. 3 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie auch **Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW)**, die vom Publikum eingesammelte Gelder nach dem Grundsatz der Risikostreuung gemeinsam anlegen und deren Anteile auf Verlangen der Anteilsinhaber zu Lasten des Vermögens der Gesellschaft zurückgenommen oder ausgezahlt werden³. Betroffen davon sind die Investmentaktiengesellschaften (**InvAG**) mit veränderlichem Kapital (§§ 108 ff. KAGB; früher §§ 96 ff., 105 InvG)⁴. Nicht ausgenommen sind dagegen die Kapitalverwaltungsgesellschaften (**KVG**), die das Vermögen der Anleger treuhänderisch oder in gesonderten Fonds verwalten (§§ 17, 92 ff. KAGB; früher §§ 6, 30 ff. InvG)⁵.

§ 122c Verschmelzungsplan

(1) Das Vertretungsorgan einer beteiligten Gesellschaft stellt zusammen mit den Vertretungsorganen der übrigen beteiligten Gesellschaften einen gemeinsamen Verschmelzungsplan auf.

(2) Der Verschmelzungsplan oder sein Entwurf muss mindestens folgende Angaben enthalten:

¹ *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122b UmwG Rz. 10.

² Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 14.

³ Zur Definition vgl. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 85/611/EWG v. 20.12.1985, ABl. EG Nr. L 375 v. 31.12.1985, S. 3 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren; neu gefasst durch die Richtlinie 2009/65/EG v. 13.7.2009, ABl. EU Nr. L 302 v. 17.11.2009, S. 32.

⁴ *Bayer* in Lutter, § 122b UmwG Rz. 16; *Kiem* in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 122a UmwG Rz. 4; *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, § 122b UmwG Rz. 19; *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122b UmwG Rz. 112.

⁵ *Bayer* in Lutter, § 122b UmwG Rz. 16; *Kiem* in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 122a UmwG Rz. 4; *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, § 122b UmwG Rz. 21; aA *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122b UmwG Rz. 113.